ACADEMIE D'AIX-MARSEILLE

UNIVERSITE D'AVIGNON & DES PAYS DU VAUCLUSE

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

MEMOIRE

EN VUE DE L'OBTENTION DU

D.E.A. DROIT DES CONTRATS PUBLICS ET PRIVES

L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL :

DIFFERENCES DE SITUATIONS ET RECHERCHE D'EGALITE

Présenté par : MLLE. CHARLOTTE EVENAT

Dirigé par : M. JEAN - CHRISTOPHE CAR

ANNEE UNIVERSITAIRE 2003 – 2004

UAPV, 74 rue Louis Pasteur – 84029 – Avignon cedex 1 / Tél. : 04 90 16 27 41 / Télécopie : 04 90 16 27 44

« Je tiens à remercier particulièrement

M. Jean-Christophe Car pour son encadrement continu et ses précieuses critiques,

M. Jean-Louis Respaud pour son soutien actif et ses judicieux conseils,

M. Jorg Gerkrath pour avoir pris le temps de répondre à mes questions,

Ainsi que tous ceux qui ont contribué à la réalisation de ce mémoire. »

SOMMAIRE

INTRODUCTION 1

PARTIE 1. — LES PROCEDURES DE PASSATION: L'EGALITE ORGANISEE 14

TITRE 1. — LA PRESENTATION DE L'APPEL ET DE L'OFFRE 17

Chapitre 1. — La préparation 19

Section 1. — L'élaboration de l'appel 20

Section 2. — L'organisation de l'offre 41

Chapitre 2. — L'offre internationale 60

Section 1. — L'extranéité par la nationalité 60

Section 2. — La relation du soumissionnaire international et de l'entité adjudicatrice 77

TITRE 2. — LA RENCONTRE DE L'OFFRE ET DE L'ACCEPTATION 90

Chapitre 1. — Le choix de la procédure 92

Section 1. — Le principe de l'appel d'offres 93

Section 2. — Les nécessités d'adaptations 109

Chapitre 2. — L'acceptation de l'offre 121

Section 1. — Les caractères de l'offre 122

Section 2. — La confrontation de l'offre aux critères de choix 134

PARTIE 2. — LE REGLEMENT DES CONTENTIEUX: L'EGALITE RECHERCHEE 155

TITRE 1. — PAR LA COORDINATION DES INSTRUMENTS 158

Chapitre 1. — L'intégration des instruments internationaux 160

Section 1. — L'insertion de l'Accord sur les Marchés Publics 161

Section 2. — La compatibilité de la Loi-type et de l'Accord sur les Marchés Publics 169

Chapitre 2. — Les recours contre la violation de l'égalité 178

Section 1. — Le contentieux de l'Accord sur les Marchés Publics 180

Section 2. — La corruption internationale 187

TITRE 2. — PAR LA LIQUIDATION DES DIFFERENDS 200

Chapitre 1. — La prévision du règlement du différend 202

Section 1. — Le recours à la clause compromissoire 203

Section 2. — Les préalables à la procédure de règlement 220

Chapitre 2. — Le règlement du différend 232

Section 1. — L'organisation de l'arbitrage 233

Section 2. — La recherche du droit applicable 248

CONCLUSION 268

ANNEXES 276

TABLE DES MATIERES 417

LISTE DES ABREVIATIONS

- A

ACCP	Actualité de la Commande et des Contrats Publics
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJDA	Actualité Juridique du Droit Administratif
AMP	Accord sur les Marchés Publics de l'Organisation Mondiale du Commerce
Art.	Article

- B

BJCP	Bulletin Juridique des Contrats Publics

- C

CAA	Cour Administrative d'Appel
Cass. Civ. 1Re, 2e, 3e	Cour de Cassation, chambre civile 1re, 2e, 3e
Cass. Crim.	Cour de Cassation, chambre criminelle
C.C.A.G.	Cahier des clauses administratives générales
CE	Conseil d'État
CC	Conseil Constitutionnel
CGI	Code Général des Impôts
chron.	Chronique
CIJ	Cour Internationale de Justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CMP	Code des Marchés Publics
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
concl.	Conclusions
Contrats Marchés Publ.	Contrats et Marchés Publics
CRC	Chambre Régionale des Comptes

- D

D.	Dalloz
Dr. Adm.	Droit Administratif (bulletin mensuel)
Droit MP	Droit des Marchés Publics (éd. Moniteur)

Dr. Pén., éd. Juris-Cl.	Droit Pénal, édition du Juris-Classeur

- E

éd.	Édition

- G

GAJA	Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

- I

Ibid.	Ouvrage susmentionné

- J

JCP	Jurisclasseur périodique (G: général ; E: entreprise)
JDI	Journal du Droit International
JO	Journal Officiel
JOAN	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes

- L

LPA	Les Petites Affiches

- M

Mél.	Mélanges
Mon.	Moniteur des travaux publics et du bâtiment
MP	Marché Public

- N

n.	Note
n°	Numéro

- O

obs.	Observations
O.C.D.E.	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
op. cit.	Ouvrage déjà cité

- P

p.	Page
pp.	Pages

- R

RDAI	Revue de Droit des Affaires Internationales
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue de droit public
Rec.	Recueil de la juridiction citée
Req.	Requête
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Crit. DIP	Revue Critique de Droit International Privé
Rev. Sc. Crim.	Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RJAI	Revue de Jurisprudence Arbitrale Internationale
RMP	Revue des Marchés Publics
RTDEur	Revue Trimestrielle de Droit Européen

- S

S.	Sirey, Recueil général des lois et arrêts
Sent.	Sentence arbitrale

- T

TC	Tribunal des conflits

- V

V.	Voir
V°	*Verbo* ; au mot

INTRODUCTION

1. — Les marchés publics internationaux constituent une part de l'activité des entreprises. Elles vendent leur savoir-faire et leurs produits à l'acheteur public. Toutefois, elles pénètrent dans une sphère différente du marché privé où le besoin présente des caractéristiques propres. Sa satisfaction à terme est enserrée dans une procédure organisant l'égale mise en concurrence ; là où ces agents sont habitués à une mise en concurrence résultant de la confrontation de l'offre et de la demande. Ici, la demande est unique et sert l'intérêt général.

2. — Cependant, l'encadrement textuel est variable et dispersé. Il relève pour une part de la législation interne des États qu'il n'est pas possible d'intégrer dans le cadre de ce mémoire en raison des diversités des systèmes juridiques, et pour une autre part, d'initiatives de normalisation des procédures afin d'égaliser les soumissions locales et étrangères mais réalisée de façon non coordonnée et cloisonnée. Les dispositions de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) et de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) ne peuvent se combiner en raison de leurs divergences philosophiques. Si quelques ouvrages se sont intéressés à l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) de l'OMC parce qu'il émane d'une organisation tendant à centraliser les échanges internationaux, les loi-modèles de la CNUDCI n'ont pas suscité, à ma connaissance, de littérature bien que des États s'en soient fortement inspirés, soit pour se créer un droit des marchés publics, soit pour le rénover. Une fois encore, la diversité se manifeste par l'inspiration plus ou moins large.

3. — Concernant les ouvrages relatifs à l'AMP, il fut surprenant de constater leur faible nombre, et ceux-là sont principalement axés sur la coordination des différentes règles applicables. Il y a pourtant, en substance, dans ces instruments, une conception des échanges internationaux et une prise en considération des différences de développement entre États qui appellent une réflexion plus globale sur un phénomène actuel qu'est la mondialisation[1]. Toujours est-il que les écrits synthétisant ce sujet sont de façon surprenante rares et, quand ils existent, souffrent

[1] *Mondialisation*: Terme journalistique qui ne connaît pas de définition juridique précise mais recouvre une réalité très présente. Il s'agit d'un phénomène économique qui est la conséquence normale du libéralisme économique et de l'émergence d'un marché mondial. *In*. Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP*, 1997, n° 3, p. 622

d'une certaine ancienneté. Toutefois, il est à remarquer qu'il fait l'objet d'une étude de façon régulière.

4. — Le sujet de l'appel d'offres international est une réalité économique qui s'est développée au cours du XX^{e} siècle et constitue une activité importante des sociétés multinationales. Elles y voient, en plus de sa dimension quantitative et qualitative, un moyen de pénétrer certains marchés privés et s'inscrit dans une stratégie commerciale globale. Si bien que « *les groupes se disputent âprement chaque appel d'offre*[2] » pour cette raison et en considération de la saturation du marché privé, il convient alors de s'en ouvrir de nouveaux.

5. — Cette autre motivation tient à la taille des marchés publics. Une étude de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (O.C.D.E.) a tâché de l'évaluer et retient que « *le montant mondial estimatif des marchés publics totaux équivaut approximativement à 82,3% des exportations mondiales de marchandises et de services commerciaux de 1998* », soit « *4.733 milliards d'US$, pour les pays de l'O.C.D.E. [et] 816 milliards de d'US$, pour les pays non membres de l'O.C.D.E.*[3] ».

   Toutefois, ceux-ci ne sont pas tous ouverts à la concurrence internationale dans la pratique[4]. L'O.C.D.E. estime que les ratios de ceux pouvant donner lieu à des échanges internationaux seraient de « *7,57% (1.795 milliards d'US$) pour les pays de l'O.C.D.E et de 5,10% (287 milliards d'US$) pour les pays non membres*[5] ». Les marchés publics constituent donc des marchés importants en eux-mêmes mais aussi pertinents puisqu'ils se doublent de retombées commerciales par le signe de qualité, de savoir-faire et d'élitisme à rebours. Dans une compétition internationalisée, leur obtention est une publicité valorisante par la diversité de la concurrence.

6. — Bien que n'entraînant pas de modifications substantielles dans son activité pour l'entreprise, le marché public se distingue du marché privé dans la mesure où son obtention résulte d'une mise en concurrence procéduralisée en raison de la spécificité

---

[2] Anonyme, *La concurrence s'intensifie à l'étranger: Le Monde*, 12/04/96

[3] O.C.D.E., *La taille des marchés publics: Revue O.C.D.E. sur la gestion budgétaire*, 2002, n° 5, p. 28 ; *Annexe*

[4] *Ibid.* ; *Annexe*

[5] *Ibid.* ; *Annexe*

d'un des contractants qui sera une personne publique animée par des considérations d'intérêt général.

7. — Aussi, le marché public est, en France, « *une expression générique englobant les contrats administratifs passés par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux ; de la production de fournitures ou de la prestation de services dans des conditions fixées par une réglementation générale (le code des marchés publics) qui en détermine les règles communes et particulières*[6] » et défini par le Code des marchés publics, en son article premier, comme des « *contrats conclus à titre onéreux conclus avec une personne publique ou privée par une personne morale de droit public mentionnée à l'article 2 pour répondre à leurs besoins en matière de travaux*... ». Il transparaît donc de cette définition une diversité infinie des objets des marchés publics.

8. — Cette définition est rejointe par les instruments internationaux qui, effectivement, font relever des marchés publics, tous les contrats conclu par une entité adjudicatrice et destinés à l'acquisition de biens, services ou travaux. Le mode de rémunération ne sera pas précisé par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), mais l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) spécifiera son indifférence à cet égard en comprenant « *tout moyen contractuel, y compris sous forme d'achat ou sous forme de crédit-bail, location ou location-vente, avec ou sans option d'achat, comprenant toute combinaison, quelqu'elle soit, de produits et de services*[7] » afin d'inclure tout contrat coûteux pour la collectivité. Ce coût justifie donc que la conclusion du contrat s'inscrive dans un cadre juridique qu'est l'appel d'offres. Son but est d'assurer d'une part, l'égalité de traitement des candidats et par là même, l'égalité des chances d'attribution, et d'autre part, une bonne gestion des deniers publics.

9. — L'appel d'offres précède alors la conclusion du contrat et constitue « *une procédure de passation de marchés publics comportant, de la part de l'administration, un appel à ses éventuels cocontractants pour que ceux-ci lui fassent des offres entre lesquelles elle choisit librement celle qui lui paraît la plus*

---

[6] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique: PUF*, coll. Quadrige, 2000

[7] Art. 1Er de l'AMP ; http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf

intéressante, en tenant compte non seulement du prix, mais aussi d'autres considérations telles que la valeur technique, les garanties professionnelles et financières des candidats ou le délai d'exécution[8] ».

10. — Elle organise le jeu et la mise en œuvre de la concurrence par la temporalisation de la remise des offres, leur centralisation auprès de l'entité adjudicatrice et leur examen anonyme. Cet anonymat constitue un gage de discrétion affectionné par la vie des affaires et un gage d'égalité de traitement. Les textes tâchent donc d'assurer l'égalité entre les soumissionnaires dans un contexte où existent de fortes luttes d'influence puisque les concurrents d'une même activité se retrouveront comparés objectivement sans que l'investissement publicitaire ne soit influent.

Les marchés publics sont, par ailleurs, perçus, par les entreprises, comme des marchés où les marges demeurent plus attrayantes que dans les marchés privés: le dumping des prix est moins offensif ; les entrepreneurs usant alors de la formule qu'il « *ne faut pas casser le marché* ». Aussi un certain attentisme des concurrents les uns envers les autres se manifeste-t'il assorti d'une forme de pression sociale. Les entreprises cherchent alors à soumettre une offre compétitive et non d'offrir un prix les assurant de l'attribution[9]. Toutefois, l'ignorance des positions tarifaires des autres fait que de l'interdépendance sur le marché privé, surgit le parallélisme sur le marché public. Si bien que certains usent de pratiques particulières afin de le remporter.

