



Assemblée générale

Distr.: Générale
30 avril 2003

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-sixième session
Vienne, 30 juin-11 juillet 2003*

Activités actuelles des organisations internationales dans le domaine des marchés publics: travaux futurs envisageables

Note du secrétariat**

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-5	2
II. Activités actuelles d'organisations internationales et régionales dans le domaine des marchés publics	6-35	3
A. Banque mondiale	8-10	3
B. Coopération économique Asie-Pacifique	11-13	4
C. Communauté européenne	14-18	5
D. Zone de libre-échange des Amériques	19-21	6
E. Marché commun de l'hémisphère Sud	22-23	7
F. Accord de libre-échange nord-américain	24-29	8
G. Les marchés publics dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ...	30-35	9

* Dates révisées.

** La présentation de cette note par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a été retardée en raison d'un manque de personnel.



I. Introduction

1. En 1981, à sa quatorzième session, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé que, pour consolider encore le rôle de coordination de la Commission, il convenait que le secrétariat choisisse, à des intervalles appropriés, un sujet susceptible de faire l'objet d'un examen par la Commission et présente un rapport portant notamment sur les travaux déjà entrepris à cet égard, en indiquant des thèmes se prêtant à une harmonisation et à une modernisation juridiques¹. Le secrétariat a choisi la législation sur les marchés de biens, de travaux et de services en vue d'un tel examen, en se fondant sur les considérations exposées ci-après.

2. La Loi type de la CNUDCI sur les marchés de biens, de travaux et de services² (appelée ci-après "Loi type de la CNUDCI sur les marchés"), qui a été adoptée en 1994, définit des procédures visant à garantir la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés et est devenue une importante référence internationale en matière de réforme de la législation sur les marchés. Des législations reposant sur la Loi type de la CNUDCI sur les marchés ou largement inspirées par elle ont été adoptées par plus de 30 États ou autres entités de différentes parties du monde, et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés a entraîné une harmonisation considérable des règles et procédures relatives aux marchés publics. La Commission jugera peut-être utile d'examiner les réformes des législations fondées sur la Loi type, ainsi que les questions qui ont surgi lors de la mise en œuvre de la Loi type depuis son adoption.

3. À cet égard, il peut être intéressant d'examiner l'utilisation croissante du commerce électronique pour la passation des marchés publics, notamment les méthodes reposant sur Internet, qui sont de nature à faciliter encore la réalisation des objectifs de la législation sur les marchés publics. Par exemple, les procédures d'adjudication électroniques sont efficaces et plus transparentes que les procédures traditionnelles d'appel à la concurrence, et il est possible de recourir à l'informatique pour mieux informer les fournisseurs. Cependant, on a soutenu que, bien que de nombreux types de procédures de passation de marchés recourant aux moyens électroniques soient compatibles avec les législations et réglementations actuellement en vigueur, des obstacles à l'utilisation du commerce électronique pour la passation des marchés peuvent subsister. Certains de ces obstacles sont liés aux procédures électroniques de passation des marchés et ne sont peut-être pas pleinement pris en compte par les législations uniformes, en particulier les Lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique et les signatures électroniques, qui reposent sur le principe de l'équivalence fonctionnelle des messages électroniques et des messages dont le support est le papier.

4. En outre, la Commission souhaitera peut-être obtenir des informations au sujet des activités de certaines organisations internationales et régionales dans le domaine des marchés publics depuis l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés en 1994. Ces activités découlent de l'importance croissante des législations relatives aux marchés pour le développement des économies nationales, et l'intégration régionale et interrégionale. Elles mettent également en évidence la nécessité de modèles harmonisés et modernes, et d'une coordination des efforts déployés par les organismes internationaux qui ont des activités dans le domaine des marchés.

5. Compte tenu du peu de ressources dont il dispose, le secrétariat de la CNUDCI ne présente pas, au stade actuel, d'observations détaillées sur les questions mentionnées plus haut. Des études complémentaires pourront être réalisées si la Commission décide d'examiner cette question de façon plus approfondie.

II. Activités actuelles d'organisations internationales et régionales dans le domaine des marchés publics

6. Les organismes internationaux de prêt et les organisations commerciales internationales et régionales estiment que les marchés publics jouent un rôle important dans le commerce international, comme le montrent l'élaboration de régimes régionaux et internationaux relatifs aux marchés publics depuis l'adoption de la Loi type de la CNUDCI, et les activités que les grands organismes internationaux de prêt et des organisations commerciales internationales et régionales mènent ces derniers temps pour réviser leurs dispositions concernant les marchés publics de façon à les adapter aux nécessités nouvelles et à ainsi mieux atteindre leurs objectifs.

