

**Assemblée générale**

Distr. limitée  
11 juin 2012  
Français  
Original: anglais

---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Quarante-cinquième session  
New York, 25 juin-6 juillet 2012

**Passation de marchés et développement des infrastructures:  
travaux futurs possibles\***

**Note du Secrétariat**

**I. Travaux futurs**

**A. Introduction**

1. Lors des sessions qu'il a tenues en 2010-2012, le Groupe de travail I a procédé à des échanges de vues préliminaires sur des sujets ayant trait à la passation des marchés publics qui pourraient faire l'objet de travaux futurs et être soumis à la Commission pour examen en temps utile. Dans le rapport sur les travaux de sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 38 à 41), il avait recensé les sujets possibles suivants:

a) Aspects de la passation des marchés publics qui n'étaient pas traités dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (adoptée par la Commission à sa quarante-quatrième session, en 2011)<sup>1</sup>, notamment la phase de la procédure de passation concernant l'administration des marchés, la suspension et l'exclusion, les règles sur le respect des dispositions par les entreprises, et les questions concernant l'achat public responsable et l'environnement. À une session précédente, le Groupe de travail avait indiqué que la planification des marchés était

---

\* Le présent document est soumis moins de 10 semaines avant le début de la session, car il a été nécessaire, avant de le finaliser, de tenir des consultations informelles au sujet des travaux menés par d'autres organismes dans des domaines connexes.

<sup>1</sup> Consultable à l'adresse [www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html).



aussi un aspect pertinent de la passation des marchés publics qui n'était pas traité dans la Loi type<sup>2</sup>;

b) Harmonisation des dispositions régissant les aspects liés à la passation de marchés publics du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (PIFP) (2000) et des Dispositions législatives types (2003) avec celles de la Loi type;

c) Regroupement du Guide législatif et des Dispositions législatives types (c'est-à-dire les instruments de la CNUDCI sur les PIFP);

d) Identification d'autres thèmes qui devraient être traités dans un texte moderne sur les PIFP (comme le contrôle et la promotion du recours à des mesures nationales de règlement des différends plutôt qu'à des organes internationaux); et

e) Élargissement du champ d'application des instruments actuels de la CNUDCI sur les PIFP dans les textes futurs, de manière à englober des formes de financement privé pour le développement des infrastructures et les opérations connexes qui ne sont pas couvertes à l'heure actuelle, comme les partenariats public-privé qui ne portent pas sur le développement des infrastructures, les concessions de ressources naturelles et la fourniture privée de services précédemment assurés par les pouvoirs publics.

2. La présente note examine successivement ces différents sujets.

## **B. Informations générales sur les sujets proposés pour les travaux futurs possibles**

### **1. Aspects de la passation des marchés publics non traités dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics**

#### **a) Gestion/administration des marchés**

3. Comme l'a noté le Groupe de travail, le cycle de la passation de marchés comporte trois étapes principales: 1) la planification et la budgétisation avant le début de la procédure de passation, 2) la sélection des fournisseurs et 3) la gestion et l'administration des marchés<sup>3</sup>. Cette approche, suivie par d'autres organismes qui s'occupent de la réforme de la passation de marchés et des commentateurs, est reflétée dans les Principes annexés à la Recommandation de l'OCDE sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics, qui définissent le cycle de la passation comme "partant de l'évaluation des besoins au stade de l'attribution,

---

<sup>2</sup> A/CN.9/718, par. 138. Les documents de travail et les rapports sur les travaux des sessions du Groupe de travail I peuvent être consultés à l'adresse [www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/1Procurement.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/1Procurement.html).

<sup>3</sup> Document A/CN.9/WG.I/XIII/INF.2, par. 31 (en anglais seulement), dont le Groupe de travail était saisi à sa treizième session. Parmi les termes utilisés pour désigner cette étape figurent la gestion des marchés, l'exécution des marchés et l'administration des marchés. Si des travaux sont entrepris dans ce domaine, ils porteront peut-être aussi sur les questions de terminologie. Dans la présente note, on utilise le terme "gestion des marchés", car c'est celui qui a le sens le plus vaste.

jusqu'à la gestion du contrat et à son paiement final"<sup>4</sup>. La Convention des Nations Unies contre la corruption (2003) prévoit, à l'article 9-2, qu'un système de passation doit comprendre des systèmes efficaces de gestion des risques et de contrôle interne, exigence qui de toute évidence ne se limite pas à la deuxième étape<sup>5</sup>.

4. Le Groupe de travail a toutefois décidé que la Loi type ne couvrirait pas la troisième étape et qu'elle ne traiterait que certains aspects de la première étape. (À cet égard, la Loi type reproduit la portée de nombreuses législations nationales et internationales sur la passation de marchés.) Il a noté en particulier que ces étapes relevaient peut-être plutôt de la législation budgétaire (planification des marchés) ou du droit des contrats (administration des marchés) que de la législation sur la passation de marchés<sup>6</sup>. Il a néanmoins estimé que les trois étapes faisaient partie intégrante du cycle de la passation<sup>7</sup>, et que le Guide pour l'incorporation accompagnant la Loi type devrait les examiner en détail<sup>8</sup>.

