



Assemblée générale

Distr. limitée
21 janvier 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Vingtième session
New York, 14-18 mars 2011**

Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition sur les section et sous-section suivantes de la première partie (Remarques générales) d'un projet de Guide révisé pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics: II. Caractéristiques principales de la Loi type ("Contestations et appels").



GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Première partie. Remarques générales

...

II. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE

(suite)

G. Contestations et appels

110. Un système de passation transparent présente une caractéristique essentielle, à savoir l'existence de mécanismes permettant de contrôler et, si nécessaire, d'imposer l'application des règles qu'il énonce. De tels mécanismes prévoient des audits et des enquêtes, des poursuites en cas d'infractions pénales (ces questions ne sont généralement pas traitées dans la législation sur la passation des marchés et, par conséquent, ne le sont pas non plus dans la Loi type), ainsi que des procédures de recours, dans lesquelles les fournisseurs et entrepreneurs se voient accorder le droit de contester les décisions et les actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes à la législation applicable en matière de passation des marchés.

111. Un mécanisme de recours efficace est donc indispensable pour garantir le bon fonctionnement du système de passation des marchés et peut favoriser la confiance dans ce système. Il contribue à faire de la Loi type un instrument qui permet dans une large mesure à ses propres utilisateurs d'en suivre et d'en imposer l'application, car il offre des voies de droit aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont un intérêt naturel à s'assurer que les entités adjudicatrices respectent les dispositions de la Loi type dans chaque procédure de passation. Le mécanisme de recours remplit une fonction supplémentaire, celle d'instrument de dissuasion: son existence vise à décourager les actes ou décisions qui violent intentionnellement la loi.

112. Les mécanismes de recours ne peuvent remédier aux violations des règles et des procédures que s'ils sont mis en marche par les fournisseurs eux-mêmes. Aussi les autres mécanismes de contrôle mentionnés plus haut sont-ils nécessaires pour traiter a) les cas de violation lorsque le fournisseur choisit de ne pas engager d'action et b) les questions systémiques. Les fournisseurs peuvent avoir de nombreuses raisons de ne pas tenter d'action: lorsque le marché est de faible valeur, il se peut que les fournisseurs importants considèrent que les pertes ne justifient pas les coûts engagés; que les petits fournisseurs estiment ne pas avoir les

moyens d'investir le temps et l'argent nécessaires pour un recours; et que tous les fournisseurs hésitent à contester des décisions discrétionnaires en raison du risque élevé d'échec et par crainte qu'un recours ne compromette leurs relations futures avec l'entité adjudicatrice. Le caractère systémique des violations risque de passer inaperçu si les mécanismes de recours se focalisent sur des cas individuels, en particulier des cas dont la gravité est relativement faible.

113. Un mécanisme de recours efficace offre, entre autres caractéristiques essentielles, la possibilité d'engager rapidement une procédure: l'obligation faite à l'article 21-2 de prévoir un délai d'attente vise ainsi à permettre que les recours soient introduits avant l'entrée en vigueur d'un marché (ou d'un accord-cadre); l'interaction entre les dispositions régissant le délai d'attente et les dispositions du chapitre VIII fait partie du mécanisme global de contrôle et d'application prévu dans la Loi type.

114. Le chapitre VIII contient un ensemble minimum de dispositions visant à garantir un processus de recours efficace. Les États adoptants sont encouragés à incorporer toutes les dispositions du chapitre dans la mesure où leur système juridique le permet.

1. Accords internationaux traitant des mécanismes de recours

115. L'article 9-1 d) de la Convention contre la corruption exige que les systèmes de passation des marchés prévoient un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies conformément au paragraphe 1 de ce même article. Afin que les exigences de la Convention soient prises en considération dans la Loi type, la Commission a décidé que cette dernière devrait exiger des États adoptants qu'ils prévoient tous les droits et toutes les procédures nécessaires (tant en première instance qu'en appel) pour un mécanisme de recours efficace. De même, elle s'est efforcée de suivre l'approche de l'AMP en matière de recours.