11. — Il m'a été permis de connaître une personne chargée de présenter les soumissions d'un groupe industriel d'ingénierie aux appels d'offres internationaux et, compte tenu de l'habitude des salariés de descendre dans des hôtels de luxe quand ils sont détachés à cet effet, il s'avérait que le faible nombre de ces hôtels faisait que tous les concurrents descendaient dans le même. Aussi, cette personne profitait-elle qu'ils soient tous descendus dîner, pour donner au portier ce que l'on appelle un *bakchich*[10] afin que celui-ci lui ouvre les chambres des concurrents. Ainsi introduit, il prenait connaissance des prix et ensuite, « *s'alignait* », c'est à dire modifiait sa solution

---

[8] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique: PUF,* coll. Quadrige, 2000

[9] Didier LAMETHE, Le financement de projets et leur organisation industrielle l'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques. *In. Varii Auctoris, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle: Litec*, Mél. en l'honneur de Philippe Kahn, vol. 20, 2000, p. 454

[10] *Bakchich*: somme d'argent officieuse afin d'obtenir un service

tarifaire pour être légèrement en dessous. Donc, même si les offres sont parallèles, les soumissionnaires importent, dans le cadre du marché public, les rivalités existantes dans le marché privé.

12. — Aussi, le marché public prend une dimension internationale par la soumission d'une entreprise d'une nationalité autre que celle de l'administration. Il y a alors un élément d'extranéité qui constitue une contrainte due aux différences de systèmes juridiques et par là même qui produit un désavantage concurrentiel dans une procédure de mise en concurrence. En effet, l'ignorance du droit local nécessite un apprentissage qui n'est pas exempt d'approximations. Le souci principal aura été de prendre en considération cette contrainte spécifique pour que les arguments de la concurrence soient ceux du marché et non plus ceux des droits, d'où l'initiative de procéder à une normalisation des procédures de passation des marchés publics.

13. — Les organes internationaux ont alors œuvré dans le sens d'une ouverture de ces marchés à la concurrence internationale en opérant un jalonnement d'étapes procédurales typées afin d'offrir une prévisibilité, une lisibilité de la procédure au soumissionnaire. Les différences de systèmes juridiques ne devant pas devenir des entraves aux échanges. Ainsi l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) de l'OMC, aura pour vue « *de réaliser l'expansion et une libération plus large du commerce mondial et d'améliorer le cadre international qui régit le commerce mondial* », induisant un rôle actif et un commerce international préexistant ; tandis que la CNUDCI cherchera[11] à « *favoriser et encourager la participation aux procédures de passation des marchés des fournisseurs et des entrepreneurs, et en particulier, le cas échéant, leur participation sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international* », induisant une démarche consensuelle et un commerce international en cours de construction.

14. — Ces différences de démarches s'accompagnent des différences de mise en œuvre. Les loi-modèles de la CNUDCI auront vocation à s'appliquer de façon continue dans la législation de l'Etat adoptant par son insertion dans la législation nationale avec des dispositions prévoyant la configuration internationalisée. Par contre, l'accord plurilatéral (AMP) de l'OMC s'appliquera entre contractants d'Etats parties à

[11]Préambule, c) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

l'Accord comme tout traité international, exigeant une ratification pour être contraignant et basé sur la réciprocité. Toutefois, une fois accédé à l'accord, l'État devenu partie doit mettre sa législation en conformité[12] avec l'AMP : « *a) chaque gouvernement qui acceptera le présent accord ou qui y accédera assurera, au plus tard à la date où ledit accord entrera en vigueur en ce qui le concerne , la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives, ainsi que des règles , procédures et pratiques appliquées par les entités reprises dans ses listes annexées au présent accord, avec les dispositions dudit accord.*

b) Chaque partie informera le Comité de toute modification apportée à ses lois et règlements en rapport avec les dispositions du présent accord, ainsi qu'à l'administration de ces lois et règlements ».

15. — Influent sur les législations des marchés publics des États-parties, l'Accord plurilatéral l'est également sur le droit communautaire puisque le Conseil[13] a approuvé l'Accord Plurilatéral de l'OMC sur les Marchés Publics. « *Certaines de ses dispositions créant cependant des conditions plus favorables pour les entreprises soumissionnaires que celles qui sont prévues par la directive il est apparu nécessaire, par conséquent, d'adapter et de compléter cette directive 93/38*[14] » afin de ne pas créer de traitement discriminatoire entre les soumissionnaires communautaires et ceux bénéficiant de l'Accord. Ce sont donc deux directives des 13 octobre 1997[15] et 16 février 1998[16] qui ont procédé à la mise en conformité des directives précédentes à l'AMP dans un sens de libéralisation.

Dès lors, l'Accord fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire et son invocation devant les juridictions communautaires[17] ou des États-membres[18] est discutée[19].

---

[12] Art. XXIV.5 de l'AMP ; http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf

[13] Décision n° 94/800/CE du 22 déc. 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté Européenne des Accords du Cycle d'Uruguay, pour les matières relevant de sa compétence

[14] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/C

[15] Directive n° 97/52 pour la mise en conformité des directives n° 92/50, 93/36 et 93/37: *JOCE*, 28/11/97, n° L.328/1

[16] Directive n° 98/4 pour la mise en conformité de la directive n° 93/38: *JOCE*, 01/04/98, n° L.101

[17] Décision du Conseil n° 94/800/CEE portant adoption des accords conclu dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay

Il apparaît donc un consentement nécessaire et préalable à l'ouverture à ces échanges internationaux du fait des adaptations nécessaires en résultant. Les mécanismes de ces consentements se distinguent suivant l'instrument considéré: ce peut-être l'adhésion à l'accord auprès de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), ou l'inspiration de la Loi-type élaborée par la CNUDCI ou encore, l'expression juridique locale.

16. — Les instruments internationaux tâchent par ailleurs de prendre en considération les différences de développement existant entre les États mais révèlent l'existence d'une divergence d'intérêts. Ils tiennent ainsi compte de la nature de leurs ressources et des objectifs à atteindre par la personne publique et estiment l'ouverture comme une voie d'expansion. Or, dans une relation purement interne, et de façon schématique, la finalité de l'intérêt général sera double: servie par la conclusion du contrat, et réinsufflant les sommes en jeu dans le circuit économique local. Celles-ci reviendront, après transformation, au moyen de l'imposition. Mais dans un marché public international, le paiement vaudra sortie de devises et donc, appauvrissement. Dès lors, l'hésitation quant à l'opportunité même de cette ouverture à la concurrence internationale pouvait se poser et se pose puisque les instruments internationaux tiennent compte du niveau de développement pour procéder à des adaptations du texte, afin de recueillir une plus grande adhésion[20].

17. — Les textes manifestent également une divergence de philosophie et de moyens. Celle de l'OMC sera d'assurer l'égal accès aux soumissionnaires d'Etats parties à l'accord par l'institution de « *procédures internationales de notification, de consultation, de surveillance et de règlement des différends en vue d'assurer la mise en œuvre équitable, prompte et efficace des dispositions internationales concernant les marchés publics et de maintenir l'équilibre des droits et des obligations au niveau le plus élevé possible* », c'est à dire ouvrir la voie de la normalisation internationale. La CNUDCI se voudra moins offensive par ses objectifs de « *[promotion] de la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs pour la*

---

[18] *Rép. Min.* J.O.A.N.Q., 18 août 1995, p. 3706

[19] V. infra. ; Olivier GONFRIER, *L'introduction des normes OMC dans l'ordre juridique de la Communauté Européenne et dans ceux des Etats membre: Mémoire de DEA*, Paris II, 2000, pp. 77 et s.

[20] Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP*, 1997, n° 3, p. 625

fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services devant faire l'objet de marchés » tout en ayant pour objectif de « *garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs* ».

Ces divergences d'intérêts et de finalités se trouvent donc servies autour d'un marché public dans la recherche d'une délicate balance entre la non-discrimination et le droit au développement. Cette recherche se heurte en plus à la défense de leur souveraineté par certains États et à une crainte présente de néo-colonialisme sous forme économique. Les instruments internationaux existants font donc primer soit l'égalité d'accès, soit le développement, en se rejoignant sur l'ouverture de ces marchés. Ils offrent alors des réponses différentes à une même situation et dans une perspective commune.

18. — Mais malgré le consensus sur l'ouverture, les instruments portent en eux des divergences d'actions et de perceptions et multiplient les combinaisons possibles. De cette multiplicité, il était préférable de se placer dans une situation optimale afin de mieux cerner divergences et convergences de ces textes avec, comme référent, le droit français des marchés publics.

19. — La présence d'une personne publique au contrat induit nécessairement une relation fondamentalement déséquilibrée entre les parties. Dans une relation purement interne, cette inégalité est motivée par des considérations d'intérêt général. Mais, dans une perspective internationalisée, ce déséquilibre naturel se double d'expressions de souveraineté telles les immunités, qui neutralisent tout recours juridictionnel devant une instance étrangère, et qui font dire que l'entreprise a contracté avec l'État dans la sphère internationale.

Cela explique donc la spécificité du contentieux en résultant. De plus, à supposer les contractants égaux économiquement, il n'en demeure pas moins qu'un d'eux a pouvoir d'influer unilatéralement sur l'environnement législatif du contrat. Cela est manifeste dans l'hypothèse d'une concession de service public et suscite, par ailleurs, un abondant et délicat contentieux. Ce dernier n'étant pas notre sujet, certaines caractéristiques demeurent communes à savoir le pouvoir législatif de l'État-contractant fortement doté d'imprévisibilité pour le contractant privé.

20. — Aussi, une riche controverse s'est développée. La question se posait donc de savoir dans quelle mesure le contractant privé pouvait légitimement se protéger des

risques de modification législative? La contractualisation de la loi applicable au contrat a nourri un débat, ainsi que l'admission de la faculté d'un État à compromettre à laquelle on objectait l'existence de tribunaux, à lui propres, destinés à traiter de ses litiges. Mais au-delà, c'est la question même de la nature du contrat qui se posait et notamment celle de son ordre juridique d'appartenance.

21. — La pratique a également recouru à l'arbitrage international afin de s'assurer de la plus grande neutralité vis-à-vis des protagonistes. En effet, les juridictions internes pouvaient préférer la protection des intérêts nationaux aux intérêts privés des sociétés étrangères[21]. Dès lors, le recours à l'arbitrage constituait un compromis instaurant la confiance nécessaire dans la relation contractuelle. Toutefois, cette faculté ne s'est pas ouverte sans heurt, et en France, c'est l'intervention du législateur[22] qui a mis un terme à l'opposition entre le Conseil d'État et la Cour de Cassation à ce propos, en admettant l'arbitrabilité des litiges opposant l'État et une société étrangère dans un contrat international[23].

22. — Par contre, lorsque le différend a trait à la mise en œuvre de l'AMP, celui-ci renvoie à l'organe de règlement des différends (ORD) institué en son sein, qui se rapproche d'ailleurs de plus en plus d'une juridiction[24]. Ainsi l'OMC, dans la perspective de ses objectifs, propose d'assurer le contrôle de l'effectivité de ses textes entre les parties à l'Accord mais encore de contrôler l'exécution des décisions de l'ORD rendues après un débat contradictoire[25].

---

[21] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Droit du commerce international: Dalloz*, 2e éd., 2000, pp. 312-313, n° 480

[22] Art. 9 de la Loi n° 86-972 du 19 août 1986 qui prévoit la possibilité d'insérer des clauses compromissoires: « par dérogation à l'article 2060 du Code Civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et à l'interprétation de ces contrats » ; Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, pp. 295 et s., n° 446 et s.

[23] *Ibid.*

[24] Hélène RUIZ-FABRI, Le règlement des différends au sein de l'OMC: naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit. *In. Varii auctoris*, *Souveraineté étatique et marchés internationaux: Litec*, Mél. en l'honneur de Philippe Kahn, vol. 20, 2000, p. 303

[25] L'Accord sur les Marchés Publics renvoit au Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des procédures (mémorandum d'accord): http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf ; *Annexe*

23. — Une particularité existe donc dans le mode de règlement des différends dans ce type de contrat, qui le distingue de celui inscrit dans une relation purement interne. En effet, la spécificité du marché public à caractère international réside dans les différences de nationalités, mais aussi, dans la particularité d'un des contractants: personne morale de droit public investie de souveraineté et de prérogatives de puissances publics.

Les différends arbitrés ont donc pu l'être et ont, d'ailleurs, soulevé des questions singulières, touchant à la souveraineté des États et la protection des investissements privés mais aussi au respect des engagements de la part des acteurs. Des solutions extraites par les arbitres, il a été tenu compte des inégalités réelles, en sus des inégalités juridiques et tendent ainsi à concilier ces intérêts divergents.

24. — Afin d'encadrer cette pratique, l'Assemblée Générale[26] a adopté le règlement d'arbitrage *ad hoc* de la neuvième session de la CNUDCI, après un travail « *de consultations exhaustives*[27] *avec les institutions d'arbitrage et les centres d'arbitrage commercial international* ». Il s'agissait de réguler ce qui constitue un facteur de l'ouverture s'il peut instaurer une confiance dans le traitement contentieux du contrat et par là même de contribuer sensiblement « *au développement de relations économiques internationales harmonieuses [par un règlement d'arbitrage] acceptable dans des pays ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents*[28] ». Aussi, le règlement pré rédigé permet encore d'achever la prévisibilité de la relation contractuelle et donc de l'inciter. La CNUDCI opte pour une démarche incitative plutôt que contraignante et a pour but d'offrir des instruments aux futurs contractants qu'ils insèrent à leur gré.