5. L'étape de la gestion des contrats vise avant tout à assurer l'exécution du marché, c'est-à-dire à garantir que les biens, travaux ou services concernés seront fournis dans la quantité et selon la qualité requises, au prix et au moment convenus, et à éviter les abus. Ces objectifs correspondent à ceux de la recherche du meilleur rapport qualité-prix et de la protection contre les abus pendant le processus de passation même. Comme Transparency International, parmi d'autres, l'a fait remarquer récemment, cette étape du cycle ainsi que la planification des marchés sont "de plus en plus exposées à la corruption"<sup>9</sup>. C'est peut-être la conséquence des réformes visant à réglementer la phase de sélection. Parmi les cas d'abus rencontrés dans la pratique, on mentionnera le vol d'équipements avant leur livraison, le défaut de surveillance lié dans certains cas à la collusion entre les entrepreneurs et les agents publics chargés du contrôle, la falsification des comptes, les détournements dans l'affectation des coûts, etc.<sup>10</sup>

6. L'exécution du marché comporte plusieurs étapes qui varient en fonction de la complexité de l'objet du marché: cela va de la réception de la livraison et du paiement, pour une passation de marché simple, à un programme complet

<sup>4</sup> Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, 2009, Définitions, p. 139, consultables à l'adresse [www.oecd-ilibrary.org/governance/principes-de-l-ocde-pour-renforcer-l-integrite-dans-les-marches-publics\\_9789264056626-fr](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/principes-de-l-ocde-pour-renforcer-l-integrite-dans-les-marches-publics_9789264056626-fr).

<sup>5</sup> Article 9-2: "2. Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des mesures appropriées pour promouvoir la transparence et la responsabilité dans la gestion des finances publiques. Ces mesures comprennent notamment: ... d) Des systèmes efficaces de gestion des risques et de contrôle interne...". Le texte peut être consulté à l'adresse [www.unodc.org/unodc/fr/treaties/CAC/index.html](http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/CAC/index.html).

<sup>6</sup> Voir par exemple A/CN.9/590, par. 13 et A/CN.9/595, par. 80 à 82, qui renvoie au document A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 36 à 48.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> A/CN.9/590, par. 13.

<sup>9</sup> Manuel de Transparency International intitulé "Curbing Corruption in Public Procurement" (2007). Consultable à l'adresse [www.transparency.org/whatwedo/pub/handbook\\_for\\_curbing\\_corruption\\_in\\_public\\_procurement](http://www.transparency.org/whatwedo/pub/handbook_for_curbing_corruption_in_public_procurement).

<sup>10</sup> Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, *supra*, page 81, et "A Guide to best practices for contract administration", Office of Federal Procurement Policy (OFPP), 1994, consultable à l'adresse [www.gsa.gov/graphics/fas/BestPracticesContractAdministration.pdf](http://www.gsa.gov/graphics/fas/BestPracticesContractAdministration.pdf).

impliquant ingénieurs, géomètres, directeurs de projet, auditeurs, etc. dans les cas complexes.

7. Le projet de Guide pour l'incorporation de la Loi type traite la gestion des contrats de la manière suivante: "La phase d'administration du marché, si elle est mal conduite, peut nuire à l'intégrité du processus de passation de marchés et compromettre les objectifs de la Loi type que sont le traitement équitable, la concurrence et la prévention de la corruption, par exemple si des modifications du marché augmentent considérablement le prix final, si une qualité inférieure est acceptée, si les retards de paiement sont habituels et si des litiges interrompent l'exécution du marché. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000) contient des propositions détaillées pour l'administration des marchés complexes comportant un financement privé: nombre des commentaires faits dans cet instrument valent également pour l'administration de tous les marchés, en particulier pour les projets complexes."<sup>11</sup>

8. Le Guide législatif comme d'autres textes recommandent, afin de réduire les risques liés à l'exécution du contrat, de prévoir des dispositions adéquates dans les clauses de l'accord de projet (qui devraient couvrir la propriété des actifs, les arrangements financiers, les sûretés, les cessions, l'examen et l'approbation des plans, les variations des termes du projet, les pouvoirs de surveillance de l'entité gouvernementale, l'exploitation des infrastructures, et les conditions contractuelles générales telles que la sous-traitance, les responsabilités et garanties, les modifications des conditions et les manquements au contrat et dédommagements). Le Guide législatif traite en outre de la durée, la prorogation et la résiliation de l'accord de projet, ainsi que de la prévention et du règlement des différends. D'autres textes recommandent l'utilisation d'outils de gestion des projets tels que les calendriers d'exécution des travaux, la définition des responsabilités pour chaque tâche (comme la livraison et l'inspection), une conception claire du pouvoir des fonctionnaires concernés et de la hiérarchie, des procédures de paiement définies et des outils de communication et de conservation des documents<sup>12</sup>.

9. Si elle décide qu'il serait approprié de mener des travaux dans ce domaine, la Commission pourra aussi examiner la question de savoir si une réglementation devrait tenir compte du cadre juridique de la gestion de contrats défini dans le contrat (dont les conditions ne sont pas régies par la Loi type); dans ce cas, il pourrait être difficile de traiter de la gestion des contrats sans traiter des conditions contractuelles. Les conditions contractuelles générales pour un marché standard sont prévues par de nombreuses entités adjudicatrices, y compris l'ONU<sup>13</sup> et la Banque

---

<sup>11</sup> 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, "Application des principes de la Loi type à toutes les étapes du cycle de passation de marchés: planification et administration des marchés", A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.1, par. 27.