2. Assurer le fonctionnement des mécanismes de recours tout en respectant les traditions juridiques de l'État adoptant

116. Les dispositions de la Convention contre la corruption et de la Loi type reconnaissent que les procédures doivent être appliquées d'une manière qui respecte la tradition juridique de l'État adoptant concerné. Il est vrai qu'il existe, dans la plupart des États, des mécanismes et procédures permettant de contester les actes d'organes administratifs et d'autres entités publiques (on parle généralement de fonction de recours). Dans certains États, ces mécanismes et procédures ont été mis en place spécialement pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres, de tels litiges sont soumis aux mécanismes et procédures généraux de recours contre les actes administratifs. Les États appliquent toutefois des politiques très différentes pour faire respecter les règles de passation. Certains pays disposent depuis longtemps d'un système de recours devant des autorités et des tribunaux spécialisés. D'autres ne prévoient aucune disposition législative générale pour ce type de recours (sauf dans la mesure exigée par les obligations internationales et sous réserve des procédures de recours judiciaire). Certains systèmes prévoient des sanctions administratives pour contravention à la législation sur la passation des marchés par des organes de l'État, les procédures

étant engagées devant un tribunal administratif. D'autres encore prévoient à la fois un recours administratif, ou recours quasi judiciaire, et/ou un contrôle judiciaire des décisions en matière de passation par les tribunaux ordinaires (et une procédure pénale spéciale pour violation des lois sur la passation des marchés par les entités adjudicatrices).

117. Les règles et procédures prévues au chapitre VIII de la Loi type sont suffisamment souples pour pouvoir être adaptées à l'une quelconque de ces approches, sans perdre en efficacité. Certains aspects importants de la procédure de recours, tels que l'instance devant laquelle introduire une demande ou un appel et les mesures pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques fondamentales, tant conceptuelles que structurelles, du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays.

118. Certains systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et d'autres entités publiques devant une instance administrative indépendante exerçant une autorité ou un contrôle hiérarchique sur ces organes ou entités. Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours, la question de savoir quelles instances exerceront cette fonction pour les actes d'organes ou entités particuliers dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'État. Dans d'autres États, la fonction de recours est assurée par des instances spécialisées dont la compétence est parfois décrite comme "quasi judiciaire". Ces instances ne sont toutefois pas considérées dans ces États comme des tribunaux du système judiciaire. Les procédures devant une instance administrative ou quasi judiciaire font l'objet de l'article [66] de la Loi type.

119. Que le mécanisme soit administratif ou quasi judiciaire, un aspect essentiel est qu'il soit indépendant. Dans ce contexte, la notion d'"indépendance" désigne l'indépendance par rapport à l'entité adjudicatrice et non l'indépendance par rapport aux pouvoirs publics en général. Les États adoptants sont toutefois encouragés, dans le cadre de leurs systèmes nationaux, à octroyer le plus d'autonomie et d'indépendance possible par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif, pour éviter toute influence politique et assurer la rigueur dans les décisions émanant de l'instance indépendante. La nécessité d'un mécanisme indépendant est particulièrement cruciale dans les systèmes où il n'est pas réaliste d'attendre de l'entité adjudicatrice qu'elle réexamine ses propres actes et décisions toujours de manière impartiale et efficace. Il peut cependant être difficile d'offrir des voies de droit efficaces par le biais d'autres mécanismes dans certains États vulnérables¹.

¹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait fournir davantage de précisions dans le Guide, soit ici, soit dans la section générale concernant l'infrastructure administrative permettant d'appliquer la Loi type, par exemple sur le degré idéal de séparation des pouvoirs entre l'entité adjudicatrice, les organismes de réglementation (par exemple, les autorités antitrust existantes) et les instances indépendantes. Le Secrétariat croit comprendre qu'un organe de supervision ou une commission centrale des marchés ne peuvent être indépendants car ils prennent des décisions pour l'entité adjudicatrice. Un organisme de réglementation ou de contrôle, par exemple une autorité des marchés publics, pourrait assurer cette fonction ou, si cela se justifie pour des raisons d'échelle et que les ressources le permettent, ces fonctions pourraient être confiées à une instance séparée.

120. De nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un recours judiciaire contre les actes d'organes administratifs et d'entités publiques soit en sus de la fonction quasi judiciaire décrite plus haut, soit en lieu et place de cette fonction. Dans certains systèmes juridiques qui prévoient à la fois un recours quasi judiciaire et un recours judiciaire, ce dernier n'est possible qu'après épuisement des autres voies de recours. Dans d'autres, les deux voies de recours sont possibles en tant qu'options. Les dispositions de la Loi type n'abordent pas la question si bien que les États adoptants peuvent prévoir l'approche souhaitée par la voie réglementaire.

121. Les États adoptants voudront peut-être se servir des dispositions de la Loi type pour évaluer l'efficacité des mécanismes de recours déjà en place chez eux. En règle générale, les instances spécialisées présentent un avantage en raison de la nature des litiges liés à la passation des marchés. Lorsqu'il existe déjà un système de recours judiciaire efficace, la création d'une nouvelle instance quasi judiciaire ne présentera probablement guère d'intérêt. D'autre part, s'il existe une instance quasi judiciaire efficace, il ne sera probablement guère intéressant non plus d'encourager les tribunaux judiciaires à se spécialiser dans le domaine de la passation des marchés.