25. — Son effectivité dépend, alors, de la référence par écrit à ce texte par les parties[29]. Le texte propose même une rédaction-type de clause compromissoire afin d'éviter les écueils d'une rédaction approximative qui gênait jusqu'à lors les procédures arbitrales. Le principe est donc celui de l'autonomie de la volonté avec toutefois, une

---

[26] Résolution 31/98 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 15 décembre 1976

[27] Préambule de la résolution 31/98 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 15 décembre 1976

[28] Préambule de la résolution 31/98 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 15 décembre 1976

[29] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; http://www.uncitral.org/fr-index.htm

réserve, dans le « *conflit de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, c'est cette dernière disposition qui prévaut*[30] », ce qui n'est autre que l'application de la loi de police. Enfin, toute modification ultérieure sera possible dès lors qu'elle sera passée sous la forme écrite.

26. — L'arbitrage, en tant que mode de règlement des différends, présente le caractère de ne pas être reconnu en soi et de devoir faire l'objet d'une procédure d'exequatur devant les juridictions étatiques. Il importe d'assurer la circulation des sentences arbitrales. La Convention de New York de 1958[31] relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, le permet donc en ouvrant l'exequatur aux sentences étrangères. Au champ d'application vaste, elle a connu un réel succès avec 133 ratifications et s'applique aux « *sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées*[32] » ; c'est à dire à celles dont la reconnaissance et l'exécution est demandée dans un État autre que celui sur le territoire duquel elle a été rendue. Que le différend affecte des personnes physiques ou morales[33] importe peu, et qu'elles aient été rendues aussi bien par une instance arbitrale *ad hoc* que permanente également.

Toutefois, deux réserves d'importance à ce texte ont été ouvertes: à savoir l'hypothèse d'une exigence de réciprocité entre les deux États et la limitation aux rapports de droit commerciaux tels que définis par la législation nationale. La France, par exemple, a opté pour la réserve de réciprocité lors de sa ratification le 26 juin 1959[34].

27. — Ainsi, le contrat de marché public à caractère international soulève de nombreuses questions d'importance et souffre d'une carence conceptuelle dans

---

[30] Art. 1.2 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; http://www.uncitral.org/fr-index.htm

[31] Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: www.uncitral.org/french/texts/arbitration/NY-conv-f.htm ; *Annexe*

[32] *Ibid.*

[33] Art. 1 de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: www.uncitral.org/french/texts/arbitration/NY-conv-f.htm ; *Annexe*

[34] État des ratifications des conventions et des Loi-types, *Déclarations et réserves*, 1: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

laquelle interviennent également les interférences idéologiques[35]. Aussi, il fait intervenir de nombreux textes, tant dans sa conclusion que dans les différends pouvant surgir, qui se rejoignent sur le fond mais se distinguent dans la mise en œuvre. Si bien qu'il n'existe pas une démarche de soumission à un appel d'offres international, mais plusieurs, et que chaque litige est soumis à une instance différente selon les termes du contrat et les règles applicables. Les sources relatives à cette question souffrent donc d'une dispersion et, peut-être, d'une déperdition rendant plus difficile une approche globale.

28. — Il en advient une hétérogénéité certaine et rend nécessaire de s'attacher aux principales sources d'informations afin de tenter d'extraire quelques éléments communs dont l'un des aspects est la recherche omniprésente d'égalité. Le dosage entrepris dans les textes permet de mieux cerner cet élément et de comprendre la volonté et les moyens d'ouverture de ces marchés dans un contexte de multilatéralisation des échanges économiques. Le constat que le consensus s'est porté sur l'organisation de l'égalité dans la procédure de passation(partie 1) et l'ouverture de ces marchés, qui fera s'y attarder tout comme il sera traité des mécanismes de recherche d'égalité (partie 2) particuliers à ce type de contrat dans le règlement de leur contentieux.

[35] Robert CHARVIN, *L'investissement international et le droit au développement: L'Harmattan*, 2002, p. 21

PARTIE 1. — LES PROCEDURES DE PASSATION: L’EGALITE ORGANISEE

PARTIE 1. — LES PROCEDURES DE PASSATION: L’EGALITE ORGANISEE

30. — Le souci d'égalité irrigue les textes relatifs aux marchés publics assorti et même dépendant de celui de transparence. En effet, la transparence est également un moyen de s'assurer du respect de l'égalité dans la procédure. Dans le cadre d'un marché public international, ce principe d'égalité revêtira une facette de lutte contre le protectionnisme, obstacle au commerce international et stigmatisé par l'accord plurilatéral (AMP) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) dans son préambule. En effet, d'après l'accord plurilatéral de l'OMC conclu à Marrakech, le 15 avril 1994 en même temps que l'accord instituant l'OMC, entré en vigueur le 1er janvier 1996, les textes relatifs aux marchés publics ne devraient alors être élaborés, adoptés ou appliqués aux produits, services ou fournisseurs, étrangers ou nationaux « *de façon à accorder une protection aux produits ou aux services nationaux ou aux fournisseurs nationaux, et [qu'ils] ne devraient pas établir de discrimination entre des produits ou des services étrangers ou entre des fournisseurs étrangers* ».

31. — Dès lors, cette recherche d'égalité se traduira dans la mise en concurrence des entreprises et par la prédilection portée sur celle d'appel d'offres ouvert ou restreint. Mais l'égalité formelle ne rejoint pas l'égalité réelle dans la mesure où, si la partie juridiquement forte est l'État, il est doté de sa souveraineté et de ses prérogatives de puissance publique qu'il importe de rationaliser face à son contractant. Le soumissionnaire étranger demeure factuellement une société multinationale, dotée ou non d'une exclusivité, jouissant d'une puissance économique pouvant être supérieure au budget de certains États et dotée, par là même, d'un pouvoir réel vis-à-vis du cocontractant mais encore vis-à-vis de la concurrence. Toujours est-il que cette réalité n'est pas nouvelle et que ces sociétés multinationales, dès la moitié du XXe siècle, ont soumissionné et aspiré à soumissionner.

32. — Préalablement au commencement du processus de mise en concurrence, une collectivité manifestera un besoin qui sera l'objet du contrat ultérieur, une fois circonscrit. Les besoins étant divers et variés, la Loi-type de la CNUDCI et l'AMP ont ainsi vocation à s'appliquer à toute commande publique, réserve étant faite des « *marchés intéressant la défense ou la sécurité nationale*[36] », exigeant une

[36] Art. 1Er, 2, a) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ;

particulière discrétion, et des catégories de marchés expressément exclus par l'État. La détermination du besoin opérera une présélection par une définition du secteur concerné. À cela, l'entreprise intéressée devra plus ou moins s'organiser afin d'être dans une ligne concurrentielle. Il convenait donc de s'attacher à la présentation de l'appel et de l'offre (titre 1) examinés sous leurs aspects pro- ou anti-égalitaires avant d'examiner la relation contractuelle entre les contractants lors de la rencontre de l'offre et de l'acceptation (titre 2).

TITRE 1. — LA PRESENTATION DE L'APPEL ET DE L'OFFRE

34. — Les besoins de la collectivité sont variés mais certains, dans les pays en voie de développement, répondent à des besoins impérieux.

Face à la mise en œuvre d'une procédure de passation d'un marché public se pose la question de l'égalité dans les moyens d'organiser une politique, économique ou de développement, et donc de passer des marchés. Les personnes publiques acheteuses ne sont pas toutes dans une même situation économique. En effet, d'un État à l'autre, les ressources vont différer ainsi que le besoin. Là où les besoins sont les plus vastes, force est de constater que sont là, des États qui ont le moins de ressources.

35. — Certains peuvent autofinancer leurs besoins au moyen de l'imposition locale, ressource naturelle, tandis que d'autres les combinent à des aides extérieures résultant de programme de coopération. Existe encore le recours aux prêts de la Banque Mondiale qui sont conditionnés à des procédures de passation spécifiques[37]. Toujours est-il que passer un marché public requiert un examen spécifique quant à son objet, financièrement et pour certains, d'opportunité. Les personnes publiques acheteuses ne sont pas égales quand elles souhaitent passer un marché public.

36. — Il existe ensuite une période d'imperméabilité, avant l'entrée dans la procédure de passation, où ceux qui proposent des offres et l'entité adjudicatrice, qui décide, appartiennent à deux sphères différentes pour se connaître, par la suite, dans un cadre commun: la procédure de passation. Toutefois, cette étanchéité n'est pas assortie d'une totale ignorance de la part des acteurs. Les acteurs privés convoitent ces marchés qui peuvent être de grande envergure et particulièrement techniques. Aussi

[37] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/52

leurs intérêts se trouvent-ils animés par cette double considération, qui les placent, par ailleurs, aux yeux de la concurrence. Ainsi, l'appel d'offres international est attendu notamment des groupes ayant une activité internationale. A la publicité, les entrepreneurs ou fournisseurs intéressés tâcheront de rendre leur offre particulièrement performante afin de remporter le marché. Pour cela, ils s'adjoindront les services d'autres entrepreneurs ou fournisseurs, si nécessaire, dans la mesure où leur démarche, sans être altruiste, s'inscrit dans les rivalités du marché privé. En effet, si les offres sont parallèles dans la soumission à un marché public, la mise en concurrence, qu'il opère, importe les rivalités du marché privé (chapitre 1).

37. — Si bien que des craintes se sont manifestées de la part d'entrepreneurs locaux à l'approche d'une accession aux marchés publics de groupes ayant une activité internationale et une politique offensive. Cette crainte se traduisant par l'exportation des devises que provoquerait l'attribution à ceux-ci des marchés et donc à leur sortie du circuit économique local. Dès lors s'est posée la question d'opérer une discrimination positive à leur égard tendant à réserver certains marchés à des entrepreneurs nationaux. Toutefois, cette faculté n'est pas généralisée dans les instruments internationaux et est même encadrée afin de ne pas permettre non plus un certain protectionnisme, foncièrement contraire aux buts recherchés. La nuance résidant entre la protection et le protectionnisme. Il importait donc de s'attarder sur ce caractère de l'offre internationale (chapitre 2), à savoir la pondération opérée de l'égalité de principe des soumissionnaires quelque soit leur nationalité et la réservation de certains marchés aux entrepreneurs et fournisseurs nationaux.

CHAPITRE 1. — LA PREPARATION

38. — L'élaboration de l'appel est une phase dans laquelle la concurrence n'intervient pas ; celle-ci ne sera mise en œuvre qu'à compter de la publicité. Ainsi, la personne publique acheteuse a en charge de définir son besoin avec précision car ces éléments seront ceux qui serviront de base à l'élaboration des offres, il s'agit donc d'une phase de préparation de l'appel d'offres qui manifestera ses conséquences lors de la procédure. L'obligation de définition relève pour une grande part des textes nationaux puisque les instruments internationaux ne règlent pas ce point. Toutefois, ils s'attachent à ce que les caractéristiques demandées ne comporte pas en elles-mêmes de portée discriminante.

39. — Cette définition est donc ce qui deviendra l'instrument de travail de la concurrence. Celle-ci, traitée de façon anonyme et de ce fait, égalitaire, a en vue l'obtention dudit marché et dès lors, les combinaisons dans la forme de la soumission se multiplient. Les candidats cherchant à optimiser leur offre, cherchent également à rompre l'égalité de fait dans laquelle ils se trouvent et créent des formations tendant à rendre leur soumission plus compétitive que celle des autres, en diminuant les coûts et en complétant leurs compétences. Si l'offre est l'objet de la concurrence, la performance de la combinaison de prestataires l'est indirectement.

40. — En effet, l'obtention d'un marché public n'est pas neutre dans la mesure où elle constitue également un moyen de pénétration d'un marché local et s'inscrit dans une stratégie de l'entreprise. Certains marchés étant relativement étanches en raison de politiques protectionnistes ou autarciques, la soumission et l'attribution d'un marché public emporte un moyen de se faire connaître localement de façon qualitative. Il convient alors d'envisager les circonstances entourant l'élaboration de l'appel (section 1) avant de s'attacher à l'organisation compétitive de l'offre (section 2).

SECTION 1. — L'ELABORATION DE L'APPEL

41. — Avant de mettre à l'œuvre la concurrence, les personnes publiques acheteuses ne sont pas toutes dans la même situation économique. Aussi la préparation de l'appel d'offres est-elle une étape importante puisqu'elle induira la réalisation de la procédure. Ancrée autour de la définition du besoin, la recherche d'égalité se traduira à deux niveaux: entre personnes publiques acheteuses d'une part, par les différences de moyens dont celles-ci bénéficient ; par la neutralité de la définition du besoin, d'autre part, gage d'égalité par la communauté d'instruments délivrés aux candidats. Ainsi, ce besoin devra être communiqué au public de la façon la plus générale possible afin de toucher le plus de candidats intéressés, ce qui, à l'heure actuelle, se trouve limité par audience nécessairement partielle des publications-papier.

42. — L'élaboration de l'appel est donc une étape consistant à déterminer le besoin et son financement (§1), lequel induira la communication de la réalisation de l'opération à la concurrence (§2).

