Nations Unies A/CN.9/WG.I/WP.56

Assemblée générale

Distr.: Limitée
15 juin 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies**
**pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Douzième session
Vienne, 3-7 septembre 2007

# Passation de marchés

## Modifications à apporter à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

## Proposition des États-Unis d'Amérique

**Note du secrétariat**

En vue de la douzième session du Groupe de travail I (Passation de marchés) au cours de laquelle ce dernier devrait poursuivre son examen des documents A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1 (voir le rapport sur les travaux de sa onzième session, A/CN.9/623, par. 12), le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a, le 14 juin 2007, soumis une proposition concernant les questions qui seront examinées à cette douzième session, à savoir les accords-cadres, les systèmes d'acquisition dynamiques et les mesures de lutte contre la corruption. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de la proposition tel qu'il a été reçu par le secrétariat, et dont seule la mise en forme a été modifiée.

V.07-84499 (F) 190707 200707

# Annexe

## Document présenté par la délégation des États-Unis d'Amérique au Groupe de travail I (Passation de marchés) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) concernant les questions que ce dernier examinera à sa session de septembre 2007: accords-cadres, systèmes d'acquisition dynamiques et mesures de lutte contre la corruption

1. Le Groupe de travail I (Passation de marchés) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) doit se réunir à Vienne dans la semaine du 3 au 7 septembre 2007 afin d'examiner les modifications qu'il est proposé d'apporter à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la "Loi type"). La délégation des États-Unis d'Amérique au Groupe de travail soumet le présent document afin de faciliter les débats de ce dernier sur deux questions susceptibles de se poser à la session de septembre 2007: 1) les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques, et 2) les dispositions de la Loi type sur les conflits d'intérêts dans la passation des marchés publics.

### I. Accords-cadres et systèmes d'acquisition dynamiques

2. À sa session tenue du 21 au 25 mai 2007 (voir l'ordre du jour provisoire publié sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.49), le Groupe de travail I a procédé à un premier échange de vues notamment sur les documents de travail A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1 (datés du 13 mars 2007)[1], qui présentaient des projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation de marchés publics.

3. Le document A/CN.9/WG.I/WP.52 portait essentiellement sur les accords-cadres. Nous noterons, pour référence, qu'ils sont définis par une directive européenne relative à la passation de marchés de la manière suivante:

4. Un "accord-cadre" est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

5. Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, article premier, paragraphe 5[2]. Ces "accords-cadres" sont très semblables aux "contrats à prestations et à quantités indéterminées" (indefinite-delivery/indefinite quantity (ID/IQ) contracts) utilisés par le Gouvernement des États-Unis (voir, par exemple, le Règlement sur les marchés fédéraux (Federal Acquisition Regulation ou FAR))[3], 16.504-16.505,

---

[1] Ces documents sont disponibles à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/1Procurement.html

[2] La directive est disponible à l'adresse: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm

[3] Le Règlement sur les marchés fédéraux est disponible à l'adresse: http://www.acquisition.gov/far

48 C.F.R. §§ 16.504-16.505, ainsi que les marchés à fournisseurs multiples (Multiple Award Schedules contracts) qui sont essentiellement proposés par la General Services Administration (GSA) (voir FAR sous-partie 8.4, 48 C.F.R. sous-partie 8.4).

6. Nous souhaitons formuler deux commentaires concernant les documents de travail A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1, dont le Groupe de travail poursuivra probablement l'examen à la session qui se tiendra en septembre 2007 à Vienne.

7. *Autoriser les accords-cadres multiples*. Premièrement, nous recommandons au Groupe de travail d'envisager d'assouplir le projet de texte proposé concernant la structure des accords-cadres. Le projet de texte proposé au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.I/WP.52 prévoit la possibilité de conclure un accord-cadre *unique* avec *plusieurs* fournisseurs. Cette approche semble s'inspirer du paragraphe 4 de l'article 32 de la directive européenne précitée. Nous recommandons que la Loi type permette aussi aux entités adjudicatrices de conclure parallèlement *plusieurs* accords-cadres avec de multiples fournisseurs, plutôt que d'exiger la conclusion d'un seul accord-cadre avec de nombreux fournisseurs. Selon l'approche proposée, les entités adjudicatrices auraient la possibilité de conclure de multiples accords avec essentiellement des termes similaires.

8. Grâce à cette approche plus flexible, les entités adjudicatrices seraient apparemment mieux à même d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix lors de la passation de marchés. Les accords-cadres sont conçus pour permettre d'organiser une mini concurrence entre les fournisseurs qui sont parties à l'accord, lorsqu'un marché doit être passé pour un besoin particulier (voir, par exemple, le paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.I/WP.52). Obliger tous les fournisseurs à conclure un accord-cadre unique réduirait la concurrence lors de cette mini "remise en compétition", car ceux-ci seraient contraints de satisfaire à des conditions identiques dès le départ. D'où un risque accru, semblable à celui signalé par la Commission européenne il y a environ dix ans, que les accords-cadres ne favorisent les comportements anticoncurrentiels dans la passation de marchés (voir le communiqué de presse de la Commission européenne intitulé "Marchés publics: procédures d'infraction à l'encontre du Royaume-Uni, de l'Autriche, de l'Allemagne et du Portugal", IP/97/1178 (Bruxelles, 19 décembre 1997))[4].

