



Assemblée générale

Distr. générale
11 avril 2016
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-neuvième session
New York, 27 juin-15 juillet 2016

Travaux futurs possibles dans les domaines de la passation de marchés et du développement des infrastructures

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1	2
II. Travaux futurs proposés dans les domaines de la passation de marchés et du développement des infrastructures	2-19	2
A. Suspension et exclusion dans le domaine des marchés publics	2-9	2
B. Partenariats public-privé (PPP)	10-19	3
III. Conclusions	20-22	7



I. Introduction

1. La présente note a été établie pour permettre à la Commission d'examiner, à sa quarante-neuvième session, les travaux futurs possibles dans les domaines de la passation de marchés et du développement des infrastructures. Elle aborde deux axes possibles de travail législatif: la suspension et l'exclusion dans le domaine des marchés publics, et les partenariats public-privé.

II. Travaux futurs proposés dans les domaines de la passation de marchés et du développement des infrastructures

A. Suspension et exclusion dans le domaine des marchés publics

2. À sa quarante-huitième session, la Commission est convenue de l'importance de la suspension et de l'exclusion pour appuyer la mise en œuvre efficace des lois sur la passation des marchés publics et pour combattre la corruption, et elle s'est demandé si la CNUDCI devrait publier un texte législatif en la matière, qui étairait sa Loi type sur la passation des marchés publics¹.

3. La Commission a noté que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics² permettait d'exclure des fournisseurs à la suite d'une procédure administrative de suspension ou d'exclusion, mais qu'elle ne prévoyait aucune règle de procédure à cette fin. Elle a également noté que, dans la pratique, les objectifs, les procédures et les résultats des mécanismes de suspension et d'exclusion variaient considérablement³.

4. La Commission a demandé qu'à sa session de 2016, le Secrétariat lui fasse rapport sur les résultats de ses travaux exploratoires visant à estimer la faisabilité de l'élaboration d'un texte harmonisé de la CNUDCI en la matière et à évaluer à la fois l'importance de la demande et la mesure dans laquelle un tel texte répondrait de manière appropriée aux questions qui se posaient⁴.

5. S'agissant de la faisabilité d'un texte harmonisé de la CNUDCI sur la suspension et l'exclusion, les écarts entre les positions précédemment rapportées à la Commission semblent s'être peu réduits⁵. Les différences d'opinion qui se sont récemment manifestées concernent notamment le fait de savoir si la corruption entraîne systématiquement l'exclusion ou si le fournisseur qui a commis des actes de corruption peut prendre des mesures pour l'éviter; le fait de savoir si une condamnation pour corruption dans un État suffirait à exclure un fournisseur dans un autre État; l'étendue des détails présents dans la réglementation applicable en matière de procédure; la charge de la preuve et le degré de preuve requis pour l'application d'une sanction.

¹ A/70/17, par. 362.

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 192 et annexe I, disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

³ A/70/17, par. 362; voir aussi A/CN.9/850, par. 4 à 12.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

6. En revanche, on constate des signes de convergence dans certains domaines. Pour ce qui est des processus, un consensus croissant se dégage quant aux définitions des comportements punissables et aux processus de conformité conçus en partie pour appuyer la détection de tels comportements. S'agissant des conséquences des comportements punissables, on a légèrement avancé vers la possibilité de l'exclusion multiple fondée sur une démarche souple (notamment en reconnaissant le fait qu'un comportement punissable dans un pays n'entraînerait pas automatiquement l'exclusion dans un autre pays, mais qu'il pourrait justifier une enquête complémentaire).

7. Compte tenu de ces indications et, en arrière-fond, du consensus sur l'importance fondamentale de la transparence du processus, du caractère indispensable à la fois d'une procédure régulière si des sanctions sont envisagées et de la coopération entre institutions internationales et autorités nationales, il semble qu'un texte de la CNUDCI pourrait résoudre de nombreuses questions relatives aux systèmes de suspension et d'exclusion. De nombreux États sont également demandeurs de conseils et d'assistance pour la mise en place d'un système national, et ont indiqué qu'ils accueilleraient favorablement un texte de la CNUDCI qui traduirait les meilleures pratiques internationales à cet égard.

8. On peut donc conclure de ce qui précède que divers éléments constitutifs d'un texte de la CNUDCI sur la suspension et l'exclusion commencent à converger, et qu'une demande existe pour un tel texte. Toutefois, il apparaît également clairement qu'une dynamique de confluence sur les paramètres fondamentaux d'un système de suspension et d'exclusion renforcerait la faisabilité et le succès d'un texte de la CNUDCI en la matière. Des débats facilitant cette confluence ont régulièrement lieu, ainsi qu'il ressort des rencontres où ces sujets sont examinés au niveau international⁶.