PARAGRAPHE 1. — LA DEFINITION D'UN BESOIN

43. — Avant tout appel d'offres, il y a donc un travail d'élaboration en amont qui est animé de deux soucis. D'une part, la personne publique acheteuse doit déterminer le besoin (I) et extraire les caractéristiques techniques qui seront la référence des candidats. Il s'agit donc d'un travail de préparation de la mise en concurrence au cours duquel elle doit veiller au respect de l'égalité entre les candidats. Dans un autre temps, elle doit également s'assurer de la disponibilité des fonds destinés à la réalisation du marché (II) et être en mesure, quelque soit la situation économique, de le mener au moyen, si nécessaire, d'aides bilatérales. Ces aides contribuent donc à rétablir l'égalité des personnes publiques quant à la possibilité de mettre en œuvre une procédure de passation d'un marché public.

I. — LA DETERMINATION DU BESOIN

44. — En France, la détermination du besoin est explicitement obligatoire, dans un souci de bonne gestion des deniers publics, afin de ne pas acheter au-delà, ni en deçà du nécessaire. Les instruments internationaux sont, quant à eux, discret sur ce point conférant à cette exigence une variabilité (A) mais ils travaillent sur les points relatif à l'égalité des candidats, à savoir le recours à des normes homologuées qui, ainsi, ne sauraient être indirectement discriminantes. De plus, cette détermination produit encore des conséquences puisque s'ensuit la plus ou moins large mise en concurrence en considération des seuils. Ces seuils, en effet, détermine de la procédure à appliquer au marché et sont calculés en fonction de la destination de l'opération.

A. — L'OBLIGATION DE DEFINIR LE BESOIN

45. — En raison de son ancienneté et de son développement, le droit des marchés publics en France est beaucoup plus élaboré que ce que proposent les instruments internationaux. En effet, ceux-ci offrent une possibilité de normalisation mais non une construction sophistiquée. Le Code des Marchés Publics français requiert que la définition du besoin soit préalable[38] et précise[39], si bien que la définition approximative entache le marché de nullité[40].

46. — La Loi-type de la CNUDCI et l'accord plurilatéral de l'OMC sont muets sur ce point. La CNUDCI rappelle qu'elle vise à « *énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation des marchés dans les divers types de circonstances que pourront rencontrer les entités adjudicatrices*[41] » et concède qu'il « *s'agit d'une loi-cadre n'énonçant pas toutes les règles qu'il faudra sans doute adopter pour mettre*

---

[38] Art. 1 du CMP

[39] Art. 5 du CMP

[40] CE, 29 déc. 1997, *Département de Paris: Rec.*, p. 503

[41] Loi-type de la CNUDCI, *Guide pour l'incorporation en droit interne*, p. 52-53, n° 12: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

en œuvre ces procédures dans un État. C'est pourquoi elle suppose l'adoption par les États d'une réglementation des marchés précisant dans le détail... » . Alors, la réponse à « *certaines questions juridiques [...] ne se trouvera pas nécessairement dans la Loi-type, mais peut-être dans d'autres textes de loi, par exemple les règles applicables du droit administratif, du droit des contrats ou du droit pénal, ou les règles de procédure judiciaire* ».

47. — L'accord sur les marchés publics (AMP), quant à lui, ne mentionne aucunement la définition du besoin mais ne permet pas, pour autant, son indétermination puisque l'article 6 de l'AMP porte mention de l'adoption non discriminatoire des spécifications techniques[42], ce qui suppose que le besoin soit déterminé préalablement. Il s'agit là, néanmoins d'une évidence.

48. — Le droit des marchés publics français est, sur ce point, plus précis et permettra de cerner la notion. L'article 1er du Code des Marchés Publics (CMP) dispose donc que « *l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurés par la définition préalable des besoins* ». Cette définition préalable entend, suivant l'article 5 du CMP, que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision par la personne publique avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence. Le marché conclu [...] doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins* ».

Il s'agit, par ce moyen, d'éviter tout détournement de procédure consistant à attribuer un marché à une entreprise moins-disante mais ne répondant pas à toutes les spécifications du cahier des charges, si bien que la réalisation du marché ne peut se faire que par la conclusion d'avenants et de négociations ultérieures à l'attribution[43]. Aussi, la définition préalable et précise constitue une garantie pour les soumissionnaires d'être traités également en étant en possession de toutes les informations nécessaires à l'attribution.

49. — La détermination du besoin est l'étape au cours de laquelle sont extraites les spécifications techniques inhérentes à la satisfaction du besoin. Elles demeureront

---

[42] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/9

[43] CRC, 25 oct. 2000, *SIVOM des Vallées Orb et Gravezon: Lunas*

jusqu'à la fin de la réalisation du marché public et se retrouveront, en France, dans le Cahier des Clauses Techniques Particulières (CCTP).

Pouvant devenir discriminantes, tant le droit interne que les instruments internationaux, prônent le recours à des normes homologuées[44]. La Loi-type de la CNUDCI y voit des « *obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché*[45] ». En France, et sous l'influence du droit européen, les articles 28, 29 et 31 du Code des Marchés Publics requièrent la référence « *aux normes homologuées, ou à d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux* ». Les instruments internationaux ajoutent, par des formules analogues, le recours à la description objective et/ou technique des exigences[46]. Sont, d'ailleurs, exclues les références à des marques[47] sauf « *s'il n'existe pas de moyens suffisamment précis et intelligibles de décrire les conditions du marché*[48] ».

50. — Toutefois, ce référencement n'étant pas exempt de discrimination indirecte, l'AMP et la Loi-type préconisent l'adjonction de la formule « *ou autre norme reconnue équivalente* » afin de ne pas « *créer des obstacles non nécessaires au commerce international, ni de telle façon qu'elles aient cet effet*[49] ».

51. — Par conséquent, la détermination du besoin devra se faire en considération de la concurrence et à son traitement égal par un référencement neutre tendant uniquement à la description du besoin afin de permettre sa compréhension et en laissant au candidat une latitude dans son offre. La seule condition étant la formulation d'une réponse à un besoin. En effet, les instruments internationaux tiennent compte des

---

[44] Art. 6 du CMP: « par référence aux normes homologuées, ou à d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux » ; Art. VI.2.b) de l'AMP: « fondées sur des normes internationales, dans les cas où il en existe, sinon sur des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou des codes du bâtiment »: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf

[45] Art. 16.1 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[46] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 352

[47] Art. VI.3 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe ;* Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 352

[48] Pierre DIDIER, *Op. Cit.*, p. 352

[49] Art. VI.1 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

différentiels entre pays d'expression des spécifications techniques et veulent éviter qu'ils ne constituent une entrave aux échanges qui serait, de la sorte, purement formelle. Les spécifications techniques doivent être de nature fonctionnelles et explicatives, non impératives. Le recours à la formule « *normes reconnues équivalentes* » constitue alors une ouverture à la concurrence internationale et permet un traitement égal aux candidats en ne considérant que le fond de l'offre. L'égalité d'accès est donc mise en œuvre par la suppression d'une discrimination indirecte, pouvant par ailleurs être un moyen de protectionnisme.

B. — UN BESOIN POLYMORPHE

52. — La fonctionnalité recherchée n'est pas isolée et s'inscrit dans un cadre plus global. La destination de l'opération induit telle ou telle procédure et par là même la plus ou moins large mise en concurrence. Les différences de procédures existent en vertu d'une adaptation de celles-ci au besoin à satisfaire tout en tachant de conserver une concurrence réelle. Toutefois, elles sont graduelles et les seuils de mise en œuvre constituent une difficulté d'importance dans la conséquence immédiate de détermination de la procédure. Dès lors, il comporte un effet sur l'envergure de la concurrence appelée, laquelle sera plus ou moins large.

53. — À la satisfaction fonctionnelle du besoin répond la destination immédiate de l'opération. Celle-ci servira à arrêter les seuils déterminant du choix de la procédure. En effet « *l'appréciation du seuil doit se faire en tenant compte de la nature du besoin à satisfaire, et non en fonction de l'objet du marché, ce qui implique de la part de l'administration un effort d'analyse et de programmation de ses besoins si elle veut convaincre le juge qu'elle ne s'est pas livrée à un fractionnement irrégulier de la commande publique*[50] ».

54. — L'article 27 du CMP proposait une définition économique des achats des fournitures et des services ensuite de laquelle est née une nomenclature supposée

[50] Florian LINDITCH, L'opération de travaux n'implique pas nécessairement que les travaux de même nature soient « computés » ensemble dans l'appréciation des seuils de mise en concurrence, note sous CAA Bordeaux, 02 oct. 2002, *Dépt. Hautes-Pyrénées c. / Préfet des Hautes Pyrénées: JCP Adm. Et Collect. Terr.* , 07/04/03, n° 15, p. 472

couvrir l'ensemble des besoins des collectivités et administrations soumises au Code. Cependant, cette nomenclature s'est révélée être la reproduction de la Classification des Produits Français (CPF), dont la logique diffère en ce qu'elle organise une classification par filière industrielle, inadaptée en l'espèce. Dès lors, l'exercice d'évaluation reprend son empire et ainsi doivent être regroupés, pour les travaux, la valeur de tous les travaux se rapportant à une même opération ou à un même ouvrage ; pour les fournitures, la valeur de l'ensemble unique homogène ou, en cas de récurrence, la valeur de l'ensemble correspondant aux besoins d'une année. Il en sera de même pour les services que pour les fournitures à ceci près qu'elles devront, de surcroît, concourir à une même opération.

55. — Dans une espèce, le juge avait eu à connaître de la rénovation de 14 collèges dans 11 départements différents par le Conseil Général des Hautes-Pyrénées. Bien que financés sur la même ligne budgétaire, réalisés durant la même période, par les mêmes entreprises, et dans un projet global d'entretien et de rénovation, le juge administratif a considéré que « *les travaux prévus dans chaque établissement constituaient une opération distincte*[51] ». Le juge retient donc ici que « *chacune des rénovations correspond à un besoin différent, spécifique à chaque établissement [...et que] le besoin du conseil général, dans le cas présent, n'a pas été le besoin général de rénovation de ses collèges, mais le besoin satisfait au cas par cas, la rénovation de chaque collège n'étant plus qu'un instrument permettant de satisfaire séparément le besoin exprimé dans chacun d'entre eux*[52] ». Le fractionnement était ainsi justifié. La destination immédiate est donc le besoin spécifique satisfait par l'opération, lié à son objet. Doivent être additionnés ceux répondant au même besoin quant à sa nature et quant à sa destination.

56. — La réforme du Code des Marchés Publics du 7 janvier 2004 a simplifié le mode de calcul en modifiant l'article 27-II du CMP[53] de telle sorte que « *en ce qui concerne*

---

[51] CAA Bordeaux, 02 oct. 2002, *Dépt. Hautes-Pyrénées c. / Préfet des Hautes-Pyrénées: JCP Adm. Et Coll. Terr.*, 07/04/03, n° 15, p. 472

[52] Florian LINDITCH, L'opération de travaux n'implique pas nécessairement que les travaux de même nature soient « computés » ensemble dans l'appréciation des seuils de mise en concurrence, note sous CAA Bordeaux, 02 oct. 2002, *Dépt. Hautes-Pyrénées c. / Préfet des Hautes Pyrénées: JCP Adm. Et Collect. Terr.* , 07/04/03, n° 15, p. 472

[53] Stéphane BRACONNIER, *Réforme du CMP – Choix de procédures et calcul des seuils: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, pp. 33 et s.

les fournitures et les services, pour évaluer le montant des besoins à comparer aux seuils, il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle ». L'homogénéité s'entend dorénavant de la similitude des caractéristiques propres du produit ou de la même fonction économique ou technique[54], rejoignant la conception de l'AMP.

57. — L'Accord sur les Marchés Publics (AMP) retiendra, pour l'évaluation, l'addition soit, a posteriori, des contrats analogues successifs au cours des 12 mois suivant le contrat initial ou au cours de l'exercice, corrigée, afin de révéler la valeur réelle soit encore, a priori, la valeur estimée sur la même période de 12 mois suivant le contrat initial.

L'AMP, en son article II.3 refuse le fractionnement[55] en raison du possible évitement des dispositions de l'Accord et dispose fermement que « *la méthode d'évaluation ne sera pas choisie par l'entité, et les quantités à acquérir ne seront en aucun cas scindées, dans l'intention d'éviter que le présent accord ne s'applique* » ainsi « *l'évaluation tiendra compte de toutes les formes de rémunération, y compris toute prime, rétribution ou commission et tous intérêts à percevoir*[56] » et sera retenue celle figurant dans la publication de l'avis à soumissionner[57].

58. — Il résulte des instruments internationaux une protection de la mise en concurrence par la méfiance à l'égard de l'entité quant au possible détournement de procédure. Celui-ci peut se manifester par l'octroi préférentiel du marché à une entreprise connue de celle-ci, toutefois, son seuil d'application a trait à des marchés d'une certaine importance. L'évaluation de ces seuils est donc spécifiée afin que son calcul ne permette pas d'empêcher la soumission internationale et ainsi, de priver d'un traitement spécifique les soumissionnaires étrangers. La concurrence

---

[54] Stéphane BRACONNIER, *Réforme du CMP – Choix de procédures et calcul des seuils: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, pp. 33 et s.

[55] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 344

[56] Art. II.2 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[57] Note 2 sous l'art. II.1 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

internationale a donc un accès prévu à des marchés à compter d'une certaine valeur. Au-delà de ces seuils, l'égalité des soumissionnaires est configurée dans les textes. En deçà, ce sera une question de législation nationale.

59. — L'opération s'inscrit également dans une perspective plus globale de développement: la destination instrumentale de l'opération. Les aides attribuées sont généralement affectées à un projet ou à un programme régional ou sectoriel. Toujours est-il que la destination instrumentale est passée aujourd'hui des grands travaux d'infrastructure au soutien du développement rural, la promotion des exportations et est consentie prioritairement aux États les plus pauvres.