9. Une autre approche, qui est utilisée aux États-Unis, consiste à favoriser la conclusion d'accords *multiples* avec des fournisseurs *multiples* dans le cadre d'une seule procédure de sollicitation. (voir, par exemple, FAR 16.504 c), 48 C.F.R. § 16.504 c)). Cette approche permet de conclure plusieurs accords-cadres presque identiques avec les différents fournisseurs, tout en permettant à l'entité adjudicatrice et aux fournisseurs de négocier des conditions légèrement différentes – par exemple en ce qui concerne l'octroi de licences – dans l'accord-cadre conclu avec chaque fournisseur. Ces différences peuvent accroître la concurrence dans les mini "remises en compétition" qui suivent. La conclusion d'accords séparés donne en outre davantage de flexibilité à l'entité adjudicatrice dans le cas où elle déciderait de résilier un accord avec un fournisseur s'il est soupçonné de corruption ou d'actes illicites.

---

[4] Le communiqué de presse de la Commission européenne est disponible à l'adresse: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/97/1178&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en

10. *Rapprochement entre les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques*. Les documents de travail A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1 s'appuient sur les directives européennes relatives à la passation de marchés et établissent une distinction conceptuelle entre les "accords-cadres" et les "systèmes d'acquisition dynamiques". De fait, le paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1 reprend explicitement la définition de "systèmes d'acquisition dynamiques" de la directive européenne relative à la passation des marchés, qui est la suivante:

> "Un 'système d'acquisition dynamique' est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges."

11. L'expérience acquise dans le système fédéral de passation des marchés aux États-Unis a toutefois montré que les "accords-cadres" et les "systèmes d'acquisition dynamiques" (du moins tels qu'ils sont envisagés par la Loi type) sont pas deux concepts distincts, mais plutôt que les seconds sont un simple prolongement logique des premiers.

12. Un exemple concret aidera peut-être le Groupe de travail dans l'examen de ce point. Depuis plusieurs décennies, la General Services Administration (GSA), organisme central d'achat, encourage les marchés à fournisseurs multiples (Multiple Award Schedules contracts). Il s'agit essentiellement d'accords-cadres, qui peuvent être conclus *à tout moment* par un fournisseur qualifié qui souhaite vendre les biens ou services concernés aux administrations américaines. Il existe de nombreuses catégories différentes d'accords, telles que des catégories de contrats concernant des services informatiques ou des services de gestion. Grâce aux marchés à fournisseurs multiples de la GSA, les administrations américaines ont directement accès à des milliers de fournisseurs et littéralement à des millions de biens et de services commerciaux (voir www.gsa.gov ("GSA Schedules")).

13. Un fournisseur peut *à tout moment*, pour conclure un marché avec la GSA, préparer et soumettre une proposition dans le cadre d'une procédure permanente de sollicitation de la GSA. L'agent chargé de la passation des marchés à la GSA négocie ensuite un accord avec le fournisseur pour les biens et les services offerts (voir FAR, sous-partie 8.4, 48 C.F.R. sous-partie 8.4). Les conditions de l'accord se fondent généralement sur les pratiques de vente commerciale du fournisseur; dans la plupart des cas, le marché est finalement conclu avec une remise par rapport aux prix du marché pratiqués par le fournisseur et intègre au moins quelques-unes des conditions commerciales générales de ce dernier.

14. Le marché que le fournisseur a ainsi conclu avec la GSA peut être un accord parmi des centaines, voire des milliers, d' autres accords de ce genre conclus par la GSA dans le même secteur. Il existe, par exemple, des milliers de fournisseurs informatiques qui ont signé un marché avec la GSA pour la fourniture de matériel, de logiciels et de services informatiques. Ce vaste ensemble de fournisseurs potentiels permet aux entités adjudicatrices de lancer des mini "remises en compétition" où s'exerce une forte concurrence entre de nombreux fournisseurs qualifiés – ceux qui ont obtenu un marché à fournisseurs multiples – lorsqu'elles ont besoin de passer une commande par la suite. Comme pour les "systèmes

d'acquisition dynamiques" prévus par la directive européenne relative à la passation de marchés, ces mini "remises en compétition" peuvent avoir lieu par voie électronique. Aux États-Unis, il n'est toutefois pas obligatoire d'avoir un système entièrement électronique.

15. Comme le montre l'exemple ci-dessus, dans l'expérience américaine, la meilleure façon de comprendre un "système d'acquisition dynamique" et probablement de le considérer comme une forme unique d'accord-cadre – un troisième modèle[5], dans lequel les fournisseurs peuvent devenir parties à un système permanent d'accords "toujours ouvert".