9. Ainsi, la Commission considérera peut-être qu'il est actuellement impossible d'envisager des développements législatifs dans ce domaine au sein de la CNUDCI, mais les évolutions indiquées aux paragraphes précédents montrent qu'il convient de maintenir ce thème à l'ordre du jour.

B. Partenariats public-privé (PPP)

10. Compte tenu de l'importance que revêt ce sujet pour le développement et dans le contexte des objectifs de développement durable, la Commission a décidé, à sa quarante-huitième session, de maintenir à son ordre du jour la possibilité d'élaborer un texte législatif relatif aux PPP. Elle a demandé au Secrétariat de suivre la question pour faire avancer les préparatifs au cas où elle déciderait d'entreprendre des travaux dans ce domaine, et de lui faire rapport en 2016⁷.

11. En conséquence, le Secrétariat a continué d'examiner les activités d'autres institutions actives dans le domaine des PPP, principalement la Banque mondiale et

⁶ On citera notamment le troisième colloque sur la suspension et l'exclusion, tenu le 16 décembre 2015 au siège de la Banque mondiale à Washington (<http://www.worldbank.org/en/events/2015/11/05/third-suspension-and-debarment-colloquium-2015>), et la conférence sur la convergence en ce qui concerne la passation de marchés transatlantiques, qui s'est tenue le 26 octobre 2015 au King's College de l'Université de Londres (<http://www.kcl.ac.uk/law/newsevents/eventrecords/Towards-Convergence-in-Transatlantic-Procurement-Markets-.aspx>).

⁷ A/70/17, par. 363.

les banques régionales de développement, la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU) et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), et d'encourager l'utilisation des textes existants de la CNUDCI relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé pour la réforme en matière de PPP. Pour ce faire, il a continué de recueillir des observations sur les domaines dans lesquels il est estimé que les textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé fonctionnent bien et, le cas échéant, sur ceux où ils pourraient devoir être actualisés ou modifiés⁸.

12. Ces activités indiquent que les évolutions dans les trois domaines des PPP devraient être portées à l'attention de la Commission.

Passation de marchés dans le cadre des PPP

13. Tout d'abord, et comme on l'a signalé lors du colloque de la CNUDCI sur les PPP qui s'est tenu en mars 2014⁹, le domaine qui fait l'objet d'une attention soutenue est l'attribution de la concession ou la mise en œuvre d'un autre mécanisme de projet et le choix du partenaire de projet. Il a été noté pendant le colloque qu'il existe dans de nombreux pays des chevauchements entre les lois relatives à la passation des marchés publics et aux concessions. Dans la mesure où la réussite des projets de PPP est étroitement liée à la cohérence entre les lois relatives aux PPP et les autres lois pertinentes, cette fragmentation pose des problèmes¹⁰.

14. Il a également été reconnu que les procédures d'appel d'offres traditionnelles ne convenaient généralement ni aux PPP ni à la passation traditionnelle (c'est-à-dire reposant sur le financement public) de marchés concernant des projets d'infrastructure complexes. Lorsqu'il a élaboré la Loi type sur la passation des marchés publics¹¹, le Groupe de travail I a adapté et actualisé la procédure de sélection figurant dans les textes de la CNUDCI relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé pour prendre en compte une méthode de passation appelée "demande de propositions avec dialogue", qui est disponible pour l'achat de biens et de services complexes (par exemple les projets d'infrastructure)¹². Le colloque de 2014 a notamment conclu que la passation de marchés dans le contexte des PPP nécessiterait des interactions entre l'autorité publique et d'éventuels

⁸ Guide législatif (et recommandations législatives) et Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, disponibles à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

⁹ Pour les actes du colloque, durant lequel on a examiné les débats de la Commission lors d'un colloque précédent en 2013, les résultats d'un exercice visant à dresser un état des lieux des législations actuelles en matière de PPP, certaines conclusions préliminaires sur les principaux points susceptibles de figurer dans un éventuel texte législatif sur les PPP et la forme que celui-ci pourrait revêtir, voir <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2014.html> (en anglais).

¹⁰ Voir A/CN.9/819, par. 77 à 92, et A/CN.9/821, par. 69.

¹¹ Note de bas de page 2, *supra*.

¹² Voir articles 30 et 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, *ibid*. Les participants au colloque de 2014 ont pris note d'examen indiquant que le système de demande de propositions avec dialogue combinait de nombreuses caractéristiques de la méthode de sélection prévue dans les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, de l'appel d'offres en deux étapes (méthode testée et éprouvée qu'utilisaient les banques multilatérales de développement) et de la procédure de dialogue compétitif de l'Union européenne, et qu'il constituait ainsi lui-même une méthode harmonisée. Voir également A/CN.9/821, par. 90.

soumissionnaires et qu'il serait essentiel de veiller à ce que toutes les négociations fassent l'objet de garanties appropriées, et que ces points devraient être prévus dans la Loi type sur la passation des marchés publics¹³.