<sup>12</sup> Voir par exemple OCDE, *supra*, p. 80 à 83, OFPP, *supra*, et "Best Practices in Contract Management" par Rene G. Rendon (consultable à l'adresse <http://www.ism.ws/files/Pubs/Proceedings/GGRendon.pdf>), qui fait référence à Gregg A. Garrett, Rene G. Rendon, *Contract Management: Organizational Assessment Tools*, National Contract Management Association, 2005).

<sup>13</sup> Voir [www.un.org/Depts/ptd/conditions.htm](http://www.un.org/Depts/ptd/conditions.htm).

mondiale<sup>14</sup>, et des contrats spécialisés qui peuvent être adaptés aux exigences de l'espèce sont diffusés, entre autres, par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (la FIDIC, qui a élaboré une série de contrats de construction)<sup>15</sup>.

10. Selon un autre avis, le cycle de la passation de marchés ne se termine qu'à la fin de la durée de vie utile d'un bien ou à la fin d'un contrat de services<sup>16</sup>. Certains pays ont suivi cette approche dans leur législation sur la passation, qui couvre la disposition de biens publics<sup>17</sup>. Par conséquent, la Commission voudra peut-être aussi déterminer s'il convient d'examiner la question de la vente de biens publics (la question de la cession de ressources nationales est également examinée ci-dessous dans le contexte de la portée des instruments sur les PIFP).

#### **b) Planification des marchés**

11. Constatant l'importance de cette étape du cycle, le Groupe de travail a estimé qu'il serait peut-être plus facile de traiter dans la Loi type et/ou le Guide la question de la planification des marchés que celle de la gestion des marchés<sup>18</sup>. À cet égard, il a rappelé que la Loi type traitait certains aspects de la planification des marchés, comme la définition des conditions de la passation (y compris une description des besoins et des spécifications aux termes de l'article 10), les personnes autorisées à participer (art. 8 et 9), la manière dont la soumission à retenir était déterminée (art. 11) et le choix de la méthode de passation et des moyens de sollicitation (chapitre II). Elle encourageait par ailleurs la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (art. 6, par exemple sous la forme de projets de marché). En outre, il est dit dans le Guide que la pratique de la notification préalable "présente généralement l'avantage d'améliorer la gestion, la gouvernance et la transparence dans la passation des marchés. Plus concrètement, elle encourage la planification des marchés et renforce la discipline dans les procédures de passation et peut réduire les cas, par exemple, de recours injustifié à des méthodes destinées aux situations d'urgence (si l'urgence est due à un manque de planification) et de segmentation des marchés pour éviter l'application de règles plus strictes. Cette pratique peut également être avantageuse pour les fournisseurs et entrepreneurs en leur permettant de définir les besoins, de planifier l'allocation des ressources nécessaires et d'entreprendre d'autres préparatifs en vue de participer à des marchés futurs."<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Voir un exemple de ces conditions générales pour les marchés de biens à l'adresse <http://go.worldbank.org/SOTGACP3U0>.

<sup>15</sup> Voir [www.fidic.org/](http://www.fidic.org/).

<sup>16</sup> Review of Civil Procurement in Central Government, Peter Gershon, 1999, reproduit dans "Getting value for money from procurement", National Audit Office, Royaume-Uni, consultable à l'adresse <http://web.nao.org.uk/search/search.aspx?Schema=&terms=Getting+value+for+money+from+procurement>.

<sup>17</sup> Voir par exemple la "Kenya Public Procurement and Disposal Act" (loi kényane sur les marchés publics (achat et vente) de 2005), la "Uganda Public Procurement and Disposal of Public Assets Act" (loi ougandaise sur les marchés publics et la vente de biens publics de 2003) et la "Nigeria Public Procurement Act" (loi nigériane sur les marchés publics de 2007).

<sup>18</sup> A/CN.9/595, par. 80 à 82.

<sup>19</sup> Projet de Guide pour l'incorporation, première partie, Remarques générales, "Application des principes de la Loi type à toutes les étapes du cycle de passation de marchés: planification et administration des marchés", par. 26.

12. L'évaluation des besoins ainsi que la planification et la budgétisation au sens large ne sont pas autrement traitées dans la Loi type, ni dans le Guide. Pour ce qui est de l'évaluation des besoins, l'OCDE précise que pour réduire l'asymétrie de l'information entre le secteur privé et l'entité adjudicatrice, qui peut être source de corruption, il faut réunir des informations sur le marché, voire organiser des échanges de vue à ce sujet. Elle estime également qu'il faut évaluer la nécessité de l'acquisition à l'aide d'objectifs et de critères définis et que des mesures visant à promouvoir la transparence doivent être prévues dans ce processus. Pour ce qui est de la planification et de la budgétisation, elle recommande d'évaluer le marché en fonction des priorités stratégiques de l'organisation, d'établir un calendrier et une estimation budgétaire raisonnables, de préparer un argumentaire de rentabilité, de répartir adéquatement les responsabilités en matière de prise de décision et de tenir compte des impératifs de transparence dans la procédure de passation<sup>20</sup>. Ces points sont repris dans le Guide législatif<sup>21</sup>.