Les États-bénéficiaires peuvent donc, indépendamment de leurs ressources, élaborer des projets et mettre en œuvre leur développement réalisant ainsi leur mission et, ainsi, tendre à offrir à leur population les droits conférés par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 à savoir, et sans exhaustivité, le droit à l'éducation (Art. 26), le droit au niveau de vie (Art. 25), le droit au travail (Art. 23), etc...

Dès lors, dans cette perspective, le marché public est un moyen d'accession ultérieure des populations à la plénitude de leurs droits. Afin de le réaliser, la personne publique-acheteuse aura donc à communiquer aux opérateurs son besoin. La mise en place de politiques de coopération, de systèmes d'aides bi- ou multilatérale permet donc de rétablir une certaine égalité des États face aux besoins qu'ils manifestent, et donc face à la passation d'un marché public.

II. — LE FINANCEMENT DU BESOIN: DES RESSOURCES DIPTYQUES

60. — Le financement du besoin se constitue de deux sources, celle endogène prélévée sur la production de richesses locales (A), mais qui, dans certaines hypothèses, est justement bloquée par le niveau de développement et les devises étrangères apportées sous forme d'aides ou d'accord de coopération tendant à réamorcer le processus et constituant des ressources exogènes (B).

A. — LES RESSOURCES ENDOGENES

61. — Les ressources les plus évidentes des collectivités sont constituées des impôts prélevés sur la production de richesses locales ou nationales.

62. — Si, dans les pays développés, les recettes des impôts permettent de subvenir et de mener une politique, le mécanisme n'est pas systématique à l'échelle mondiale. Les impôts effectivement présupposent une imposabilité, qui peut s'avérer délicate, et ne doit pas surcharger l'initiative. A fortiori lorsque des États ne vivent que de l'aide humanitaire. Dès lors, en l'absence de ressources de la population, la recette fiscale sera résiduelle et corollairement, la politique de développement bloquée, le potentiel de passation de marchés publics également. L'autre facteur d'enrichissement des États réside dans les exportations, dont l'influence est conséquente. En effet, ces flux de marchandises valent transfert de devises et par là même, enrichissement réel puisque les sommes en jeu ne sont pas celles du circuit économique local. L'exportation de matières premières est un facteur ayant, au cours du XX^{e} siècle, permis la survie alimentaire de populations du tiers-monde et la stabilité politique de leurs États assurant un cadre à toute politique de développement.

63. — Aussi est-il possible de constater que, face à la passation d'un marché public et face à un besoin que toute collectivité peut connaître, l'égalité des États n'est pas évidente et nombre d'entre eux recourent à des aides extérieures.

64. — Toutefois, il importe de signaler que les soumissions étrangères peuvent, lors de leur intervention, être actrices de l'économie locale et également être imposées puisque l'AMP (Accord sur les Marchés Publics) est « *exclu des principaux engagements en matière d'accès aux marchés contractés par les pays au titre de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT)*[58] *et de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS)*[59] ». L'ouverture internationale peut donc participer, par son activité, au circuit économique local.

---

[58] Art. III, 8, a) du GATT: « Les dispositions du présent article [traitement national en matière d'impositions et de réglementation intérieure] ne s'appliqueront pas aux lois, règlements, et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinés à la vente dans le commerce » : http://wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpintr_f.htm

[59] Art. XIII de l'AGCS: « 1. Les articles II, XVI et XVII ne s'appliqueront pas aux lois, réglementations ou

65. — Les soumissionnaires étrangers sont donc potentiellement imposés sur plusieurs États, hormis pour la Taxe sur la Valeur Ajoutée (T.V.A.) qui relève de l'imposition dans le pays destinataire des exportations, ou locale, en cas de fourniture sur place.

En effet, le régime des exportations s'applique aux biens qui doivent être livrés à l'étranger mais aussi aux services accessoires qui s'y rattachent: emballage, commissions versées, transports[60],... Les opérations d'exportation sont alors exonérées de TVA. Inversement, les importations sont imposables au titre de la TVA en France. Cela s'opère « *dès lors qu'une marchandise importée franchit la frontière, même s'il n'y a pas eu transfert de propriété, même si l'opération est réalisée par un simple particulier n'ayant pas la qualité d'assujetti* [61] ». La perception de la TVA est alors soumise aux règles des articles 291 à 292-A du Code Général des Impôts.

A cet égard, un groupe spécial de l'organe de règlement des différends de l'OMC avait eu à se prononcer sur la pratique communautaire consistant à déduire le montant de la TVA afin d'apprécier la valeur du marché. De là, elle en déduisait l'applicabilité ou non de l'Accord sur les Marchés Publics. L'analyse des dispositions de l'AMP plaidait « *en faveur du coût total pour l'entité acheteuse, y compris la TVA, à moins que l'entité en soit exonérée* [62] ». L'argument de l'absence d'uniformité des taux de TVA au sein de l'Union Européenne fut examiné, mais les rapporteurs en conclurent que cette pratique n'était pas conforme à l'Accord. En pratique, cela aurait eu pour conséquence un relèvement du seuil pour la partie en question[63].

66. — Ainsi, des ressources endogènes, le volume risque d'être limité par l'interaction du niveau de développement sur les investissements et celui-ci, afin d'évoluer,

---

prescription régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de services achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la fourniture de services destinés à la vente dans le commerce

2. Des négociations multilatérales sur les marchés publics de services relevant du présent accord auront lieu dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. »: http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpintr_f.htm

[60] Art. 262-I du CGI ; Maurice COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises: Litec fiscal*, 26e éd., 2002-2003, p. 463, n° 1813

[61] Maurice COZIAN, *Op. Cit.*, p. 464, n° 1814

[62] Éric CANAL-FORGUES et Thierry FLORY, *GATT/OMC – Recueil des contentieux: Bruylant*, 2001, aff. n° 41, p. 182

[63] *Ibid.*

nécessite des recettes. Pour sortir de ce mécanisme, certains États bénéficient d'aides, d'États plus riches, afin d'initier une progression. La coopération est vue alors comme « *un moyen de redistribution sociale visant à dynamiser l'économie dont les potentiels étaient bloqués*[64] ».

B. — LES RESSOURCES EXOGENES

67. — Bien qu'au terme d'aide ait été substitué celui de coopération, « *l'aide a pourtant un sens plus précis que la coopération: il s'agit de fournir aux pays en développement des apports financiers ou techniques à des conditions plus favorables que celles du marché. Cette aide prendra des formes diverses: publique ou privée, elle se composera de dons ou de prêts, sera versée en espèce ou livrée en nature, liée à des achats de contrepartie ou déliée de toute obligation de compensation*[65] ».

68. — Toutefois, « *l'octroi de l'aide est de plus en plus lié au respect de la part des récipiendaires de réformes économique et politiques, démocratiques et institutionnelles allant dans le sens de ce que vivent les pays occidentaux. Ces derniers ont la conviction que leur système de valeurs [est] universel, universalisable, et le seul capable d'induire un véritable développement*[66] ». L'aide devient un soutien tutélaire.

69. — Le système français de coopération a été originellement influencé par l'héritage colonial et se concentrait auprès des États nouvellement indépendants afin de répondre aux nécessités du moment, au point de prendre « *la forme d'un soutien aux budgets de fonctionnement et d'une assistance massive en personnel d'encadrement. Cette coopération de substitution, vite ressentie comme une insupportable sujétion, fit l'objet d'une contestation généralisée au tournant des années 1970*[67] » par la préférence portée, par les pays en voie de développement, sur le commerce plutôt

---

[64] Jean-Claude LAVIGNE et Bernard LESTIENNE, *Construire une éthique de la coopération. Un projet pour l'Union Européenne: Chronique sociale,* 2000, p. 145

[65] Jacques BOUVERESSE, *Droit et politiques du développement et de la coopération: PUF*, coll. Droit fondamental, 1990, p. 243, n° 234

[66] Jean-Claude LAVIGNE et Bernard LESTIENNE, *Op. Cit.*, p. 84

[67] Jacques BOUVERESSE, *Op. Cit.*, p. 244, n° 235

que sur les aides au support du leitmotiv: « *trade not aid* ». Ce mouvement inspira l'Assemblée Générale des Nations Unies qui vota « *une première résolution*[68] *sur "le commerce international, principal instrument de développement"* [69] »

70. — Dans la perspective d'un « *devoir de solidarité qui incombe aux pays riches envers les pays pauvres*[70] », l'aide française se traduisait, à hauteur de 80% en dons et représentait 0,50% du PNB en 1988, pour 0,32 % de son PNB pour le Japon.

Toujours est-il que le système de dons offrait des avantages tant politiques, par les relations diplomatiques nouées, qu'économiques en l'ouverture de nouveaux marchés[71], et culturelles dans la défense de la francophonie[72].

Toutefois, un effet indésirable pouvait se produire en ce que « *l'aide permet d'atténuer certaines misères, de traverser certaines crises [... ; mais] le don ne contribue que très difficilement à l'épanouissement du sens des responsabilités de celui qui les reçoit*[73] ». Si bien qu'elle élève celui qui en bénéficie de façon ponctuelle mais n'est pas un mécanisme de restauration de l'égalité économique entre les États.

71. — Il existait par ailleurs, un système d'aide multilatérale. Le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), réformé en 1970, fut une institution contestée et dépassée par les programmes multi-bilatéraux. Il tendait à une planification quinquennale des ressources financières par pays et un financement supporté au moins pour moitié, par l'État considéré, de l'opération, le reliquat étant composé des contributions volontaires des États-membres de l'ONU[74]. Les demandes devaient être formulées au fur et à mesure des besoins et approuvées soit par le siège de l'organisation pour les grands projets, soit par des représentants du PNUD pour

---

[68] Résolution 1707 (XIV) du 19 décembre 1961: http://ods-dds-ny.un.org/doc./RESOLUTION/GEN/NR0/167/60/IMG/NR016760.pdf?OpenElement

[69] Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP*, 1997, n° 3, pp. 609 et s.

[70] Jacques BOUVERESSE, *Droit et politiques du développement et de la coopération: PUF*, coll. Droit fondamental, 1990, p. 245, n° 236

[71] Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP*, 1997, n° 3, pp. 609 et s.

[72] Jacques BOUVERESSE, *Op. Cit.*, p. 251, n° 242

[73] Jean TOUSCOZ, *Droit international: PUF*, coll. Droit public, p. 289

[74] Jacques BOUVERESSE, *Op.Cit.*, p. 251, n° 242

les projets de moindre envergure. Enfin, la réalisation était assurée par des sous-traitants[75].

72. — A titre d'exemple du mécanisme d'aide, nous prendrons les pays ACP (Afrique-Caraïbes-Pacifique). Au nombre de 71, ils regroupent 41 pays les moins avancés[76] sur les 50 nommés par la communauté internationale et représentent 612 millions d'habitants[77]. Ils bénéficient, dans le cadre de la *Convention de Lomé*, de l'aide au développement des 15 de la Communauté Européenne d'alors, qui initie une autre forme de coopération, qualifiée de « *laboratoire de coopération* [78] », basée sur un partenariat. Le partenariat est la tendance contemporaine d'aide au développement par la prise de conscience des limites des systèmes précédents. D'abord entre le groupe des 70 et celui des 15, les relations se sont, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht[79], formalisées dans une « *dynamique de coopération et non pas d'aide*[80] » laquelle, avec le Traité d'Amsterdam, relève désormais de la procédure de codécision, donnant une plus grande responsabilité au Parlement Européen[81].

73. — Intervenant, au départ, par projet[82], la Communauté Européenne, avec *Lomé III*, est passée à l'aide sectorielle [83] indiquant, à ses partenaires, ses priorités et axes de développement, d'ailleurs bien accueillis. C'est dans les années 90 que la philosophie d'aide au développement de l'Union s'oriente vers un développement intégré:

---

[75] Jacques BOUVERESSE, *Droit et politiques du développement et de la coopération: PUF*, coll. Droit fondamental, 1990, p. 251, n° 242

[76] *Pays les Moins Avancés* (PMA): pays qui, selon l'Assemblée Générale des Nations Unies, a un très faible revenu annuel par habitant et qui souffre aussi de grandes difficultés structurelles pour se développer. Cette classification internationale permet à un PMA de bénéficier de priorités dans l'aide internationale. *In.* Jean-Claude LAVIGNE et Bernard LESTIENNE, *Construire une éthique de la coopération. Un projet pour l'Union Européenne: Chronique sociale*, 2000, p. 65

[77] Jean-Claude LAVIGNE et Bernard LESTIENNE, *Construire une éthique de la coopération. Un projet pour l'Union Européenne: Chronique sociale,* 2000, p. 65

[78] Jean-Claude LAVIGNE et Bernard LESTIENNE, *Op. Cit.*, p. 76

[79] Ex-Titre XVII, ex-art. 130U à 130Y du Traité de Maastricht, devenus Titre XX, art. 177 à 181 du Traité de Rome: http://europa.eu.int/eur-lex/fr/treaties/selected/livre242.html

[80] Jean-Claude LAVIGNE et Bernard LESTIENNE, *Op. Cit.*, p. 52

[81] *Ibid.*

[82] Jean-Claude LAVIGNE et Bernard LESTIENNE, *Op. Cit.*, p. 145

[83] *Ibid.*

politique (démocratie, État de droit, libertés), économique (croissance, intégration dans l'économie mondiale,...), social (lutte contre la pauvreté,...) et écologique. Enfin, les discussions de l'*Après-Lomé* aboutiront à des aides globales par secteur au moyen de la remise d'une enveloppe utilisable selon les besoins et permettant la mise en œuvre de politiques d'ensemble.