15. Entre autres activités, les organisations citées ci-dessus ont examiné les aspects de la passation de marchés qui ont trait aux PPP¹⁴ et montré que de nombreux États prennent en compte les PPP dans le cadre des travaux de modernisation de leurs systèmes de passation de marchés. Il est absolument essentiel d'intégrer une procédure de sélection appropriée et l'on estime donc que la CNUDCI pourrait apporter une contribution précieuse à l'amélioration des pratiques en matière de conclusion de PPP en élaborant un texte prévoyant une procédure de sélection harmonisée avec le mécanisme de demande de propositions avec dialogue tel qu'il apparaît dans la Loi type sur la passation des marchés publics. Les participants au colloque de 2014 ont estimé que les adaptations restreintes appropriées au contexte des PPP (par exemple pour prendre en compte des modifications des conditions contractuelles pendant la période de projet) ne créeraient pas de problèmes de cohérence entre la passation de marchés à financement public relatifs à des infrastructures complexes et la passation de marchés en matière de PPP¹⁵.

Conditions de l'accord de projet

16. Le deuxième domaine concerne les conditions des accords de concession ou de projet. Il a également été étudié lors du colloque de 2014¹⁶, et les participants ont conclu que la mesure dans laquelle le contenu de l'accord était régi par la législation variait d'un État à l'autre, et que des dispositions législatives pourraient accroître la cohérence et réduire la portée et la durée des négociations, tout en gardant à l'esprit qu'il fallait que les négociations conservent un certain niveau de souplesse pour s'adapter au projet donné. Cependant, les participants au colloque ont conclu que dans ce domaine, il faudrait une quantité considérable de travaux supplémentaires pour répertorier les aspects à harmoniser¹⁷.

17. Depuis la publication des textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, certains États ont publié des dispositions types pour les contrats

¹³ Voir A/CN.9/820, par. 15 à 20, et A/CN.9/821, par. 90 à 95.

¹⁴ Voir, par exemple, les travaux de l'Équipe de spécialistes du Comité de l'innovation, de la compétitivité et des partenariats public-privé de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, présentés dans les documents intitulés "Developing international standards and best practices in PPPs" (mise en place de meilleures pratiques et de normes internationales en matière de PPP) et "draft Charter on Zero Tolerance to Corruption in PPP Procurement" (projet de charte relative à la tolérance zéro concernant la corruption dans les éléments de certification des PPP), ainsi que les travaux sur la tolérance zéro s'agissant des éléments de certification des PPP disponibles (en anglais) aux adresses https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2015/PPP/TOS-PPP/ECE_CECI_PPP_2015_CRP2.pdf, et http://www.unece.org/ppp/forum2016.html#.

¹⁵ Voir A/CN.9/820, par. 15 à 20, et A/CN.9/821, par. 90 à 95.

¹⁶ Voir A/CN.9/820, par. 35 à 40, et A/CN.9/821, par. 102 à 107.

¹⁷ Voir A/CN.9/821, par. 107.

de PPP¹⁸, mais il a été jugé qu'elles présentaient trop de divergences. En 2015, la Banque mondiale a publié un rapport sur les dispositions contractuelles recommandées en matière de PPP¹⁹ indiquant que, compte tenu de la grande diversité des opérations fondées sur des PPP, il n'était pas réaliste d'envisager l'élaboration d'un contrat harmonisé au niveau international, mais que certains problèmes juridiques se retrouvaient dans la grande majorité des contrats de PPP dans la pratique, ce qui signifiait qu'il était possible de recenser des solutions fréquemment partagées. Les domaines concernés ont trait aux modifications et aux événements qui peuvent survenir durant le cycle de vie des projets (dont la nature même nécessite des contrats à long terme), notamment des changements de législation, des cas de force majeure, le refinancement ou la résiliation. Ces questions sont également traitées à la section A du chapitre IV du Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé (qui fournit des orientations relatives aux "dispositions générales de l'accord de projet"). Les travaux des autres organisations citées ci-dessus²⁰ indiquent également que ces orientations pourraient être actualisées grâce à des renvois aux pratiques actuelles, et qu'une solution harmonisée est maintenant possible.