### c) Suspension et exclusion

13. La suspension et l'exclusion de fournisseurs ou entrepreneurs (on parle aussi d'inscription sur une "liste noire") sont des sanctions qui peuvent être imposées par une entité adjudicatrice. Selon un avis, ces mesures visent à garantir que les gouvernements ne traiteront qu'avec des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels qui rempliront leurs obligations juridiques et contractuelles, en excluant ceux qui ont manqué à ces obligations par le passé. Selon un autre avis, un régime d'exclusion fait partie d'un régime de sanctions approprié dans le cadre des procédures de passation. L'exclusion signifie qu'un fournisseur ou entrepreneur n'a pas le droit de soumissionner pour des marchés publics pendant une certaine période, lorsqu'une irrégularité ou autre comportement illégal a été établi; la suspension désigne généralement une exclusion temporaire, par exemple pendant la durée de l'enquête sur une allégation d'irrégularité.

14. Il est dit dans le Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption qu'un organisme public de passation ou autre organisme similaire doit prévoir des politiques et procédures relatives à l'exclusion<sup>22</sup> de manière à appliquer les dispositions de l'article 9 sur la passation des marchés publics et la gestion des finances publiques.

15. L'article 21 de la Loi type traite de l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif de tentatives d'incitations ou d'incitations réelles de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts. Il fournit une liste exhaustive des motifs justifiant l'exclusion obligatoire d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure, pour des raisons liées à un abus plutôt qu'aux informations concernant les qualifications ou au contenu de la soumission même. Il ne traite pas de l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur des marchés futurs, contrairement à de nombreux autres systèmes, y compris ceux des banques multilatérales de développement.

<sup>20</sup> Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, *supra*, pages 65 à 67.

<sup>21</sup> Voir par exemple chapitre II, "Sélection du concessionnaire" du Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, partie A.4 "Préparatifs pour la procédure de sélection".

<sup>22</sup> Page 67, "II.7. Prévention de l'usage impropre des procédures de réglementation des entités privées". Consultable à l'adresse [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53540\\_Ebook\\_f.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53540_Ebook_f.pdf).

16. Aux niveaux international et régional, on trouve des exemples de systèmes d'exclusion. Le système de la Banque mondiale repose sur un processus administratif qui relève des Procédures du Comité des sanctions. De leur côté, les banques multilatérales de développement ont conclu un Accord d'exécution mutuelle des décisions d'exclusion (entré en vigueur en juillet 2011)<sup>23</sup>. L'article 45 de la Directive 2004/18/CE relative aux marchés publics et l'article 39 de la Directive 2009/81/CE relative à la passation de marchés dans le domaine de la défense contiennent des dispositions relatives à l'exclusion obligatoire de la participation aux marchés publics des entreprises qui se sont rendues coupables de corruption, de fraude, de blanchiment de capitaux et de participation à une organisation criminelle.

17. Dans toutes les régions, des systèmes nationaux prévoient l'exclusion, même si celle-ci n'est pas toujours régie par la législation primaire sur les marchés publics. On mentionnera notamment les exemples suivants dans chaque région: Argentine (décret n° 1023/01, art. 28); États-Unis (règlement sur les achats fédéraux, partie 9.4 – exclusion, suspension et inéligibilité); République tchèque (décret n° 1199 du Gouvernement de la République tchèque daté du 25 octobre 2006); Nigéria (art. 6-1 e) de la loi sur les marchés publics de 2007). À Singapour, le pouvoir de prononcer l'exclusion est régi par la loi sur la prévention de la corruption, et il est exercé par le Comité permanent pour les exclusions<sup>24</sup>.

18. Si la Commission estime qu'elle devrait mener des travaux sur l'exclusion et les questions connexes, elle voudra peut-être donner des indications quant à la portée de tels travaux et préciser s'ils devraient englober la question des exigences de régularité de la procédure, garantir une application cohérente, assurer la proportionnalité et l'équité, envisager l'exclusion obligatoire et/ou discrétionnaire, déterminer si la fonction d'exclusion doit être centralisée, examiner les questions concernant la transparence, les délais (et les moyens d'être supprimé de la liste noire)<sup>25</sup>, ainsi que les mesures prises par le fournisseur pour redresser sa situation personnelle ("self-cleaning")<sup>26</sup>.

#### d) Règles sur le respect des dispositions par les entreprises

19. La Loi type régit les activités de l'État et de l'entité adjudicatrice, mais non celles du fournisseur ou de l'entrepreneur, sauf en ce qui concerne les sanctions prévues en cas de comportement interdit en vertu de l'article 21 de la Loi type. Il a été suggéré au Groupe de travail que, compte tenu des nouvelles approches envisagées dans un État, les règles et normes devraient être appliquées au

<sup>23</sup> Pour plus de détails, voir <http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984>.

<sup>24</sup> Voir le document de la BAD et de l'OCDE intitulé "ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, Anti-corruption policies in Asia and the Pacific: Thematic review on provisions and practices to curb corruption in public procurement, Self-assessment report Singapore", consultable à l'adresse [www.oecd.org/dataoecd/53/54/35054589.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/53/54/35054589.pdf).

<sup>25</sup> Voir par exemple les recommandations de Transparency International relatives à la mise en place d'un système d'exclusion efficace à l'échelle de l'UE, 2006, consultables à l'adresse [www.eib.org/attachments/strategies/TI\\_EU\\_debarment\\_recommendations.pdf](http://www.eib.org/attachments/strategies/TI_EU_debarment_recommendations.pdf).