16. Cette approche présente des avantages et des inconvénients. Ce modèle "toujours ouvert" permet notamment aux fournisseurs de devenir parties à des accords-cadres existants à mesure que la situation du marché et les technologies évoluent. Le risque que les accords-cadres protègent un groupe fermé de fournisseurs sélectionnés s'en trouve ainsi réduit, et les administrations ont plus de chances d'avoir facilement accès à de nouveaux fournisseurs et de nouvelles technologies. D'un autre côté, ce système "toujours ouvert" signifie que les fournisseurs, lorsqu'ils deviennent initialement parties à de tels accords, ne seront probablement pas directement en concurrence avec d'autres fournisseurs et ressentiront peut-être de moins fortes pressions concurrentielles pour offrir aux administrations des prix et des conditions favorables. Pour se protéger contre ce risque, la loi doit faire en sorte qu'il y ait une vive concurrence dans les mini "remises en compétition" ultérieures entre les fournisseurs.

17. D'un point de vue rédactionnel, un grand nombre de ces questions sont traitées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1, qui décrit les dispositions proposées pour que les entités adjudicatrices utilisent des procédures soigneuses pour conclure et utiliser des "systèmes d'acquisition dynamiques". Notre recommandation concerne donc essentiellement la structure conceptuelle des révisions proposées. Au lieu de traiter les "systèmes d'acquisition dynamiques" comme un concept distinct, nous recommandons que le Groupe de travail les considère comme un autre modèle d'accord-cadre en les rebaptisant éventuellement "accords-cadres dynamiques". Cela permettrait, semble-t-il, de clarifier l'objectif que visent ces accords uniques en leur genre.

## II. Mesures de lutte contre la corruption: conflits d'intérêts dans la passation de marchés

18. Lors des sessions antérieures, le Groupe de travail est convenu d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner dans le cadre de la révision actuelle de la Loi type (voir, par exemple, A/CN.9/WG.I/WP.49, par. 8 et 64 (daté du 2 mars 2007)).

19. À cet égard, nous notons que la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui est entrée en vigueur en décembre 2005[6], exige expressément des

---

[5] Les accords-cadres du "modèle 1" (où les conditions pour les commandes sont fixées à l'avance) et les accords-cadres du "modèle 2" (qui permettent de lancer une "mini compétition" entre les fournisseurs qui sont parties à l'accord) sont décrits au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.I/WP.52.

[6] On trouvera des informations sur la Convention des Nations Unies contre la corruption à l'adresse: http://www.unodc.org/unodc/crime_convention_corruption.html

mesures pour lutter contre la corruption dans la passation des marchés afin de traiter les conflits d'intérêts. La Convention exige, notamment, "des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation"[7]. Nous souhaiterions recommander que la Loi type contienne des dispositions de ce type relatives aux conflits d'intérêts, de sorte que les pays qui l'incorporent aient, dans leur système de passation des marchés, des dispositions conformes à la Convention des Nations Unies contre la corruption[8].

20. En vue de l'examen de la question des conflits d'intérêts dans la passation des marchés, nous souhaiterions appeler l'attention du Groupe de travail sur l'énorme travail qui a été accompli dans ce domaine, en particulier les études réalisées par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (disponibles à l'adresse: http://www.oecd.org/department/0,3355,fr_2649_34135_1_1_1_1_1,00.html) et les Normes de conduite requises des fonctionnaires internationaux appliquées par l'ONU, qui mettent précisément l'accent sur les risques de confits d'intérêts dans le domaine de la passation des marchés, au paragraphe 22. Les États-Unis ont élaboré des textes de loi détaillés sur les conflits d'intérêts dans la passation des marchés et s'efforcent continuellement d'élargir et d'améliorer cet ensemble de textes. Nous attendons avec intérêt le débat sur cette question importante lors des prochaines sessions du Groupe de travail.

---

[7] Le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies contre la corruption est libellé comme suit:

Article 9

Passation des marchés publics et gestion des finances publiques

1. Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. Ces systèmes, pour l'application desquels des valeurs seuils peuvent être prises en compte, prévoient notamment:

a) La diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés, suffisamment de temps étant laissé aux soumissionnaires potentiels pour établir et soumettre leurs offres;

b) L'établissement à l'avance des conditions de participation, y compris les critères de sélection et d'attribution et les règles d'appels d'offres, et leur publication;

c) L'utilisation de critères objectifs et prédéterminés pour la prise des décisions concernant la passation des marchés publics, afin de faciliter la vérification ultérieure de l'application correcte des règles ou procédures;

d) 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 présent paragraphe;

e) S'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation.

[8] Il se peut que les pays ayant incorporé la Loi type soient déjà parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption. Pour la liste des pays ayant signé, ratifié, accepté ou approuvé la Convention ou y ayant adhéré ou encore ayant succédé à la Convention, voir http://www.unodc.org/onudc/crime_signatures_corruption.html