7. La présente section récapitule les activités de certaines organisations internationales et régionales dans le domaine des marchés publics depuis l'adoption de la Loi type sur les marchés. Elle vise en particulier à attirer l'attention de la Commission sur des questions qui se sont posées dans le domaine des marchés publics, y compris l'application concrète de la Loi type. Les très nombreux accords bilatéraux qui ont été conclus dans le domaine des marchés publics depuis 1994 se situent en dehors du cadre du présent rapport³.

A. Banque mondiale

8. Des marchés de biens, de travaux ou de services financés par la Banque mondiale (qui comprend la Banque internationale pour la reconstruction et le développement et l'Association internationale du développement) sont passés par des organismes officiels qui bénéficient de prêts ou de crédits de la Banque. La Banque mondiale a institué les règles que doivent respecter les emprunteurs lorsqu'ils passent des marchés de biens, de travaux ou de services dans le cadre de projets financés par la Banque. Ces règles sont exposées de façon détaillée dans les Directives Passation des marchés financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'IDA ("Directives Passation des marchés") et dans les Directives Sélection et emploi de consultants par les emprunteurs de la Banque mondiale ("Directives Consultants") (voir www.worldbank.org). Ces directives sont incorporées par un renvoi dans l'accord de prêt pour chaque projet et lient l'emprunteur. D'autres instructions et indications sur les marchés publics sont données par le Manuel Marchés publics et le Manuel Consultants de la Banque.

9. Ces dernières années, les directives de la Banque mondiale ont fait l'objet d'une révision fondamentale. Des dispositions nouvelles ont été ajoutées aux deux ensembles de directives précités compte tenu de l'importance accrue accordée par la Banque à la corruption et à la fraude dans le cadre des marchés publics liés aux interventions de la Banque. Celle-ci considère en effet que la corruption est le principal obstacle au développement économique et social, car elle "entrave le

développement en faussant l'application de la législation et en affaiblissant le fondement institutionnel sur lequel repose la croissance économique" (voir www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt). Précédemment, les directives énonçaient des mesures générales contre la corruption dans le cadre des projets financés par la Banque, mais il est apparu que ces mesures ne permettaient pas de détecter et d'extirper la corruption. En conséquence, les directives révisées énoncent des dispositions supplémentaires précises, qui visent à détecter et à extirper les pratiques corrompues ou frauduleuses dans le cadre des projets financés par la Banque. En outre, des dispositions nouvelles ont été ajoutées aux Directives Consultants, eu égard à l'évolution de la nature des services nécessaires dans le cadre des marchés financés par la Banque. L'objet de ces dispositions est d'accorder une plus grande importance au prix dans le choix des consultants, d'accroître la transparence globale du processus de sélection et de donner des incitations aux entreprises locales de conseil dans les pays emprunteurs.

10. La Banque mondiale et la Banque africaine de développement collaborent avec des organismes régionaux d'Afrique tels que l'Union économique et monétaire ouest-africaine et le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe pour mener à bien des activités régionales de réforme des marchés publics qui s'inspirent en grande partie, sur le plan juridique, de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés.

B. Coopération économique Asie-Pacifique

11. La coopération économique Asie-Pacifique (APEC) a été instituée officiellement en 1989, en vue de favoriser la coopération économique dans la région Asie-Pacifique. En novembre 1993, lors d'une réunion qui a eu lieu à Blake Island (États-Unis d'Amérique), les dirigeants des pays de l'APEC ont adopté une déclaration relative à leur philosophie économique, dans laquelle ils ont établi les fondements d'une communauté des économies de l'Asie et du Pacifique, qui accomplirait notamment des efforts de coopération en vue de favoriser le libre-échange et les investissements (voir www.apecsec.org.sg). En novembre 1994, lors d'un sommet qui s'est tenu à Bogor (Indonésie), les dirigeants des pays de l'APEC ont adopté une déclaration annonçant un engagement politique en faveur de la liberté du commerce et des investissements dans la région, en retenant l'horizon 2010 pour la libéralisation dans les pays membres industrialisés et 2020 pour tous les autres (voir www.apecsec.org.sg). Lors du sommet suivant, tenu à Osaka (Japon), les dirigeants des pays de l'APEC ont adopté le Programme d'action d'Osaka, qui prévoyait que l'APEC atteindrait son but à long terme de liberté du commerce et des investissements en encourageant la libéralisation volontaire dans la région (voir www.apecsec.org.sg).

12. En 1999, l'APEC a élaboré des principes non contraignants sur les marchés publics, qui visaient à provoquer une libéralisation volontaire des marchés publics dans l'ensemble de la région Asie-Pacifique, conformément aux principes et objectifs énoncés dans la déclaration de Bogor (Indonésie). Les membres étudient les meilleurs moyens de mettre en œuvre les Principes et de conformer leurs systèmes à ces derniers. D'autres questions concernant les marchés publics, en particulier les marchés publics électroniques, sont également à l'étude.