Litiges naissant après l'attribution du marché

18. Le troisième domaine concerne le règlement des différends, dont traite le chapitre VI du Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé. Lors du colloque de 2014²¹, il a été proposé, entre autres, d'actualiser les orientations de façon à traduire la mise en œuvre accrue à la fois de mécanismes d'évitement des litiges et de mécanismes de règlement relativement informels comme les conseils de règlement des litiges²², et à fournir des orientations relatives

¹⁸ On citera entre autres les documents suivants: "Standardisation of PFI Contracts", HM Treasury (UK), Version 4 (mars 2007), disponible (en anglais) à l'adresse http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130129110402/http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_standardised_contracts.htm; le projet intitulé "Standardisation of PF2 Contracts", HM Treasury (UK), 2012, disponible (en anglais) à l'adresse https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.pdf; "Standard Form Public Private Partnership (PPP) Project Agreement, National Infrastructure Unit of New Zealand, octobre 2013, disponible (en anglais) à l'adresse <http://www.infrastructure.govt.nz/publications/draftpppstandardcontract>; et le "Guide Contrat Partenariat", France, 2011, disponible (en français) à l'adresse http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/GuideContratPartenariat.pdf.

¹⁹ L'édition 2015 est disponible (en anglais) à l'adresse <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/wbg-report-recommended-ppp-contractual-provisions>, tandis que l'édition 2016 devrait comporter d'autres recommandations susceptibles de remplacer le langage contractuel figurant dans le rapport de 2015, reconnaissant ainsi que différents types de dispositions peuvent s'avérer nécessaires dans différents types de systèmes juridiques, notamment les systèmes de la *common law* et du droit civil.

²⁰ Par exemple ceux de l'EPEC (European PPP Expertise Center), qui a publié un guide des orientations ("Guide to Guidance") disponible (en anglais) à l'adresse <http://www.eib.org/epec/g2g/>, ainsi que d'autres outils abordant les aspects mentionnés à l'adresse <http://www.eib.org/epec/library/>.

²¹ Voir A/CN.9/820, par. 41 à 51, et A/CN.9/821, par. 108 à 113.

²² Ces organismes ont fait l'objet d'une session lors de la semaine Droit, Justice et Développement 2013, organisée par la Banque mondiale. Voir (en anglais) <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Dispute%20Resolution%20Board%20Foundation%20-%20Dispute%20Boards%20in%20PPP%20Transactions%20by%20Kurt%20Dettman.pdf>.

aux litiges entre actionnaires, prêteurs, partenaires du consortium d'exploitation, régulateurs, exploitants, entrepreneurs et sous-traitants (qui s'ajouteraient aux orientations concernant les litiges entre l'autorité publique et le partenaire du projet)²³.

19. Tant la stabilité de la relation contractuelle que la conclusion de l'accord de projet peuvent donc bénéficier de la publication de normes harmonisées pour le processus de règlement des litiges. En outre, dans la mesure où certains différends relatifs aux PPP sont susceptibles de faire intervenir des régulateurs ou des autorités gouvernementales et où leur règlement exige une certaine latitude, l'existence d'un cadre législatif ou réglementaire approprié permettant la mise en place de procédures adéquates pour ce type de litiges peut également réduire les risques pour les projets en question. Lors du colloque de 2014, il a été estimé qu'il serait possible de convenir de solutions législatives pour les questions qui demeuraient en suspens²⁴. Les publications relatives aux dispositions contractuelles dont il est fait état au paragraphe précédent indiquent également que de nos jours, les accords de PPP comportent fréquemment des dispositions en matière de prévention et de règlement des litiges, ce qui montre qu'il existe un consensus croissant quant aux approches qui devraient figurer dans un texte législatif, à la fois pour prévenir et pour régler les différends.

III. Conclusions

20. En 2015, tout en reconnaissant l'importance des PPP, la Commission s'est inquiétée de ce que la portée des travaux législatifs possibles qui étaient alors envisagés pourrait dépasser les ressources de la CNUDCI²⁵.

21. S'agissant de la suspension et de l'exécution dans le cadre de la passation de marchés publics, la Commission voudra peut-être confirmer que le Secrétariat devrait continuer de suivre les évolutions dans ce domaine et de lui faire régulièrement rapport à ce sujet.

22. Compte tenu des développements indiqués ci-dessus en ce qui concerne les PPP, la Commission voudra peut-être se demander si une approche modulaire de l'évolution législative dans le cadre de ces partenariats lui permettrait de répondre aux besoins signalés en matière d'actualisation de certains des aspects des textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, dans les limites des ressources dont elle dispose. Le cas échéant, elle voudra peut-être se demander si la CNUDCI pourrait entreprendre des travaux de développement législatif consécutifs sur les aspects des PPP dont il est fait état ci-dessus.

²³ Voir A/CN.9/821, par. 112.

²⁴ Voir A/CN.9/821, par. 113.

²⁵ A/70/17, par. 363.