<sup>26</sup> Processus permettant à des fournisseurs qui, autrement, seraient exclus de la passation en raison d'une condamnation pour corruption ou certaines autres infractions, de participer à des marchés futurs au motif qu'ils ont pris des mesures pour réparer les conséquences de leurs actes.

fournisseur ou à l'entrepreneur. On a fait observer que l'objet était d'appeler l'attention des fournisseurs sur les risques de poursuites en cas de fraude et de corruption lors de la passation, et de les encourager à suivre des mesures de prévention précises (tenant compte des obligations incombant à l'entité adjudicatrice et du champ d'application de l'article 21 de la Loi type exposé ci-dessus). Le Groupe de travail n'a pas jugé opportun d'élargir le champ d'application de la Loi type dans ce sens, mais la Commission voudra peut-être examiner la question, le cas échéant dans le contexte des mesures d'exclusion ou des mesures prises par le fournisseur pour redresser sa situation personnelle ("self cleaning") (voir ci-dessus), ou encore des mesures adoptées pour assurer le respect des dispositions par les sous-traitants.

**e) Achat responsable et questions d'environnement**

20. S'agissant de la mise en place de procédures de passation de marché responsables, on a fait observer qu'il s'agissait là d'une question de portée à la fois nationale et internationale, comme il ressortait de la recommandation du Sommet "Planète Terre" de Johannesburg selon laquelle il fallait que les autorités compétentes, à tous les niveaux, promeuvent des politiques de passation des marchés publics qui encouragent la création et la diffusion de biens et de services respectueux de l'environnement<sup>27</sup>. Le Programme des Nations Unies pour l'environnement, par exemple, noue des partenariats avec divers organismes, comme la Banque mondiale, le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail, la Ligue des États arabes et le Conseil international pour les initiatives écologiques communales, ainsi qu'avec des gouvernements nationaux pour promouvoir des procédures de passation de marché responsables<sup>28</sup>.

21. Le Groupe de travail n'a pas retenu une proposition tendant à inclure le principe d'"achat responsable" au nombre des objectifs de la Loi type<sup>29</sup>. Il a toutefois estimé que, compte tenu de l'attention croissante accordée à cette question, des travaux futurs dans ce domaine seraient peut-être opportuns<sup>30</sup>.

22. Le projet de Guide pour l'incorporation évoque la question comme suit: "[la] Commission a noté qu'il n'y avait pas de définition communément admise de la passation de marchés responsable mais qu'on considérait généralement qu'elle supposait une vision à long terme de la politique de passation de marchés, se traduisant par l'examen de l'ensemble des effets de la passation du marché sur la société et l'environnement de l'État adoptant (par exemple en favorisant l'évaluation des coûts sur le cycle de vie, des coûts de mise hors service de l'objet du marché et de l'impact sur l'environnement). À cet égard, la passation de marchés responsable peut être considérée dans une large mesure comme l'application des meilleures pratiques envisagées dans la Loi type. Pour cette raison, elle ne figure pas dans le Préambule comme un objectif distinct mais est traitée comme un élément des processus mis en œuvre en vertu de la Loi type. Le terme passation de marchés responsable peut aussi être utilisé comme un terme générique pour désigner

<sup>27</sup> Tiré de "Sustainable procurement — making it happen", UK Government, consultable à l'adresse [www.idea.gov.uk/idk/aio/69979](http://www.idea.gov.uk/idk/aio/69979).

<sup>28</sup> Pour plus de détails, voir [www.unep.fr/scp/procurement/](http://www.unep.fr/scp/procurement/).

<sup>29</sup> Cette proposition avait été formulée lors de consultations intersessions; voir A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 32 a).

<sup>30</sup> A/CN.9/713, par. 142.



la prise en compte dans la passation de marchés de politiques sociales, économiques et environnementales, tels que des facteurs “sociaux” (conditions d’emploi, inclusion sociale, lutte contre la discrimination), des facteurs “éthiques” (droits de l’homme, travail des enfants, travail forcé), et passation de marchés soucieuse de l’environnement. La souplesse de la Loi type pour ce qui est d’appliquer ainsi ces politiques socioéconomiques est examinée en détail [dans le commentaire relatif aux articles 8 à 11]”<sup>31</sup>.

23. La Commission voudra peut-être se demander si de nouveaux travaux d’ordre législatif sont nécessaires dans ce domaine, ou si la Loi type prévoit déjà les outils voulus, complétés par le commentaire ci-dessus dans le Guide pour l’incorporation. Dans ce dernier cas, elle voudra peut-être prendre des mesures pour signaler à l’attention des organismes œuvrant dans ce domaine l’approche retenue dans la Loi type.

## **2. Harmonisation des dispositions régissant la passation des marchés dans les instruments de la CNUDCI sur les PIFP et des dispositions régissant les méthodes de passation correspondantes dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics**

24. Le Groupe de travail a relevé l’importance de la compatibilité entre la Loi type et les instruments sur les PIFP<sup>32</sup>. Dans le Guide législatif, il est noté que la méthode retenue pour choisir le concessionnaire se fonde sur “la principale méthode de passation des marchés de services” prévue en vertu de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994<sup>33</sup>. Le texte de la Loi type de 2011 ne prévoit plus cette méthode de passation, mais une méthode de passation de marchés complexes dénommée “Demande de propositions avec dialogue” (art. 49) renferme certaines des caractéristiques de la sélection du concessionnaire prévues en vertu des recommandations et du commentaire dans le Guide législatif, y compris la procédure de présélection. Les caractéristiques communes dans cette procédure de sélection et dans l’article 49 de la Loi type sont notamment les suivantes: publication initiale ouverte, procédure de présélection, contenu prédéterminé des invitations à participer, normes techniques minimales et critères d’évaluation préalablement indiqués. Néanmoins, les dispositions de l’article 49 et la teneur des recommandations ne sont pas identiques. Ainsi, les premières sont plus détaillées et imposent des exigences supplémentaires (concernant notamment les critères d’évaluation). La Commission voudra donc peut-être mettre à jour le Guide législatif en ce qui concerne la sélection du concessionnaire pour tenir compte des dispositions pertinentes de la Loi type.