74. — La philosophie sous-tendant les *Accords de Lomé* repose initialement sur une relation d'États égaux, matérialisée par l'instrument conventionnelle, ainsi que sur un intérêt mutuel[84] reconnu, loin de l'aide désintéressée. Depuis 1990 et *Lomé IV et IV bis*, elle s'oriente vers la notion de contrat sur les objectifs[85] tout en maintenant l'accès privilégié des États-membres aux marchés[86]. Mais la dépendance vis-à-vis d'autres États pouvant être mal acceptée, une solution plus impersonnelle est possible par le recours aux prêts.

75. — Existe la possibilité pour les États de recourir au financement de projet par la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (B.I.R.D ou Banque Mondiale) au moyen d'un prêt. Cependant, par son financement, le projet devra suivre les directives adoptées par la BIRD et concernant les marchés publics de travaux et de fourniture. En cas de financement partiel de la Banque Mondial, la part du projet non financée peut être régie par les mêmes directives ou bien par des règles agrées d'un commun accord par la Banque et l'emprunteur[87]. Il y a donc un regard de la Banque Mondiale sur l'utilisation des fonds qu'elle remet, car « *accepter des fonds, c'est admettre un contrôle de leur utilisation* [88] ».

76. — Aussi, si les financements des marchés publics diffèrent d'un État à l'autre, les pays en voie de développement se trouvent dans une situation délicate de dépendance économique dans les passations de leurs marchés publics et doivent justifier de la justesse de leur programme. Il en résulte une inégalité entre le Nord et le Sud face

---

[84] Formule insérée dans les textes de *Lomé II*. Les États reconnaissent qu'ils ont à s'apporter réciproquement et la Convention doit apporter aux deux parties.

[85] Jean-Claude LAVIGNE et Bernard LESTIENNE, *Construire une éthique de la coopération. Un projet pour l'Union Européenne: Chronique sociale,* 2000, p. 79

[86] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/64

[87] Henry LESGUILLONS, *Op. Cit.*, p. 3/50

[88] Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP*, 1997, n° 3, pp. 609 et s.

aux marchés publics ; les pays du Nord, autonomes financièrement jouissant d'une latitude d'initiative que les pays du Sud n'ont pas nécessairement. Mais communément, si leur réalité économique diffère, ces pays doivent à l'égard des candidats veiller à leur égalité quant à l'enclenchement de la procédure de passation et donc, les contacter au moyen d'une publicité adéquate.

PARAGRAPHE 2. — LA COMMUNICATION DU BESOIN

77. — La communication est la publicité du besoin et assure l'information des futurs et potentiels candidats de son existence. Afin de susciter des soumissions fructueuses, elle est réalisée par la voie classique (I) de la presse spécialisée évitant toute déperdition de l'information et présentant l'avantage d'être consultée par des personnes intéressées. Mais elle tend, avec le développement des moyens de communication, à se faire par voie électronique qui présente la qualité d'abolir les frontières physiques, jusqu'à présent inconvénient majeur, avec la barrière de la langue, des échanges internationaux (II).

I. — LA COMMUNICATION CLASSIQUE DE REFERENCE

78. — Le support de l'avis ou du pré-avis est le point de départ de la procédure de passation et a des conséquences sur le jeu de la concurrence. Celui-ci devra avoir une audience la plus large possible afin de toucher le plus de public. Une audience limitée fermant l'accessibilité au marché. L'égal accès à la commande publique passe également par l'égale information de l'existence de la commande publique. Dès lors, la publicité devient déterminante (A), a fortiori lorsqu'elle se combine à un pré-avis, élément de contraction des délais de soumission qui sont des délais de rigueur (B).

A. — UNE PUBLICITE DETERMINANTE

79. — Aussi bien le Code des Marchés Publics, l'Accord sur les Marchés Publics que la Loi-type de la CNUDCI s'accordent sur l'obligation de faire paraître une invitation à soumissionner[89] qui constitue le meilleur moyen de contacter la concurrence. La Loi-type spécifie, en son article 48.2, la nécessité de publier la sollicitation « *dans un journal de grande diffusion internationale* » ou dans une publication appropriée. En France, depuis la réforme du Code des Marchés Publics du 7 janvier 2004, les marchés publics doivent être publiés[90] au Journal Officiel de l'Union Européenne et au Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BOAMP)[91]. L'omission ou l'irrégularité, en France, entache le marché de nullité[92]. Le caractère partiel du public touché participe au cloisonnement des marchés publics au sein de l'Union Européenne dans la mesure où ces journaux n'ont pas la même audience et dès lors, c'est l'accès à l'information qui porte la discrimination, contraire aux objectifs du Traité de l'Union Européenne. Le raisonnement est par ailleurs transposable à l'échelle internationale: les entrepreneurs ou fournisseurs potentiellement intéressés par ces marchés ne sauraient être informés de ceux-ci que s'ils peuvent être avertis de leur existence et force est de constater que la publicité-papier a nécessairement un rayonnement limité. Néanmoins, elle permet de toucher davantage d'entrepreneurs ou de fournisseurs qu'en son absence totale.

80. — Une réserve de la CNUDCI est à ce propos formulée en considération du coût de cette publicité: la sollicitation à soumissionner peut n'être pas publiée si l'entité adjudicatrice ne le juge pas souhaitable « *pour des raisons d'économie et d'efficacité* ». Il s'agit là d'une réserve conséquente sur l'égalité des concurrents puisque les propositions émaneront nécessairement d'entrepreneurs dans le rayonnement périphérique des administrations, et donc à des soumissionnaires locaux. Or, « *l'opération de publicité est fondamentale puisqu'elle garantit dès le*

---

[89] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 360

[90] Art. 40-V du CMP

[91] Loi n° 55-4 du 4 janv. 1955 modifiée relative aux journaux habilités à publier des annonces légales: http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=968&indice=1&table=CONSOLIDE&ligneDeb=1

[92] CE sect., 7 juil. 1982, *Commune de Guibel c. / Me. Courtet: RDP* 1983, p. 1419

lancement de la procédure de passation, la transparence et l'égalité des candidats[93] ». Ainsi, l'opacité en vient à contrevenir à la liberté d'accès à la commande publique et l'économie et l'efficacité de la commande publique[94] prévaut sur la mise en concurrence. D'ailleurs, dans la réforme du Code des Marchés Publics du 7 janvier 2004, l'allègement du formalisme de passation des marchés inférieurs aux seuils spécifiés se double d'une obligation de publicité de tous les marchés publics afin d'éviter tout comportement déviant de type favoritisme[95].

81. — Quand il est émis, le contenu de l'avis est formalisé[96]. En effet, il porte un certain nombre d'indications opérant par là même une forme de sélection. Ne soumissionneront que les entreprises intéressées et ayant qualité pour soumissionner. Les indications mentionnées sont similaires dans l'AMP[97], dans la Loi-type[98] et en droit interne. En effet, il doit être indiqué le besoin prévu, et prévisible si tel est le cas, le type de procédure, les conditions de date d'exécution, la date-limite pour participer à la procédure, les coordonnées de l'entité acheteuse, les conditions requises de l'attributaire tant techniques qu'économiques, les frais de dossier, et la forme du marché[99] (achat, location,... ; non mentionné en France), à ceci près, que le Codes des Marchés Publics ajoute le délai de validité des offres et les critères de choix des offres, la date du pré-avis s'il y a lieu, et quelques particularités dues à certaines procédures.

82. — Le degré de précision de l'invitation à soumissionner exprime la préférence pour une concurrence pertinente par l'exclusion *ab initio* de certains intéressés ne pouvant présenter les qualités requises. L'égalité dans la concurrence à laquelle ont droit les

---

[93] Patrick SCHULTZ, *Éléments de droit des marchés publics: LGDJ*, coll. Systèmes, 1996, p. 111

[94] Préambule.a) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[95] Sophie PIGNON, *Aperçu de la réforme du Code des Marchés Publics « un achat public plus simple et plus efficace »?: LPA*, 20/01/2004, n° 14, p. 6

[96] En France, « les avis sont établis conformément aux formulaires obligatoires fixés par l'arrêté du Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 4 décembre 2002 publié au JORF du 30 janvier 2003 ».

[97] Art. IX.6. a) à h) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[98] Art. 25.1 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[99] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 360

soumissionnaires se double d'une égalité de la concurrence dans les qualités requises par l'administration. Aussi ne sont évalués que des candidats disposant d'un potentiel minimum à concourir réellement avec les autres. Ces qualités doivent être acquises pour pouvoir prétendre à la candidature. Ces données demeureront tout au long de la procédure et constitue un facteur d'égalité de traitement des candidats mais aussi de transparence du marché public par la prévisibilité du déroulement de la procédure. Toutefois, il peut exister une phase préalable à l'avis classique à la concurrence.

B. — LA PHASE PREALABLE A L'AVIS A LA CONCURRENCE

83. — Il est possible que soit publié un pré-avis. Celui-ci emporte des conséquences sur le déroulement de la procédure qui se trouve modifiée dans les délais. Aussi, les candidats doivent en être avertis, de même qu'ils doivent être mis en possession de toutes les informations nécessaires à l'élaboration de leur offre dans la publication. A défaut, elles devront être demandées, ce qui entraîne des difficultés logistiques de répercussion des renseignements donnés, ainsi qu'un risque de déperdition et donc, de différences d'instruments de travail entre les soumissionnaires.

84. — Un pré-avis peut être publié[100] dans des conditions définies et aura pour conséquence une contraction des délais[101]. Ce pré-avis en droit interne n'avait de conséquence que pour les marchés de seuil communautaire pour lesquels il est obligatoire. Selon l'instruction d'application n° 39.1, « *le code confère un caractère impératif à l'avis de pré information communautaire à partir de seuils spécifiques qui sont les seuils de publicité européenne* ». Or, avec l'alignement des seuils français à ceux du droit communautaire, il survient une contradiction: le caractère facultatif en France et obligatoire dans l'Union pour les mêmes marchés ; et surtout l'effet de contraction des délais lorsqu'il est réalisé en France. Alors, on peut s'interroger sur le point de savoir si la publication de l'avis de pré information d'un appel d'offres ouvert, obligatoire au Journal Officiel de l'Union Européenne pour ces

---

[100] Art. 39 du CMP « l'envoi de cet avis n'est obligatoire que lorsque la personne responsable du marché a recours à la faculté de réduire le délai de réception des offres ».

[101] Le délai restreint grâce à la publication de l'avis de pré-information est de 22 jours minimum ; il se substitue au délai de 52 jours de l'appel d'offres ouvert (art. 57-II CMP), de 40 jours de l'appel d'offres restreint (art. 62-II CMP) et de 37 jours pour les marchés négociés entre 230.000 et 5.900.000 € HT (art. 65 CMP)

marchés, entraînera *ipso facto*, une contraction des délais en France? Il y a là une contradiction manifeste. Le droit communautaire prévalant, la disposition française devrait être neutralisée.

Cet avis « *a pour objet de permettre aux entreprises de mieux préparer leur soumission en contactant les pouvoirs adjudicateurs et en disposant de divers renseignements relatifs aux marchés susceptibles de les intéresser de même qu'à nouer des relations avec d'autres entreprises pour constituer des groupements momentanés*[102] ». Il ne répond pas ainsi aux mêmes objectifs que l'AMP bien qu'il produise les mêmes effets. Toutefois, le pré-avis doit comporter l'identification de l'entité, l'objet du marché, la date provisoire d'ouverture de la procédure, les autres renseignements utiles et la date d'envoi au JOCE.

85. — L'AMP prévoit également cette hypothèse, seulement l'avis séparé doit avoir été publié entre les 40 jours et les 12 mois précédents l'invitation à soumissionner[103]. Cet avis séparé doit comporter le plus de mentions possibles de l'invitation à soumissionner, les renseignements de l'avis résumé obligatoire portant mention dans une des langues officielles de l'OMC de l'objet du marché, du délai de présentation et des adresses où se procurer les documents relatifs au marché. Il devra également mentionner que le fournisseur doit communiquer son intérêt à l'entité et à la personne ou le service en contact avec l'entité auprès duquel des renseignements additionnels peuvent être demandés[104].

86. — Cet avis préalable est dans les deux hypothèses assorti d'une contraction des délais de soumission. Donc, si le candidat a plus de temps pour organiser et élaborer son offre, ce temps est corrélativement réduit dans le cours de la procédure de passation. De plus, certaines critiques ont fait part du fait que certains marchés ne peuvent être précisément définis tôt, si bien que des modifications de définition peuvent survenir, rendant l'intérêt de la pratique dérisoire car « *on ne peut pas*

---

[102] *Code des Marchés Publics commenté et annoté:Litec*, note Llorens et Soler-Couteaux sous art. 382, 1999, p. 1000

[103] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 363

[104] Art. XI.3.a) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

contraindre un pouvoir adjudicateur à donner des informations dont il n'a pas encore nécessairement la maîtrise[105] ».

87. — Le pré-avis affectant d'incertitude l'objet du marché présente un intérêt pour l'entité en ce qu'en droit interne et dans l'AMP, il est alors prévu une contraction des délais de soumission, à la condition, en droit interne, qu'aucune modification entre les deux avis ne soit intervenue. Ainsi des 36 jours de l'appel d'offres ouvert de seuil communautaire, on passe à 26 jours. Pour l'AMP, le délai de 40 jours passe à la formule de « *délai suffisamment long pour permettre aux intéressés de présenter des soumissions valables et qui, en règle générale, ne sera pas inférieur à 24 jours, mais qui ne sera en aucun cas inférieur à 10 jours*[106] ».