13. Après avoir mis au point les Principes non contraignants, les membres du Groupe d'experts des marchés publics de l'APEC sont convenus, lors d'une réunion tenue en 2000, de procéder à un examen volontaire de leurs plans d'action individuels concernant le Principe de transparence. Dans le cadre de ce processus, les membres continuent d'étudier les meilleurs moyens de concrétiser les Principes et de mettre leurs systèmes en conformité avec ces derniers. En outre, le Groupe d'experts collaborera plus étroitement avec d'autres groupes de l'APEC, en particulier le Groupe directeur du commerce électronique et le Groupe de travail des petites et moyennes entreprises, en examinant une série de questions, dont le commerce sans support papier. À sa réunion de Mexico, en août 2002, le Groupe d'experts a presque terminé ses examens volontaires du Principe concernant la responsabilité et l'équité de la procédure. Le Groupe d'experts est également convenu d'entreprendre un examen volontaire du Principe concernant le bon rapport qualité-prix, à sa session suivante en février 2003.

C. Communauté européenne

14. Dans la Communauté européenne, deux niveaux de réglementations régissent la passation des marchés publics. Le premier niveau comprend les dispositions générales relatives au libre-échange et à la concurrence, qui figurent dans le Traité instituant la Communauté européenne, c'est-à-dire le Traité de Rome. Ces dispositions visent à créer un marché intérieur, sur lequel les marchandises, les services et le capital peuvent librement franchir les frontières des États membres, en éliminant les obstacles au commerce des biens et services entre les États membres et en garantissant une concurrence loyale et non discriminatoire entre les États membres de la Communauté⁴. Elles sont également applicables à la passation des marchés publics⁵. Le second niveau comprend six directives concernant les marchés publics, qui appliquent les dispositions générales relatives au libre-échange et à la concurrence énoncées dans le Traité de Rome à la passation des marchés publics. Ces directives régissent les procédures de passation des grands marchés publics dans la Communauté⁶.

15. Les directives de la Communauté européenne relatives aux marchés publics font partie de deux grands groupes. Le premier comprend les directives dites "classiques", qui régissent les marchés publics passés par des entités publiques telles que l'État central, les administrations locales et régionales, des associations formées par ces entités et des organismes de droit public. Les procédures de passation de marchés dans ce secteur sont réglementées par trois directives distinctes, qui portent respectivement sur les fournitures, les travaux et les services⁷. Ces trois directives sont complétées par une autre, qui énonce des règles minimales concernant les systèmes nationaux de recours⁸. Le second groupe comprend les directives relatives aux "secteurs spéciaux", qui régissent les marchés passés par des organismes qui ont des activités dans les secteurs de l'eau, des transports, de l'énergie et des télécommunications⁹. Une directive unique régit les procédures de passation de tous les marchés dans ces secteurs spéciaux, pour les biens, les travaux et les services¹⁰. Comme dans le cas des directives classiques, cette directive est complétée par une directive concernant les recours¹¹, qui énonce des règles minimales concernant les systèmes nationaux de recours¹². À la suite de la conclusion de l'Accord sur les marchés publics par la Communauté européenne et ses États membres en 1994, les directives classiques et la directive sur les secteurs

spéciaux ont été modifiées par deux directives d'alignement¹³, afin de les rendre conformes aux dispositions de cet accord.

16. Ces différentes directives visent à créer un marché intérieur, c'est-à-dire une zone sans frontières internes dans laquelle les biens, les personnes, les services et les capitaux peuvent circuler librement entre les États membres dans le domaine des marchés publics. À cette fin, elles mettent en place un cadre juridique complet reposant sur les principes de la non-discrimination, de la transparence et de la concurrence¹⁴. Ces directives visent à faire en sorte que les marchés publics soient attribués d'une façon transparente et non discriminatoire, dans la Communauté européenne, afin que des entreprises d'États membres autres que celui du pouvoir adjudicateur aient un accès sans restriction aux procédures de passation de marchés publics et puissent concurrencer efficacement les entreprises nationales en vue de l'obtention de ces marchés¹⁴.

17. En 1996, la Commission européenne a publié un livre vert sur les règles communautaires en matière de marchés publics¹⁵, dans lequel elle demandait aux entités participant aux marchés publics dans la Communauté de formuler des observations. Ce livre vert indiquait qu'il n'y aurait pas de modification importante des règles, mais les observations reçues ont incité la Commission à se raviser. Dans une communication ultérieure¹⁶, la Commission a reconnu la nécessité de modifier le cadre juridique existant. En 2000, elle a présenté deux propositions tendant à modifier les dispositions des directives classiques et relatives aux secteurs spéciaux¹⁷. En 2002, la Commission a présenté deux propositions révisées¹⁸, qui incorporaient des modifications apportées à la suite de discussions avec le Parlement européen dans le cadre de la procédure de codécision¹⁹ prévue par le Traité instituant la Communauté européenne²⁰.