122. Compte tenu de ce qui précède, et afin que les dispositions puissent être intégrées aux cadres conceptuels et structurels très différents des systèmes juridiques et des systèmes d'administration publique du monde entier, le chapitre VIII énonce les principes et les procédures principales à suivre pour mettre en place un système de recours efficace. Dans le prolongement de l'approche générale de la Loi type qui se veut un texte-cadre, ce chapitre devra être complété par des règlements et des règles procédurales détaillées pour que les mécanismes de recours fonctionnent de manière efficace, rapide et économique. Une importance particulière devrait être accordée à la question des preuves et des audiences, afin que les parties aux procédures aient pleinement connaissance de leurs droits et obligations dans ce domaine².

123. Le chapitre VIII ne traite pas de la possibilité de soumettre les litiges à l'arbitrage ou à des modes alternatifs de règlement, parce que l'arbitrage est relativement peu utilisé dans le contexte de la passation des marchés et en raison de la nature de la procédure de recours, qui suppose généralement de déterminer si les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice sont conformes ou non aux exigences de la Loi type. Cependant, cette dernière ne veut pas entendre par là qu'il est interdit à l'entité adjudicatrice et au fournisseur ou à l'entrepreneur de soumettre à l'arbitrage, si les circonstances s'y prêtent, un différend relatif aux procédures qu'elle prévoit.

124. D'autres branches de droit et d'autres instances dans l'État adoptant peuvent avoir une incidence sur le mécanisme de recours envisagé au chapitre VIII si, par exemple, un recours est déclenché suite à des allégations de fraude ou de corruption ou pour non-respect du droit de la concurrence. Dans ces cas, les États adoptants souhaiteront peut-être faire en sorte que des orientations appropriées soient données

² Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait donner davantage de détails, en particulier pour guider les instances indépendantes qui sont mises en place, sur les modalités de collecte des preuves (approche inquisitoire ou accusatoire) et la conduite des procédures. Par exemple, l'entité adjudicatrice est tenue de produire le procès-verbal de la procédure de passation de marché mais il conviendrait peut-être de prévoir un mécanisme pour l'y contraindre. Il sera peut-être nécessaire aussi d'établir des règles de preuve pour assurer la cohérence s'agissant des types de preuve requis et de la valeur à leur accorder.

aux entités adjudicatrices et aux fournisseurs et que ces informations soient mises à la disposition du public, afin que les autorités concernées soient alertées et les mesures nécessaires prises.

3. Importance de concilier la nécessité de mettre en place des mécanismes de recours efficaces et celle de ne pas trop perturber le processus de passation

125. Un mécanisme de recours efficace se caractérise essentiellement par le fait qu'il établit un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de sauvegarder les droits des fournisseurs et entrepreneurs ainsi que l'intégrité du processus de passation des marchés et, d'autre part, la nécessité de ne pas trop perturber ce processus. C'est pourquoi les dispositions limitent le droit de recours aux fournisseurs et entrepreneurs (y compris les fournisseurs et entrepreneurs potentiels qui, par exemple, ont été disqualifiés); fixent des délais pour former les demandes et les appels ainsi que pour trancher les affaires; et laissent une certaine marge d'appréciation pour déterminer, dans certains cas, si la procédure de passation peut être suspendue. L'article [64] interdit toutefois l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre lorsqu'un recours a été engagé (sous réserve de quelques exceptions). Ces questions sont examinées dans le commentaire se rapportant à cet article.

4. Nécessité de régler rapidement les litiges

126. Un moyen important de contribuer au règlement efficace des litiges et de ne pas trop perturber le processus de passation est d'encourager la résolution rapide des questions et des litiges et de permettre le traitement des recours avant qu'il ne soit nécessaire d'annuler certaines étapes de la procédure de passation, dont la plus importante est l'entrée en vigueur du marché (ou, le cas échéant, la conclusion d'un accord-cadre). La Loi type contient plusieurs dispositions à cette fin, dont une prévoyant l'application d'un délai d'attente (article [21-2]). L'imposition d'un tel délai permet d'exiger un bref laps de temps entre l'identification de la soumission à retenir et l'attribution du marché (ou de l'accord-cadre) pour que tout recours concernant l'attribution envisagée puisse être traité avant que ne soit conclu le marché et donc qu'il ne devienne plus compliqué et coûteux de régler le problème. En ce qui concerne les recours contre les conditions de la sollicitation et d'autres questions se posant avant la présentation des offres ou autres soumissions, l'article [15] prévoit un mécanisme de clarification et de modification du dossier de sollicitation de manière à réduire les risques de contestation des conditions fixées dans ce dossier. Ces dispositions viennent donc étayer le mécanisme de recours prévu au chapitre VIII.