II. — LA COMMUNICATION PAR VOIE ELECTRONIQUE

88. — Le développement des nouveaux moyens de communication n'est pas envisagé dans les instruments internationaux mais constitue un facteur à appréhender en ce qu'il abolit les frontières physiques et dont l'expérience en a, par ailleurs, été faite en France.

89. — Ce mouvement est insufflé par les directives européennes n° 2000-31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et n° 1999-93 du 13 décembre 1999 sur le cadre juridique de la signature électronique, transposés par la loi n° 2000-30 du 10 mars 2000 relative à l'écrit et à la signature électronique. Concernant notre sujet, les dispositions afférentes sont situées à l'article 56 du Code des Marchés Publics. En effet, celui-ci prévoit que l'avis et les offres peuvent être transmis par voie électronique, sauf interdiction explicite dans l'avis laquelle ne saurait plus être possible à compter du 1er janvier 2005.

90. — Dès lors, peuvent être mis en ligne les règlements de consultation, lettre de consultation, cahier des charges, documents et renseignements complémentaires utiles, identiquement à ceux figurant sur le support papier.

---

[105] Madame BRECHON-MOULENES, *Droit des Marchés Publics*, t.1, III.320.1, p. 9

[106] Art. XII.3.a) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

91. — Si l'avis d'appel public à la concurrence le prévoit[107], les offres peuvent être transmises par voie électronique et la signature doit être certaine et conforme à l'article 1316 du Code Civil. L'envoi peut se faire en un ou deux envois dans un délai de 24 heures. Ce sera la date de réception de la signature électronique qui comptera. Le cumul de soumission électronique et sur support papier ne sera pas possible[108].

92. — Toutefois, ce report à 2005 du principe de la procédure dématérialisée est motivé par le faible équipement des collectivités. Si le JOCE et le BOAMP sont accessibles sur Internet, la procédure de passation reste hors du processus et procède par support papier. Cependant, « *cette dématérialisation ouvre des perspectives intéressantes en termes d'économie de moyens, d'ouverture de la concurrence et d'efficacité*[109] »

93. — Effectivement, la principale critique à la publication papier était l'audience nécessairement limitée aux lieux de diffusion qui restreignait de fait le libre accès à la commande publique par défaut d'information. La mise en ligne des documents et informations utiles, assortie de l'échange de données constituerait une ouverture substantielle à la concurrence internationale, et donc à l'égalité entre soumissionnaires, puisque le propre de l'Internet est la diffusion immédiate et mondiale. Dès lors, l'accès à l'information du marché public est facteur d'ouverture et l'échange des données permettrait le traitement dans des conditions identiques du soumissionnaire local et du soumissionnaire étranger. L'ouverture ainsi initiée offre une facilité d'accession à l'information au soumissionnaire étranger qui peut donc trouver les avis effectivement et en temps utiles. Ainsi, de quelque origine que soient les soumissionnaires, ils se trouvent dans la même situation que s'ils étaient sur les lieux, sur ce point.

94. — Cette dématérialisation de la procédure est un mouvement de notre droit qui participe de la multilatéralisation des échanges, et lève certaines entraves pratiques à la mise en œuvre d'une concurrence internationale.

---

[107] Décret n° 2002-692 du 30 avril 2002: http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=2494&indice=1&table=CONSOLIDE&ligneDeb=1

[108] Jérôme MICHON, *La nouvelle réglementation des marchés publics: Le Moniteur*, 2002, p. 216

[109] G. CHATILLON, *Administration électronique et services publics: AJDA*, juil-août 2001, p. 617

SECTION 2. — L'ORGANISATION DE L'OFFRE

95. — Le besoin de l'administration est donc exprimé de façon neutre et explicative afin que tous les soumissionnaires puissent présenter leurs arguments. De ce traitement égalitaire, ceux-ci vont tacher de rompre l'égalité de traitement afin de se différencier les uns des autres et à cette fin, ils disposent de plusieurs moyens axés sur la complémentarité et l'abaissement des coûts. Ils cherchent donc la différenciation de leur offre par son optimisation concurrentielle (§1) mais tout en présentant des garanties qualitatives à l'administration (§2).

PARAGRAPHE 1. — LA RECHERCHE D'OPTIMISATION DE L'OFFRE

96. — Une fois informé du besoin de l'administration, l'entrepreneur ou fournisseur intéressé qui a les capacités d'y répondre et de formuler une offre compétitive, formule sa soumission. Mais il peut très bien s'associer à d'autres entrepreneurs, complémentaires, afin d'élaborer une proposition répondant à la globalité du marché qu'il ne peut seul satisfaire (I). Mais la pratique révèle que, dans le cadre des appels d'offres internationaux ou des marchés de valeur élevée, ce sont principalement des entreprises ayant une surface financière conséquente qui y participent, c'est-à-dire des sociétés souvent multinationales (II) qui ont, par la diversité de leur activité, une flexibilité et une réactivité plus grande. Dès lors, il est possible d'avancer que les concurrents ne sont pas sur un strict pied d'égalité factuelle, même si les contraintes sont identiques.

I. — LA SOUMISSION INDIVIDUELLE OU PLURALE

97. — Le soumissionnaire classiquement sera un entrepreneur ou un fournisseur, intéressé par l'avis d'appel d'offres, qui prendra l'initiative d'y répondre et éventuellement de sous-traiter la part de marché qu'il ne peut réaliser (A). Toutefois, en raison de l'intensification de la concurrence, de la spécificité de certains marchés

ainsi que de l'avance financière dont il faut parfois faire preuve, ceux-ci recourent de plus en plus au regroupement d'entreprises ponctuel (B).

A. — LA PERCEPTION CLASSIQUE DU SOUMISSIONNAIRE

98. — Le destinataire de l'avis à la concurrence est principalement un entrepreneur ou un fournisseur individuel. Toutefois, compte tenu de la complexification des besoins et l'envergure de certains marchés, la taille moyenne des entreprises ne permet pas qu'elles y répondent seules. Elles s'organisent donc afin de compléter leurs compétences.

99. — L'initiative peut émaner d'un entrepreneur. Dès lors qu'il répond aux conditions spécifiées, un entrepreneur peut se porter candidat au marché. Le candidat doit répondre, tant dans les instruments internationaux qu'internes, à certaines qualités de probité. La candidature isolée est celle de principe et celle naturellement retenue par les opérateurs économiques.

100. — Toutefois, l'administration peut fractionner le marché par l'allotissement qui offre une accessibilité supplémentaire aux PME (petites moyennes entreprises) mais aussi une concurrence accrue[110]. Cependant, à cette décision, « *le pouvoir discrétionnaire de l'acheteur public reste entier ; il n'est pas possible à une petite entreprise qui ne peut fournir qu'une partie des prestations de forcer l'administration à diviser le marché au motif que seules les plus grosses entreprises sont en état de répondre*[111] ».

Les instruments internationaux n'envisagent pas cet allotissement, ce fractionnement du marché public dans les procédures normalisées proposées. Toutefois, il est possible de recourir à la sous-traitance même si cela n'est pas textuellement prévu.

101. — Il peut être recouru à la sous-traitance. En effet, l'attributaire aura élaboré une offre couvrant l'ensemble du marché et en sera le titulaire, mais il est parfaitement

---

[110] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 367, n° 556

[111] Laurent RICHER, *Op. Cit.*, p. 367, n° 556

envisageable que ce dernier recourt aux services d'une autre entreprise afin de couvrir une part du marché. En France, la sous-traitance est un droit et est régulée dans ce cadre. L'article 1er de la loi du 31 décembre 1975, modifiée par la loi MURCEF, relative à la sous-traitance dispose que « *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ». Dès lors, la sous-traitance du marché public ne peut être que partielle, sans quoi aurait lieu un détournement de procédure, vidant l'attribution de sa substance, en confiant l'exécution totale à une entreprise n'ayant pas fait acte de candidature. Déjà, en 1997, la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux avait interdit le recours à la sous-traitance totale et précisé qu'elle justifiait une résiliation du marché, sans indemnité au profit de l'entrepreneur principal[112].

102. — La sous-traitance est, de plus, réservée aux marchés de travaux et/ou de services. L'entreprise peut déclarer la sous-traitance à tous les stades de la procédure ainsi qu'en cours d'exécution. Dans la mesure où la déclaration de sous-traitance[113] aura été réalisée avant la notification, cette dernière vaut acceptation de celle-ci et agrément des conditions de paiement. Dans le cas contraire, l'attributaire devra procéder à l'acceptation de celle-ci[114].

En cas de rejet du sous-traitant, l'entreprise peut lui en substituer un autre ou modifier les conditions de paiement si ce sont celles-ci qui ont été refusées. Toujours est-il que ce recours doit être accepté par l'acheteur public et offre une accessibilité aux marchés publics en complétant les compétences ou capacités de l'attributaire et lui permettre d'atteindre une autre finalité.

103. — L'attributaire demeurant en tous cas celui ayant fait acte de candidature, cet acte de candidature n'est pas un simple acte de participation. Les soumissionnaires ont la volonté d'obtenir le marché, d'autant plus qu'il a des retombées commerciales par le

---

[112] CAA Bordeaux, 15 déc. 1997, *Soc. Thermotique: Rec.*, p. 581

[113] André CHAMINADE, *Loi "Murcef": les nouvelles règles relatives aux marchés publics et à la commande publique: JCP G*, 2002.act.273

[114] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., pp. 213 et s., nos 941-946

prestige attaché à certains marchés et un moyen de pénétration du marché local encore peu ouvert.

De plus, l'obtention du marché public place l'entrepreneur vis-à-vis de la concurrence. En effet, si les offres sont parallèles et anonymes à la soumission opérant le cloisonnement des concurrents entre eux, il n'en demeure pas moins que les rivalités existantes sur le marché privé persistent et même s'y importent. Rares sont les marchés publics où l'on ne retrouve pas les principaux concurrents, quelque soit leur envergure, si bien que la participation de l'un peut suffire à la participation de l'autre. Alors, la question ne réside pas uniquement dans l'obtention du marché, mais encore dans celle de ne pas le laisser au concurrent.

104. — Cependant, certaines procédures se fondent sur une mise en concurrence moins anonyme mais encadrée strictement. Ce sont donc des procédures subjectivées en ce qu'elles s'adressent à des entrepreneurs ou fournisseurs recherchés par l'acheteur public et rappellent les marchés sans formalités préalables du droit interne.

B. — LA FORME MODERNE DU SOUMISSIONNAIRE

105. — Ainsi qu'il vient d'être envisagé, le soumissionnaire convoite d'être celui sélectionné, et certaines procédures sont davantage subjectivées que l'appel d'offres ouvert ou restreint, à son profit ou à son défaut. Toujours est-il que l'objet des marchés publics tend à se complexifier et l'initiative isolée d'un entrepreneur à être moins viable compétitivement. Dès lors, les limites de la sous-traitance apparaissent: l'entrepreneur ne peut formuler une offre globale, et il convient d'associer les compétences afin de remporter le marché: le groupement se révèle plus judicieux: « *on peut distinguer la co-traitance de spécialité de la co-traitance de capacité* [115] ». De là, « *l'objectif recherché est alors de proposer au maître d'ouvrage des compétences techniques, une surface financière et des moyens matériels et humains en rapport avec l'importance du projet*[116] » par la complémentarité ou le renforcement de la puissance économique, mais aussi pour diviser les risques. Aussi,

---

[115] Valdo ROULET, Marché public: les groupements momentanés de prestataires: Gaz. Pal., 18-20 mai 2003, p. 16

[116] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 215, n° 947

en France, « *la personne publique qui passe le marché ne peut donc refuser des candidatures ou des offres au seul motif qu'elles sont présentées en groupement momentané de prestataires, elle ne peut non plus imposer le principe du groupement*[117] ».

1. — LES FORMES DE SOUMISSION

106. — Le *"groupement momentané de prestataires"* peut être défini comme « *le contrat par lequel deux (ou plus) candidats à l'obtention d'un marché public règlent les conditions dans lesquelles ils présenteront leur(s) offre(s) et exécuteront le marché s'il est obtenu* [118] ». Son recours n'est pas affirmé comme celui à la sous-traitance par la loi, toutefois il est reconnu sous réserve des règles relatives à la liberté des prix et de la concurrence[119]. Elle est admise en droit interne, par l'article 51-I du CMP, qui dispose que les « *entreprises peuvent présenter leur candidature ou leur offre sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint* » mais les instruments internationaux demeurent silencieux à cet égard. Compte tenu de la pratique courante de cette collaboration, il importait de l'envisager.

Donc, « *les candidats potentiels sont libres de leur choix. La personne publique ne peut que préciser la forme du groupement qu'elle exigera après l'attribution du marché*[120] ».