18. Les propositions révisées ont trois objectifs. En premier lieu, elles visent à simplifier et à clarifier les directives communautaires existantes, en vue de les rendre plus claires et plus compréhensibles pour tous ceux qui participent aux marchés publics, en tant qu'acheteurs ou fournisseurs. Deuxièmement, il s'agit de moderniser les directives, afin de les adapter aux nécessités administratives modernes, aux évolutions récentes de l'environnement économique (en particulier, l'émergence de la société de l'information et le retrait progressif de l'État de certaines activités économiques, notamment dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications) et aux nouvelles techniques de passation de marchés. Enfin, les propositions visent à assouplir certaines dispositions des directives, qui étaient jugées trop rigides dans l'optique de l'obtention du meilleur rapport qualité-prix dans les marchés publics.

D. Zone de libre-échange des Amériques

19. La Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) a été créée lors d'un sommet des dirigeants de 34 pays d'Amérique du Sud, d'Amérique centrale et d'Amérique du Nord en décembre 1994. En 1995, les ministres responsables du commerce des 34 pays de la Zone de libre-échange des Amériques, réunis à Denver (Colorado), sont convenus de créer une zone de libre-échange dans laquelle les obstacles au commerce seraient progressivement éliminés (voir www.ftaa-alca.org). En 1998, les ministres du commerce, réunis au Costa Rica, ont approuvé la structure et les principes et objectifs généraux du processus de mise en place de la Zone de libre-

échange des Amériques et ont officiellement lancé des négociations, qui ont porté notamment sur l'élimination progressive des obstacles au commerce dans les marchés publics de cette zone de libre-échange (voir www.ftaa-alca.org). Les principes et objectifs généraux guidant les négociations pour l'établissement de la ZLEA prévoient, par exemple, que les décisions seront prises par consensus; que l'Accord relatif à la ZLEA sera conforme aux règles et disciplines de l'Organisation mondiale du commerce; que le début, la conduite et le résultat des négociations devront être traités comme une partie d'un accord unique qui inclura des droits et obligations convenus d'un commun accord, et qu'une attention particulière sera accordée aux besoins, à la situation économique (y compris les coûts de transition et les possibles déséquilibres internes) et aux possibilités des petits pays, afin de garantir leur pleine participation à la Zone de libre-échange des Amériques. À la fin de 1999, lors d'une réunion tenue à Toronto (Canada), les ministres du commerce ont chargé des groupes de négociation à commencer la rédaction de textes de négociation pour chaque chapitre de l'accord sur la Zone de libre-échange des Amériques (voir www.ftaa-alca.org). Ces textes, qui comprennent un projet de chapitre sur les marchés publics, ont été soumis aux ministres du commerce, lors d'une réunion qui a eu lieu à Buenos Aires en avril 2001 (voir www.ftaa-alca.org).

20. Les négociations concernant l'accès aux marchés publics ont débuté le 15 mai 2002 et avaient pour but général d'élargir l'accès aux marchés publics dans les pays de la Zone de libre-échange des Amériques. Plus précisément, les objectifs visés consistent à parvenir à un cadre normatif qui garantisse l'ouverture et la transparence de la passation des marchés publics, sans que cela implique nécessairement la mise en place de systèmes identiques de passation des marchés publics dans tous les pays; à garantir la non-discrimination dans la passation des marchés publics dans des limites à négocier; et à assurer une instruction impartiale et équitable des réclamations et recours de fournisseurs concernant des marchés publics et l'application effective des décisions prises à l'issue des procédures.

21. Les objectifs et principes sur lesquels reposent les négociations relatives à la Zone de libre-échange des Amériques concernant l'accès aux marchés publics sont similaires aux objectifs et principes qui sont consacrés par la Loi type de la CNUDCI sur les marchés publics.

E. Marché commun de l'hémisphère Sud

22. Les Gouvernements argentin, brésilien, paraguayen et uruguayen ont créé le Marché commun de l'hémisphère Sud (MERCOSUR) par le Traité d'Asunción (A/46/155, annexe), le 26 mars 1991. Ces quatre pays ont décidé de créer un marché commun, qui devait être en place à compter du 31 décembre 1994. En conséquence, le Traité d'Asunción a été défini comme un traité-cadre, étant donné qu'il contient les éléments fondamentaux de la création d'un marché commun et repose sur la réciprocité des droits et obligations des États parties. Conformément à l'article premier du chapitre premier du Traité, ce marché prévoit:

a) La libre circulation des biens, des services et des facteurs de production (capitaux et main-d'œuvre), notamment grâce à la suppression des droits de douane et des obstacles non douaniers à la circulation des biens;

b) La création d'un tarif douanier extérieur commun, l'adoption d'une politique commerciale commune vis-à-vis des États ou groupes d'États tiers et la coordination des positions dans les instances économiques, commerciales, régionales et internationales;

c) La coordination des politiques macroéconomiques et sectorielles entre les États membres dans les domaines du commerce extérieur, de l'agriculture, de l'industrie, des questions budgétaires et monétaires, des devises et des capitaux, des services, des douanes, des transports et des communications, ainsi que d'autres domaines convenus, en vue d'assurer les conditions de compétitivité nécessaires entre les États Membres;

d) La prise d'un engagement, entre les États membres, concernant l'harmonisation de leur législation sur les questions pertinentes pour renforcer le processus d'intégration.

23. Le Traité d'Asunción n'inclut aucune disposition concernant les marchés publics. Cependant, les organes directeurs du MERCOSUR se sont penchés sur cette question en coopération avec d'autres entités internationales. Par exemple, les pays du MERCOSUR ont entamé des discussions avec l'Union européenne concernant un texte de négociation sur les marchés publics²¹. Compte tenu des avantages que le MERCOSUR retirerait de dispositions relatives aux marchés publics, notamment eu égard aux travaux entrepris par l'Organisation mondiale du commerce et l'APEC, le MERCOSUR envisage d'inclure ces deux entités dans ses discussions. En outre, l'Organisation des États américains tient à jour une liste des organisations américaines qui mènent des travaux concernant des dispositions sur les marchés publics.

F. Accord de libre-échange nord-américain

24. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) (voir www.nafta-sec-alena.org) a été signé le 17 décembre 1992 par les chefs d'États du Canada, du Mexique et des États-Unis d'Amérique, et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Il prévoit un calendrier pour l'élimination de la plupart des droits de douane et la réduction des obstacles non douaniers, et énonce des dispositions très complètes sur la conduite d'activités économiques dans les domaines des investissements, des services, de la propriété intellectuelle, de la concurrence, de la circulation transfrontalière des personnes et des marchés publics.

25. Les dispositions de l'ALENA concernant les marchés publics figurent au chapitre 10 de l'Accord. Celui-ci établit un cadre de droits et d'obligations, dont l'objet est d'accroître les échanges commerciaux entre les pays membres de l'ALENA. Comme l'indique son préambule, l'Accord vise notamment à créer un marché plus vaste et plus sûr pour les produits et les services produits sur les territoires des États Membres; à établir une réglementation claire et mutuellement avantageuse de leurs échanges commerciaux; à assurer un environnement commercial prévisible propice à la planification d'entreprise et à l'investissement; et à accroître la compétitivité des entreprises sur les marchés internationaux. Sur la base de ces principes, les dispositions relatives aux marchés publics contenus dans le chapitre 10 visent à développer le commerce au sein de la région de l'ALENA en

éliminant les obstacles au commerce dans le cadre des marchés publics au-delà de certains seuils financiers.

26. Les parties sont tenues d'accorder le traitement national et le statut de la nation la plus favorisée aux fournisseurs de produits, de services et de services de construction d'autres pays de l'ALENA. En outre, aucune partie ne peut traiter un fournisseur local moins favorablement qu'un autre fournisseur local au motif que le premier aurait des liens avec une entreprise étrangère, ou appartiendrait à des intérêts étrangers, ou exercer de discrimination à l'égard d'un fournisseur local au motif que les produits ou les services qu'il propose dans le cadre du marché considéré sont des produits ou des services d'une autre partie.

27. Des règles complexes et détaillées doivent être respectées par les entités adjudicatrices, de façon à garantir la transparence et l'absence de discrimination au cours de l'ensemble du processus de passation des marchés. Le mode privilégié de passation de marchés est l'appel d'offres ouvert. Cependant, dans certaines circonstances, telles que l'extrême urgence, une entité passant un marché peut avoir recours à des procédures d'appel d'offres sélectives pour autant qu'elles ne favorisent pas les fournisseurs nationaux. Les négociations entre une entité passant un marché et les fournisseurs sont généralement interdites, sauf si l'appel d'offres indique l'intention de l'entité d'agir de la sorte ou si celle-ci estime qu'aucune soumission n'est la plus avantageuse. Dans ces cas, les négociations servent essentiellement à déterminer les avantages et les inconvénients des différentes soumissions.