## **3. Dispositions supplémentaires pour élaborer un texte actualisé sur les PIFP**

### **a) Surveillance**

25. Le fait d’associer, d’une part, des procédures de passation préalablement prescrites et, d’autre part, l’obligation d’établir un procès-verbal de chaque procédure de passation (en vertu de l’article 25 de la Loi type) a pour objet de

<sup>31</sup> Projet de Guide pour l’incorporation, remarques générales, *supra*, par. 34 à 44.

<sup>32</sup> A/CN.9/713, par. 142.

<sup>33</sup> Consultable à l’adresse [www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html).

faciliter la surveillance de la procédure de passation. Selon la recommandation 38 du Guide législatif, des informations équivalentes devraient être consignées pour la procédure de sélection. Le Guide législatif aborde également les questions suivantes: surveillance réglementaire de la procédure de sélection, approbation du marché, obligation de contrôle et respect des dispositions contractuelles, conditions énoncées dans les licences, etc., sanctions et règlement des différends<sup>34</sup>. S'agissant de l'exploitation de l'infrastructure et de l'ouvrage, le Guide législatif prévoit que l'autorité contractante ou un organisme de réglementation indépendant peut exercer la fonction de surveillance, en particulier lorsque l'on peut s'attendre à l'adoption de prescriptions légales pour la prestation de services publics ou à des modifications de la réglementation (qui peuvent influencer sur la viabilité du projet).

26. Il est noté dans le Guide législatif qu'"un examen approfondi des aspects juridiques relatifs aux conditions d'exploitation des infrastructures dépasserait le cadre du [...] Guide"<sup>35</sup>. Compte tenu des modifications pouvant être apportées à la réglementation et de l'usage de mécanismes contractuels tels que les clauses de stabilisation qui sont parfois mises à profit dans ce contexte (et qui ont fait l'objet de nombreux commentaires défavorables)<sup>36</sup>, la Commission voudra peut-être envisager d'examiner plus avant les questions de surveillance.

#### **b) Promotion des mesures de règlement des différends à l'échelle nationale**

27. Lors de son Congrès organisé en 2007 sur le thème "Un droit moderne pour le commerce mondial", la CNUDCI a été instamment priée de recenser a) les éléments nécessaires à un régime national efficace de prévention et de règlement des différends entre l'organisme de réglementation et l'exploitant dans le cadre des concessions et b) les meilleures pratiques pertinentes. L'objectif des travaux à entreprendre dans ce domaine, a-t-il été dit, était de remédier à l'incapacité des pays de gérer convenablement les litiges découlant de la réglementation d'un nombre de plus en plus grand de secteurs privatisés de l'économie, autrefois considérés comme relevant essentiellement de la responsabilité de l'État et, partant, de lever les obstacles à l'investissement privé dans ces secteurs. Bien que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) puisse probablement être à même de s'occuper de certains de ces litiges, on a estimé qu'il était important d'encourager une action locale dans l'État bénéficiaire concerné.

28. Il a été proposé que la CNUDCI élabore un mécanisme national de prévention et de règlement des différends, en s'appuyant sur les dispositions pertinentes énoncées au chapitre VI du Guide législatif, et en prenant en compte la question du for approprié. Le contenu d'un texte éventuel sur ce thème pourrait inclure une clause dans les accords et règlements prévoyant l'échange régulier d'informations

<sup>34</sup> Voir chapitre premier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53.

<sup>35</sup> Voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure ...", Section I "Exploitation de l'infrastructure", par. 80.

<sup>36</sup> Voir par exemple, "Stabilization Clauses and Human Rights: A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights", 2008, consultable à l'adresse [www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p\\_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf) et "Freezing government policy: Stabilization clauses in investment contracts", R. Howse, 2011, consultable à l'adresse [www.iisd.org/itm/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/](http://www.iisd.org/itm/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/).

entre l'organisme de réglementation et l'exploitant; un système d'"alerte précoce" à mesure que des problèmes se posent; des mécanismes permanents le cas échéant (analogues aux conseils d'examen des marchés, ou un autre mécanisme permanent permettant de recourir à des services d'experts indépendants) pour s'attaquer aux problèmes dès qu'ils se manifestent, en veillant à ce que l'organe de réglementation applique les règles conformément à la loi et à ce que l'exploitant se conforme aux prescriptions pertinentes de bonne foi. Outre ces dispositions, il a été recommandé que le mécanisme de règlement des différends (y compris en ce qui concerne la sélection des membres de l'organe concerné et l'exigence de compétence) et le dispositif administratif connexe soient indépendants de toute considération d'ordre politique et de la politique publique à court terme, et soient perçus comme tels<sup>37</sup>.

#### **4. Regroupement des textes des instruments de la CNUDCI sur les PIFP**

29. En 2001, la Commission a prié le Secrétariat de regrouper en temps utile les textes des instruments sur les PIFP en une seule publication et, ce faisant, de conserver les recommandations concernant la législation qui figuraient dans le Guide législatif comme point de départ des Dispositions législatives types qui étaient alors en cours d'élaboration<sup>38</sup>. Si la Commission décide de procéder à ce regroupement, elle voudra peut-être aussi faire en sorte que toutes les questions examinées dans le Guide législatif soient prises en compte dans ses recommandations et Dispositions législatives types (le commentaire figurant dans le Guide législatif a une plus large portée que les recommandations et les Dispositions législatives types).