5. Résumé des dispositions sur les recours

127. Les dispositions du chapitre VIII prévoient tout d'abord que les fournisseurs et entrepreneurs sont en droit de contester les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice: aucune décision ni aucun acte pris dans une procédure de passation n'échappent au mécanisme. S'agissant de l'instance qui sera saisie, la Loi type offre trois possibilités. Dans la première, prévue à l'article [65], le recours peut être formé devant l'entité adjudicatrice elle-même à condition que le marché n'ait pas encore été attribué. Il importe de noter que ce système d'examen par les pairs est une option pour les fournisseurs mais non une première étape obligatoire du processus de recours. Il vise à faciliter une procédure rapide, simple et relativement

peu coûteuse. La possibilité de prononcer des mesures rapides sans perdre trop de temps ni d'argent est un aspect très souhaitable dans un mécanisme de recours concernant la passation de marchés. Le fait que l'entité adjudicatrice connaisse les faits se rapportant à la procédure de passation concernée et contrôle ladite procédure et qu'elle veuille et puisse corriger des erreurs procédurales dont elle n'avait peut-être pas conscience contribue à cet aspect. Ce dernier est non seulement important pour le fournisseur qui engage le recours mais aussi indispensable pour perturber le moins possible le processus de passation. Un système d'examen par les pairs peut aussi réduire la crainte qu'une action légale ne compromette les relations d'affaires futures, crainte dont on a constaté qu'elle décourage les recours. Les États adoptants sont donc invités à prendre des mesures pour faire largement connaître ce mécanisme, son fonctionnement (qui comporte des procédures formelles et ne se limite pas à un retour d'information) et ses avantages afin qu'il puisse être utilisé efficacement.

128. La deuxième possibilité consiste à confier à un tiers indépendant l'examen de la décision ou de l'acte de l'entité adjudicatrice que le fournisseur estime non conforme à la loi. Il peut s'agir ici d'une procédure administrative ou quasi judiciaire. Ce mécanisme a une portée plus large que le système d'examen par les pairs mentionné plus haut car les recours peuvent être soumis après l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre). L'instance indépendante saisie peut prononcer diverses mesures et les notes de bas de page accompagnant les dispositions concernées indiquent les mesures qui ne sont généralement pas prévues dans certains systèmes juridiques pour que les États adoptants puissent veiller à la compatibilité entre le mécanisme de recours devant une instance indépendante et les mécanismes équivalents devant leurs tribunaux.

129. La troisième possibilité pour les fournisseurs est d'engager une procédure devant un tribunal judiciaire compétent. La Loi type ne prévoit pas de règles pour ce genre de procédure, qui sera régie par la loi nationale applicable. Les notes de bas de page qui accompagnent les diverses dispositions mentionnent les questions et les mesures qu'il faudra mettre en œuvre d'une manière ou d'une autre pour garantir l'efficacité de l'ensemble du mécanisme décrit plus haut.

130. À cet égard, les États adoptants sont encouragés à examiner le champ d'action de toutes les instances existantes pour s'assurer que le système mis en place garantit bien l'exercice efficace des voies de droit (y compris des voies d'appel), comme l'exige la Convention contre la corruption et conformément à ce qu'il est admis de considérer comme une meilleure pratique. En général, un mécanisme est efficace s'il donne la possibilité d'intervenir sans délai; le pouvoir de suspendre ou d'annuler la procédure de passation et d'empêcher dans des circonstances normales l'entrée en vigueur d'un marché tant que le litige est pendant; le pouvoir de prendre d'autres mesures provisoires, telles que des ordonnances d'interdiction et des sanctions pécuniaires pour non-respect des règles; le pouvoir d'allouer des dommages-intérêts si l'intervention n'est plus possible (par exemple, après l'attribution du marché); et la possibilité d'agir rapidement dans un délai raisonnablement court, qui devrait normalement se mesurer en jours et en semaines.

[L'actuel projet de première partie (Remarques générales) du Guide s'achève ici. Le Groupe de travail examinera quelles autres sections, sous-sections ou questions devraient être ajoutées dans cette partie, ce qui pourrait obliger à modifier l'ordre des sections, sous-sections et questions qui y figurent actuellement.]