28. Chaque partie est tenue de mettre en œuvre un système permettant aux fournisseurs de présenter des contestations concernant tous les aspects du processus de passation des marchés. Les décisions concernant les contestations doivent être prises par un organisme d'examen compétent n'ayant aucun intérêt substantiel dans le résultat des appels d'offres. Cet organisme doit pouvoir reporter l'adjudication du marché jusqu'au règlement de la contestation sauf lorsque le report serait contraire à l'intérêt public. Il est chargé de recommander la mesure à prendre pour donner suite à la contestation. Il peut notamment recommander à l'entité adjudicatrice de réévaluer les offres, d'émettre un nouvel appel d'offres ou d'annuler le marché. Lorsque la procédure de contestation est terminée, l'organisme d'examen est habilité à formuler, à l'intention de l'entité adjudicatrice, des recommandations écrites concernant tout aspect du mécanisme de passation des marchés et à recommander notamment des modifications à apporter aux procédures pour les rendre conformes au chapitre 10.

29. Les parties sont tenues d'entamer des négociations pour élargir le champ d'applications du chapitre 10 de l'ALENA avant la fin de 1998, en vue de libéraliser davantage leurs systèmes de passation des marchés publics. En outre, elles doivent établir un comité des petites entreprises, pour aider ces dernières à bénéficier des avantages d'une libéralisation des marchés publics dans le cadre de l'ALENA.

G. Les marchés publics dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce

30. L'Organisation mondiale du commerce existe depuis le 1^{er} janvier 1995, date d'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce

(voir www.wto.org). Les buts de cette organisation sont d'assurer la prévisibilité et l'amélioration de l'accès aux marchés, de favoriser une concurrence loyale, et d'encourager le développement et la réforme économique grâce à la conclusion d'accords visant à réduire de façon importante les droits de douane et les autres obstacles au commerce, afin d'éliminer les traitements discriminatoires dans le cadre des relations commerciales internationales. Les principales mesures juridiques prises pour mettre fin aux pratiques commerciales discriminatoires dans le cadre de l'accord susmentionné sont l'obligation relative à la clause de la nation la plus favorisée, l'obligation relative au traitement national²² et les obligations relatives à la transparence²³. Tous ces principes, adaptés aux différents marchés, sont consacrés par les différents accords conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce.

31. Les principaux accords conclus sous les auspices de l'OMC concernant les marchés publics de biens et de services sont l'Accord général sur les tarifs et le commerce de 1994 (GATT), l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les marchés publics. Le GATT et l'AGCS sont des accords multilatéraux²⁴ portant sur les aspects généraux du commerce des biens et des services, respectivement. Cependant, les règles de non-discrimination du GATT et de l'AGCS ne sont pas applicables aux marchés publics.

32. Cette lacune devait être comblée par l'Accord plurilatéral²⁵ de l'OMC sur les marchés publics, qui met en place un cadre juridique énonçant des droits et des obligations liant les parties à cet accord en ce qui concerne les lois, les réglementations, les procédures et les pratiques nationales dans le domaine des marchés publics. Ce cadre vise à assurer une plus grande libéralisation et un développement du commerce, et à améliorer l'environnement international du commerce mondial. Il repose sur les principes suivants: absence de discrimination fondée sur la nationalité; transparence; concurrence libre et efficace; responsabilité et respect d'une procédure régulière; et réciprocité concernant les droits et obligations des parties en vertu de cet accord. Cependant, ce dernier n'a été signé jusqu'à présent que par 28 parties (alors que l'OMC compte plus de 100 membres), dont la Communauté européenne et ses 15 États membres, ainsi que 3 membres de l'Espace économique européen²⁶.

33. Eu égard au nombre limité de parties à l'Accord sur les marchés publics, l'OMC a pris trois initiatives en vue d'élaborer des règles multilatérales sur les marchés publics. En premier lieu, les parties à l'Accord sur les marchés publics sont convenues d'entamer prochainement un examen de cet accord pour le simplifier et l'améliorer, afin que les États qui n'y ont pas adhéré puissent plus aisément le faire. Deuxièmement, les parties à l'AGCS ont commencé des négociations sur les marchés publics en vue d'étendre les disciplines de l'AGCS aux marchés publics de services. Troisièmement, conformément à la Déclaration ministérielle de Singapour, adoptée lors de la première Conférence ministérielle de l'OMC, on a entamé des négociations en vue de mettre au point des éléments d'un accord multilatéral sur la transparence des marchés publics. Les deux premières de ces initiatives prévoient l'absence de discrimination et la transparence, tandis que la troisième se limite à certains aspects de la transparence.

34. En ce qui concerne la transparence, malgré des négociations intenses qui ont duré quatre années, d'importantes divergences de vues ont subsisté entre les membres du Groupe de travail sur la transparence des marchés publics, avant la

quatrième Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce, tenue à Doha en 2001, et par la suite. Selon certains membres, le mandat de négociation prévu par la Déclaration de Singapour ne comprend pas de négociations relatives à un accord sur la transparence des marchés publics et le Groupe de travail doit limiter ses activités à une étude, en vue de parvenir à une identité de vues sur les différents éléments de la transparence. En outre, il existe encore d'importantes divergences de vues sur des questions qui vont du champ d'application de l'accord futur aux méthodes de passation des marchés et aux règles applicables aux procédures nationales de recours.