#### **5. Élargissement du champ d'application des instruments sur les PIFP afin d'inclure certaines formes de financement privé dans le développement des infrastructures et des opérations connexes non visées actuellement dans les instruments sur les PIFP**

30. Les partenariats public-privé constituent désormais des mécanismes bien établis à l'appui du développement des infrastructures. Ces partenariats donnent lieu à de nombreuses définitions, mais comme l'a expliqué la Banque mondiale, le terme a pris un sens très large dont l'élément principal est toutefois l'existence d'une approche de la fourniture d'infrastructures axée sur le partenariat, par opposition à une relation "fournisseur" sans liens de dépendance. Soit chacune des parties assume la responsabilité d'un élément de l'ensemble de l'entreprise et les deux parties travaillent de concert, soit les deux parties assument la responsabilité conjointe de chaque élément. Le partenariat public-privé suppose le partage des risques, des responsabilités et des bénéfices et il s'inscrit dans un contexte de rentabilité pour le contribuable<sup>39</sup>. On peut donc considérer que le terme "partenariat public-privé" a une connotation plus large que le terme PIFP, en ce sens que le secteur privé peut apporter des contributions non financières. Néanmoins, on

<sup>37</sup> Voir les pages 351 à 363 des actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, tenu à l'occasion de la quarantième session de la Commission, Vienne, 9-12 juillet 2007, consultable (en anglais seulement) à l'adresse [http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf).

<sup>38</sup> À sa trente-cinquième session; voir A/58/17, par. 171.

<sup>39</sup> Banque mondiale, 2003. Voir également <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>.

considère d'une manière générale que les partenariats public-privé et les PIFP sont des outils à peu près équivalents.

31. De l'avis de certains, les définitions des partenariats public-privé renvoient aussi à d'autres moyens mis à profit par les pouvoirs publics pour fournir des services, notamment à travers la sous-traitance ou la cession d'actifs ou d'entreprises détenus par l'État à cette fin. Selon un avis, les partenariats public-privé ont évolué et englobent désormais les marchés d'infrastructures sociales et les services annexes qui y sont associés, notamment le logement, la santé, les établissements pénitentiaires, l'énergie, l'eau et le traitement des déchets<sup>40</sup>. Une des caractéristiques principales de ces partenariats est la fourniture par des tiers de ce qui était autrefois des services publics. Le Guide législatif ne traite pas de la fourniture de ces services, sauf dans le cadre du développement des infrastructures.

32. Dans l'introduction du Guide législatif, il est indiqué ce qui suit: "Le Guide accorde une attention spéciale aux projets d'infrastructure qui comportent une obligation, de la part des investisseurs sélectionnés, d'entreprendre des travaux de construction, de réparation ou d'extension en échange du droit de faire payer, soit au public, soit à une autorité publique, l'utilisation de l'infrastructure ou les services qu'elle fournit. Bien que de tels projets soient parfois associés à d'autres opérations ayant pour but de "privatiser" des fonctions ou des biens de l'État, le Guide ne vise pas les opérations de "privatisation" qui ne se rapportent pas à la construction et à l'exploitation d'une infrastructure publique. Le Guide ne vise pas non plus les projets d'exploitation de ressources naturelles, tels que les projets d'extraction minière ou d'exploitation de pétrole ou de gaz dans le cadre d'une "concession", d'une "licence" ou d'un "permis" délivré par les autorités publiques du pays hôte"<sup>41</sup>. Il a été noté que ce type d'opération pouvait s'accompagner du transfert au secteur privé de ressources ou de terres naturelles communes, transfert qui dans certains cas se serait fait au mépris des droits de propriété sur ces terres, avec des conséquences néfastes sur l'environnement et sans la transparence voulue<sup>42</sup>. Ces informations font également apparaître une forte augmentation des projets impliquant la cession de terres et d'autres ressources naturelles<sup>43</sup>.

33. On a fait observer que bon nombre des recommandations du Guide législatif s'appliqueraient à ces opérations qui n'avaient pas été prises en compte. En fait, le

---

<sup>40</sup> New South Wales Treasury (2009): New South Wales Public-Private Partnerships – An Evolution, cité dans Public-Private Partnerships, Literature Review – Draft, G. Palmer, Aid Delivery Methods Programme, 2009 (consultable à l'adresse [http://www.dpwg-igd.org/cms/upload/pdf/PublicPrivatePartnership\\_Lit\\_Review.doc](http://www.dpwg-igd.org/cms/upload/pdf/PublicPrivatePartnership_Lit_Review.doc)).

<sup>41</sup> Voir Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé, par. 8.

<sup>42</sup> Voir Revue de droit uniforme, NS – Vol. XVII 2012, Devising Transparent and Efficient Concession Award Procedures, C. Nicholas, et les diverses sources mentionnées dans ce document.