35. La Déclaration de la Conférence ministérielle de l'OMC de Doha visait à aborder ces questions de procédure et de fond. Elle prévoit que des négociations auront lieu après la cinquième Conférence ministérielle, en 2003, sur la base d'une décision à prendre par consensus lors de cette conférence au sujet des modalités de négociation. Une assistance technique appropriée et un soutien pour le renforcement des capacités seront assurés au cours des négociations et après leur conclusion. En ce qui concerne la portée des négociations, la Déclaration de Doha souligne à nouveau que les négociations seront limitées aux aspects relatifs à la transparence et n'empêcheront donc pas les pays d'accorder des préférences aux fournitures et fournisseurs nationaux.

Notes

- ¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17 (A/36/17)*, par. 100.
- ² *Ibid.*, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), annexe I.
- ³ Au cours de la période couverte par le présent rapport, la Communauté européenne a conclu des accords bilatéraux sur les marchés publics avec les 13 pays suivants: Bulgarie, Estonie, Hongrie, Israël, Lettonie, Lituanie, Mexique, Pologne, République de Corée, République tchèque, Roumanie, Slovaquie et Slovénie. Pour obtenir des informations plus détaillées, voir par exemple le document intitulé "Report on negotiations regarding access to third country public procurement markets in the fields covered by directive 93/38", diffusé sur le site <http://simap.eu.int>, sous la rubrique "Réglementations et Guide pratique".
- ⁴ Ces dispositions du Traité de Rome figurent à l'article 28, relatif à la libre circulation des marchandises, à l'article 43, relatif au droit d'établissement, à l'article 49, relatif à la liberté de fournir des services, à l'article 56, relatif à la liberté de circulation des capitaux, et aux articles 81 et suivants, qui énoncent des dispositions concernant la concurrence.
- ⁵ Voir par exemple l'affaire UNIX, dans laquelle la Cour européenne de justice a jugé que l'utilisation du terme "UNIX" dans un avis d'appel d'offres était contraire aux dispositions du Traité de Rome relatives à la libre circulation des biens dans la Communauté, étant donné que les importations intracommunautaires risquaient d'être entravées par une clause réservant le marché aux fournisseurs ayant l'intention d'utiliser le système UNIX (Affaire C-359/93, *Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas*, [1995] *Recueil de jurisprudence*, p. 1 à 157).
- ⁶ Voir, par exemple, la directive 93/36 du 14 juin 1993 (directive sur les marchés publics de fournitures), [1993] J. O. L199/1, considérant 9.
- ⁷ Directive 92/50 du 18 juin 1992 (directive sur les services publics), [1992] J. O. L209/1; directive 93/36 du 14 juin 1993 (directive sur les fournitures), [1993] J. O. L199/1; et directive 93/37 du 14 juin 1993 (directive sur les marchés publics de travaux), [1993] J. O. L199/54.

- ⁸ Directive 89/665 du 21 décembre 1989 (directive sur les procédures de recours), [1989] J. O. L395/33, modifiée par la directive 92/50 du 18 juin 1992 (directive sur les marchés publics de services), [1992], J. O. L209/1.
- ⁹ Ces activités sont les suivantes:
- a) La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution:
 - i) d'eau potable; ou
 - ii) d'électricité; ou
 - iii) de gaz ou de chaleur; ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur;
 - b) L'exploitation d'une aire géographique dans le but:
 - i) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, ou
 - ii) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport;
 - c) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble. En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service;
 - d) La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications.
- ¹⁰ Directive 93/38 du 24 juin 1993 (directive sur les secteurs spéciaux), [1993] J. O. L199/84.
- ¹¹ Directive 92/13 du 25 février 1992 (directive sur les recours concernant les secteurs spéciaux), [1992] J. O. L76/14.
- ¹² Un instrument juridique distinct a été adopté pour les marchés des entreprises des secteurs spéciaux pour deux raisons. En premier lieu, dans certains États membres de la Communauté européenne, les pouvoirs adjudicateurs ayant des activités dans les secteurs spéciaux étaient régis par le droit public, alors que le droit privé leur était applicable dans d'autres. De ce fait, les dispositions adoptées devaient reposer sur un critère autre que le statut juridique (retenu dans les directives classiques), pour assurer un équilibre équitable dans l'application des règles de passation des marchés dans ces secteurs. Deuxièmement, contrairement aux organismes essentiellement administratifs régis par les directives classiques, les pouvoirs adjudicateurs des secteurs spéciaux avaient généralement une vocation d'ordre économique ou industriel. En conséquence, les obligations imposées aux entreprises des secteurs spéciaux devaient être plus souples que celles énoncées dans les directives classiques, pour que ces entreprises puissent passer des marchés de façon efficace compte tenu des circonstances commerciales qui leur étaient propres. Voir considérants 8 et suivants de la directive 93/38 du 24 juin 1993 (directive sur les secteurs spéciaux), [1993] J. O. L199/84.
- ¹³ Directive 97/52 du 13 octobre 1997 (directive d'alignement classique), [1997] J. O. L328/1; et directive 98/4 du 16 février 1998 (directive d'alignement secteurs spéciaux), [1998], J. O. L101/1.
- ¹⁴ Voir par exemple directive 93/38, considérants 1, 11 et 12.
- ¹⁵ *Les marchés publics dans l'Union européenne: pistes de réflexion pour l'avenir*, Livre vert (27 novembre 1996, COM(96) 583 final).
- ¹⁶ *Les marchés publics dans l'Union européenne*, communication de la Commission (11 mars 1998, COM(98) 143 final).
- ¹⁷ *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux* (10 mai 2000, COM(2000) 275 final); et *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil*

portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (10 mai 2000, COM(2000) 276 final).

- ¹⁸ *Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux* (6 mai 2002, COM(2002) 236 final); et *Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux* (6 mai 2002, COM(2002) 236 final).
- ¹⁹ Article 251 du Traité instituant la Communauté européenne.
- ²⁰ En ce qui concerne le secteur couvert par les directives classiques, la Commission a accepté, totalement ou partiellement, 63 des 103 amendements adoptés par le Parlement européen. Tous les amendements adoptés par ce dernier se trouvent dans le document A5-0378/2001, diffusé sur le site <http://www.europarl.eu.int>. En ce qui concerne les règles applicables aux secteurs spéciaux, la Commission a accepté, en tout ou en partie, et avec des modifications rédactionnelles le cas échéant, 47 des 83 amendements adoptés par le Parlement européen. Tous les amendements adoptés par ce dernier se trouvent dans le document A5-0379/2001, diffusé sur le site <http://www.europarl.eu.int>.
- ²¹ Voir par exemple les conclusions de la sixième réunion du Comité birégional de négociation Union européenne-MERCOSUR sur le site <http://europa.eu.int>.
- ²² D'une manière générale, cette obligation prévoit l'absence de discrimination en faveur des secteurs nationaux, étant donné que les membres de l'Organisation mondiale du commerce doivent accorder aux biens, services et fournisseurs des autres membres de l'OMC le même traitement que celui dont bénéficient les biens, services et entreprises nationaux. Pour sa part, l'obligation relative à la nation la plus favorisée prévoit une absence de discrimination entre les membres "étrangers" de l'OMC, dans la mesure où il est stipulé que tout traitement préférentiel accordé aux produits, services ou fournisseurs d'un État membre de l'OMC doit également l'être aux fournisseurs et aux produits ou services "analogues" de tout autre État membre.
- ²³ D'une manière générale, les règles sur la transparence font obligation aux États membres de publier leurs mesures générales concernant le commerce, afin que les autres États membres de l'OMC et les entreprises tant nationales qu'étrangères sur les marchés respectifs puissent aisément en prendre connaissance.
- ²⁴ Voir le paragraphe 2 de l'article II de l'Accord instituant l'OMC. Les accords multilatéraux de l'OMC sont des accords qui font partie de ce qu'il est convenu d'appeler l'engagement unique du Cycle d'Uruguay. Les États sont tenus de souscrire aux droits et aux obligations découlant de ces accords pour pouvoir devenir membres de l'OMC. Contrairement à la pratique relevant du GATT ("GATT à la carte"), les membres de l'OMC ne peuvent choisir de ne pas être liés par les accords faisant partie de l'engagement unique, étant donné que les droits et obligations découlant de ces accords ont force obligatoire pour tous les membres de l'OMC.
- ²⁵ Voir le paragraphe 3 de l'article II de l'Accord instituant l'OMC. Les accords plurilatéraux sont des accords qui ne font pas partie de l'engagement unique, mais s'ajoutent à ce dernier et ne créent donc des obligations ou des droits que pour les membres de l'OMC qui y sont parties.
- ²⁶ Lors de la rédaction du présent document (mars 2003), les parties à l'Accord sur les marchés publics étaient les suivantes: Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Communauté européenne, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Grèce, Hong Kong (Région administrative spéciale de Chine), Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Liechtenstein, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pays-Bas pour Aruba, Portugal, République de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède et Suisse. Selon le site Web de l'OMC, lors de la rédaction du présent document, un certain nombre de pays étaient en train de négocier leur adhésion à cet accord.