<sup>43</sup> Voir, par exemple, S. Haralambous, H. Liversage et M. Romano, The Growing Demand for Land, Risks and Opportunities for Smallholder Farmers, document de travail établi pour la Table ronde organisée pendant la trente-deuxième session du Conseil des gouverneurs du FIDA, 18 février 2009, consultable à l'adresse [www.ifad.org/events/gc/32/roundtables/2.pdf](http://www.ifad.org/events/gc/32/roundtables/2.pdf), et Rachel Nalepa, The Global Land Rush: Implications for Food, Fuel, and the Future of Development, Pardee Papers, No. 13, mai 2010, consultable à l'adresse [www.bu.edu/pardee/files/2011/08/PP13\\_GlobalLandRush.pdf](http://www.bu.edu/pardee/files/2011/08/PP13_GlobalLandRush.pdf).

document de l'OCDE intitulé "Basic Elements of a Law on Concession Agreements" (Éléments essentiels d'une loi sur les accords de concession), établi en collaboration avec la Bourse d'Istanbul et des experts régionaux, aborde tous les types de concession<sup>44</sup>. Compte tenu de l'importance croissante de ces opérations, la Commission voudra peut-être se demander si le champ d'application du Guide législatif devrait être élargi pour les prendre en considération. Elle voudra peut-être aussi tenir compte du champ d'application envisagé dans la proposition de directive de la Commission européenne sur l'attribution de contrats de concession<sup>45</sup>.

34. La Commission se rappellera peut-être qu'il est indiqué dans le Guide législatif que, pour être efficaces, les projets d'infrastructure doivent "concilier, d'une part, le souhait de faciliter et d'encourager la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure et, d'autre part, diverses préoccupations d'intérêt général du pays hôte"<sup>46</sup>. La Commission voudra peut-être se demander si ces éléments et l'équilibre à établir entre eux devraient être commentés plus en détail pour le cas où le champ d'application du Guide législatif serait élargi pour prendre en compte les questions qui actuellement n'y sont pas traitées et qui sont recensées ci-dessus. À cet égard, la détermination de l'intérêt général et des préoccupations d'intérêt général dans ce contexte peut exiger un traitement particulièrement attentif car, comme cela a été noté, tout jugement sur la valeur attribuée aux résultats de la politique publique<sup>47</sup> risque d'être subjectif.

35. À ce propos, la Commission voudra peut-être noter qu'UNIDROIT envisage de mener des travaux dans des domaines connexes: avec le FIDA et la FAO sur la question de l'agriculture contractuelle, et plus généralement sur des orientations internationales concernant les contrats d'investissement fonciers, compte tenu, en particulier, des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.

## 6. Autres questions

36. La Commission estimera peut-être que la brève description de certaines des questions énoncées ci-dessus devrait être étoffée afin de pouvoir déterminer le mandat de travaux futurs éventuels. Dans l'affirmative, elle voudra peut-être charger le Secrétariat de procéder à une étude plus détaillée des normes, règles et pratiques pertinentes et s'interroger sur la faisabilité et l'opportunité de nouveaux travaux qu'elle pourrait mener dans les domaines considérés. Elle voudra peut-être en outre se demander si l'organisation d'un colloque pourrait aider à définir le champ des travaux qui pourraient être entrepris.

37. La Commission voudra peut-être également faire le point sur le champ d'application et la forme du texte qui pourrait être élaboré dans ces domaines. Elle souhaitera peut-être examiner la mesure dans laquelle les questions recensées ci-dessus se prêtent à une réglementation. Pour certaines d'entre elles, il serait

<sup>44</sup> Ibid., page 3. Le texte des "Basic Elements of a Law on Concession Agreement" de l'OCDE est consultable à l'adresse [www.oecd.org/dataoecd/41/20/33959802.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/41/20/33959802.pdf).

<sup>45</sup> Le texte de la directive est consultable à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:FR:PDF>.

<sup>46</sup> Voir Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé, par. 4.

<sup>47</sup> Illidge, R et Cicmil, S [2000] From PFI to PPP: Is risk understood? Consultable à l'adresse <http://www1.uwe.ac.uk/bl/bbs/trr>, page 2.

peut-être plus judicieux de donner des orientations sur les meilleures pratiques. À cet égard, le Groupe de travail a estimé, à sa vingt et unième session, que certaines questions importantes du point de vue de la passation des marchés publics et d'activités connexes dépassaient le cadre d'un texte juridique ou d'orientations générales, comme un Guide pour l'incorporation, s'agissant notamment de l'application et de l'utilisation du texte en question (voir, par exemple, les questions examinées aux paragraphes 6 à 9, 12, 17 et 34 ci-dessus). Le Groupe de travail a donc envisagé d'autres documents à l'appui de la Loi type sur la passation des marchés publics, y compris un glossaire des termes figurant dans la Loi type et le Guide pour l'incorporation<sup>48</sup>.

38. La Commission voudra peut-être également examiner quelles autres informations pourraient être collectées et diffusées eu égard à l'incorporation, l'application, l'interprétation et l'utilisation de la Loi type. S'agissant de l'interprétation, la Loi type de 1994 a rarement été adoptée sans qu'il soit tenu compte de la situation locale, et cette approche devrait être retenue en ce qui concerne la Loi type de 2011. Aussi, le Recueil de jurisprudence pourrait-il être d'une utilité limitée.

39. Dans le domaine de l'insolvabilité, la "Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge" et le "Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale" (2009) viennent appuyer la Loi type en question. En adoptant une approche analogue et en encourageant les contributions à travers le site Web de la CNUDCI et des consultations d'experts, on pourrait également épauler la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

---

<sup>48</sup> A/CN.9/745, par. 36.