107. — Les partenaires, après mise en relation, peuvent alors prendre la forme contractuelle ou sociétaire. Initialement, seul un lien contractuel les réunira formant un joint-venture[121]. L'objectif déterminé les réunissant, les participants préféreront au contrat à durée indéterminé, le contrat à « *moyenne durée avec clause de prorogation*

---

[117] Valdo ROULET, *Marché public: les groupements momentanés de prestataires: Gaz. Pal*., 18-20 mai 2003, p. 16

[118] *Ibid.*

[119] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 216, n° 948

[120] Valdo ROULET, *Marché public: les groupements momentanés de prestataires: Gaz. Pal.*, 18-20 mai 2003, p. 16

[121] *Joint-venture*: expression du langage économique dont les instruments juridiques de réalisation sont divers ; de « *venture* »: terme juridique anglo-saxon désignant l'entreprise au sens où elle est conçue par la tradition civiliste, l'accent étant mis sur la notion de risque ; *In* J-M Mousseron *et alii*, *Droit du commerce international: Litec*, 2e éd., 2000, pp. 344-345, n° 812 et 814

tacite ou de longue durée et clauses facilitant une résiliation anticipée[122] ». Les parties règlent un partage égalitaire des pouvoirs, moyens, autorités de gestion et des responsabilités qui se maintient en cas de passage à la forme sociétaire[123].

108. — Le terme *"'joint-venture"* désigne à la fois la structure nouvelle créée par les partenaires et l'accord qui la créée[124] . Il se compose d'un accord de base et d'accords satellites[125]. Les accords satellites concerneront les relations avec les tiers ou la constitution d'une structure sociétaire. L'accord de base sera doté d'un très fort *intuitu personae* assorti de clauses de modification des parties en cours de contrat, qui, en l'espèce, devront être très restrictives afin de réaliser le marché dans les termes fixés avec l'administration tout en permettant l'entrée de participants pour les éventuelles adaptations du marché. De plus, l'accord de base se couple à « *une obligation générale de loyauté, "fiduciary duty" ou "animus cooperandi", de degré sensiblement plus élevé que celle qui découle, par exemple, de l'article 1134, alinéa 3 du Code Civil ; en résultent de nombreuses clauses de non-concurrence*[126] ». L'entrepreneur-partie ne devant plus pouvoir participer à un groupement concurrent au même appel d'offres[127]. Ce sont donc des relations de confiance et de secret qui se nouent entre des partenaires liés sur un strict pied d'égalité[128].

Dès lors, les parties devront désigner un mandataire commun, lié par un contrat de mandat aux parties, et qui sera l'interlocuteur de l'administration[129] et sera habilité à signer les documents du marché en leur nom[130]. A défaut, chacune devra procéder à la

---

[122] Régis FABRE, Jean-Marc MOUSSERON, Jean-Luc PIERRE et Jacques RAYNARD, *Droit du commerce international: Litec*, 2e éd., 2000, p. 346, n° 820

[123] Régis FABRE, Jean-Marc MOUSSERON, Jean-Luc PIERRE et Jacques RAYNARD, *Op. Cit.*, p. 346, n° 819

[124] Pierre-Alain GOURION et Georges PEYRARD, *Droit du commerce international: LGDJ*, 2001, p. 86

[125] Régis FABRE, Jean-Marc MOUSSERON, Jean-Luc PIERRE et Jacques RAYNARD, *Op. Cit.*, p. 348, n° 825

[126] Régis FABRE, Jean-Marc MOUSSERON, Jean-Luc PIERRE et Jacques RAYNARD, *Op. Cit.*, p. 347, n° 833

[127] Valdo ROULET, *Marché public: les groupements momentanés de prestataires: Gaz. Pal*., 18-20 mai 2003, p. 17

[128] Pierre-Alain GOURION et Georges PEYRARD, *Droit du commerce international: LGDJ*, 2001, p. 87

[129] Valdo ROULET, *Marché public: les groupements momentanés de prestataires: Gaz. Pal.*, 18-20 mai 2003, p. 18

[130] CE, 14 déc. 1988, *EPA de St Quentin en Yvelines: Rec*. Tables, p. 891

signature[131]. En tous les cas, chacune des entreprises doit satisfaire aux exigences de l'appel d'offres[132]. Par ailleurs, un même prestataire « *ne peut être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché* [133] ».

Il s'agit donc « *d'uns structure assez souple accessible aussi bien aux grands groupes qu'aux sociétés plus modestes* [134] ». A l'accord de base, les parties peuvent opter pour la forme sociétaire, qu'ils voudront simple et légère afin de servir de cadre à leur coopération.

109. — La société en participation peut aussi être constituée afin de remporter le marché et présente les qualités de légèreté et de flexibilité pour l'opération envisagée qui est une collaboration sur un objectif déterminé. Dès lors, les partenaires seront dispensés d'immatriculation, et le groupement dépourvu de personnalité morale. Elle confère une discrétion prisée sauf auprès de l'administration fiscale auprès de laquelle elle doit être déclarée.

L'administration ne traite alors qu'avec le gérant, représentant de la société et évitant la requalification jurisprudentielle du mandataire en représentant. Ce gérant « *agit comme s'il était seul et répartit ensuite les tâches et les bénéfices entre les entreprises membres*[135] ».

Cette forme se rapproche de la technique contractuelle davantage que de la technique sociétaire, les associés pouvant fixer librement l'objet, la répartition des gains et des pertes, les modalités de fonctionnement et donc offrir un cadre aux entreprises soumissionnaires[136].

Toutefois, ce partenariat ne doit devenir un instrument de pratique anti-concurrentielle par la constitution, au final, d'une entente, prohibée par notre droit.

---

[131] Valdo ROULET, *Marché public: les groupements momentanés de prestataires: Gaz. Pal.*, 18-20 mai 2003, p. 19

[132] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., p. 217, n° 950

[133] Valdo ROULET, *Marché public: les groupements momentanés de prestataires: Gaz. Pal*., 18-20 mai 2003, p. 19

[134] Pierre-Alain GOURION et Georges PEYRARD, *Op. Cit.*, p. 87

[135] Yves GUYON, *Droit des affaires: Economica*, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, t.1, 11e éd., p. 559, n° 515

[136] *Ibid*.

2. — LA LIMITE DE L'ENTENTE

110. — L'interdiction des ententes repose sur le faussement de la concurrence qu'elle provoque. L'entente introduit une rupture d'égalité entre ses membres et les autres concurrents et « *il n'est pas nécessaire que l'action prenne la forme d'un accord générateur d'obligations* [137] ». L'article 81 du Traité de Rome dispose que « *les accords entre entreprises, les décisions d'association d'entreprises et les pratiques concertées sont interdits et incompatibles avec le marché commun dès l'instant où elles restreignent la concurrence* ». Est donc une entente un contrat entre concurrents (accord horizontal) ou entre non-concurrents (accord de distribution qualifié d'accord vertical)[138].

111. — Sont principalement visés relativement aux marchés publics, les groupements d'intérêt économique dans leurs décisions contraignantes sur le comportement des participants ; « *par exemple, la constitution d'un GIE [Groupement d'Intérêt Économique] entre concurrents en vue de répondre aux appels d'offres et de coordonner les offres peut être justifier pour des considérations techniques* [139] ». Ce sont les associations d'entreprises. Elles ne sont pas prohibées en elles-mêmes[140] : le droit communautaire « *considère que la constitution d'une société, d'une association ou d'un groupement commun n'est pas a priori anticoncurrentiel* [141] ».

112. — Ce sont leurs décisions qui sont appréhendées, dans la mesure où elles faussent la concurrence[142]. Aussi, « *un faussement de la concurrence peut résulter soit des statuts eux-mêmes qui obligent les membres à adopter un certain comportement, soit d'une décision ultérieure des organes de direction qui s'impose à l'ensemble de ses adhérents*[143] ». Ce n'est donc pas dans l'association que se trouve l'atteinte à la

---

[137] Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence: Armand Colin,* 2e éd., 2003, p. 154, n° 296

[138] Arrêt de principe: CJCE, 13 juil. 1966, *Grundig et Consten: Rec.*, p. 429

[139] Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence: Armand Colin,* 2e éd., 2003, p. 157, n° 303

[140] Philippe ICARD, *Droit matériel et politique communautaire : Eska*, 1999, p. 366

[141] Marie MALAURIE-VIGNAL, *Op. Cit.*, p. 157, n° 305

[142] Philippe ICARD, *Op. Cit.*, p. 369

[143] Christian GAVALDA et Gilbert PERLEANI, *Traité de droit communautaire des affaires: Litec*, 1992, p. 464, n° 541

concurrence « *mais dans un comportement qui échappe à toute règle formelle*[144] » livrant une appréciation extensive de la notion de décisions d'association d'entreprises. Dans l'hypothèse de la société en participation, ses décisions contreviendraient dans la mesure où elle s'immisce dans la gestion, le comportement de sociétés ou entreprises associées et donc de la fonction de coordination parviendrait à une fonction de direction. Dans cette dernière hypothèse, seule une appréciation casuistique, *in concreto*, peut s'effectuer. La pratique sanctionnée sera celle de la prescription d'un comportement déterminé aux participants.

113. — Les accords sont aussi concernés. Les accords d'entreprise sont donc les relations contractuelles entre entreprises, tel le *joint-venture*. La Commission en fait une appréciation *in concreto*, l'objectif « *étant de déterminer si l'activité économique exercée entrave la concurrence*[145] ». La notion d'accord recense toute forme de contrat civil ou commercial, quelles qu'en soient la forme et la force contraignante. En ce qui nous concerne, la CJCE a adopté une position pragmatique face à ces accords momentanés et considéré qu'ils « *maintiennent la coexistence entre les entreprises qui y sont parties, et donc leur éventuelle situation de concurrence*[146] », c'est donc la finalité et son effet ou non anti-concurrentiel qui est apprécié, non la substance de l'accord. Il ne doit donc pas aboutir à une répartition des marchés: participation de l'un contre renonciation de l'autre à candidater à un autre marché,..., ni à s'immiscer dans l'évaluation de sa part de marché d'une des parties: obligation de se fournir auprès d'un fournisseur déterminé,... Peuvent, par contre, être prescrites les exigences de l'appel d'offres qui ne sont pas restrictives, mais pro concurrentielles: le but étant l'obtention du marché public.

114. — La prohibition des ententes sanctionne les pratiques concertées. Elles ne prennent pas la forme d'un accord mais d'une simple coordination des entreprises « q*ui s'extériorise par le comportement des participants* [147] » adoptant une pratique

---

[144] Christian GAVALDA et Gilbert PERLEANI, *Traité de droit communautaire des affaires: Litec*, 1992, p. 464, n° 541

[145] Philippe ICARD, *Droit matériel et politique communautaire : Eska*, 1999, p. 367

[146] Christian GAVALDA et Gilbert PERLEANI, *Op. Cit.*, p. 464, n° 541

[147] CJCE, 14 juil. 1972, *Matières colorantes: Rec.*, p. 619

commune[148]. Ce peut être la répartition des marchés publics entre les entreprises. La concurrence induisant l'autonomie, la jurisprudence communautaire considère que « *cette exigence d'autonomie [...] s'oppose [...] rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre les concurrents, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur un marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à [...] tenir soit même sur le marché* [149] »

115. — Toutefois, et même s'il y a entente, celle-ci peut bénéficier d'exemptions au titre de l'article 81 §3 du Traité. A cela, il faut remplir quatre conditions: la promotion du progrès technique, le partage du profit avec l'utilisateur, le caractère indispensable et proportionné de l'entente, et le maintien d'une concurrence effective et suffisante sur le marché concerné[150]. En l'espèce, le marché concerné sera le marché public de travaux, par exemple, et la concurrence sera effective et suffisante par l'existence d'offres alternatives[151] à celle soumise par l'entente. Elle présentera un caractère indispensable et proportionné par la nécessité de soumissionner à la réalisation d'un marché, à laquelle une entreprise, seule, ne peut candidater. Cela, dans la mesure des compétences complémentaires requise, et assortie d'une offre raisonnable. Le prix ne doit pas être augmenté artificiellement de ce fait.

116. — Cependant, la Commission a dressé une liste des ententes présumées ne par porter atteinte à la concurrence. Ce sont les accords admis. Parmi ceux-ci, l'on trouve les accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises[152]. Ainsi échappent à la prohibition de l'article 81 du Traité de Rome « *l'échange d'opinion ou d'expérience, l'étude en commun de marchés, la réalisation en commun d'études comparées sur les entreprises et les secteurs* ». Cette tolérance résulte de la conscience de la réalité du tissu économique au sein de

---

[148] Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence: Armand Colin,* 2e éd., 2003, p. 155, n° 298

[149] CJCE, 16 déc. 1975, aff.: 40/73, *Suiker Unie: Rec*., p. 1663

[150] Marie MALAURIE-VIGNAL, *Op. Cit.*, p. 202, n° 408

[151] A défaut, l'entente ne doit avoir pour but de constituer un monopole mais résulter des nécessités de la réalisation du marché

[152] Communication de la Commission, 29 juil. 1968: *JOCE*, C.75, 29/07/68, rectifié le 8/08/68, C.84

l'Union Européenne constitué, pour beaucoup, de PME[153] dont il ne fallait pas bloquer les capacités d'extension. Autrement, les groupements d'entreprises peuvent tomber sous le coup de la prohibition dont la démarcation est subtile.

117. — La limite est donc ténue entre l'entente et le *joint-venture* ou la société en participation ; elle se situera entre la coordination et la prescription. La prescription induisant une domination de l'une d'elle, tandis que lors d'une coordination, chaque participant conserve son autonomie et donc est conservée l'égalité entre eux.

118. — Bien que la co-traitance soit possible et pratiquée, il n'en demeure pas moins une incertitude quant à sa validité juridique même si la CJCE fait montre, à l'égard des PME, d'une certaine souplesse. Celle-ci peut néanmoins évoluer au fil du temps, si bien que la soumission des sociétés multinationales, déjà filtrées par le droit de la concurrence, est plus lisible et cette structure offre une adaptabilité conséquente. Ainsi, si le groupement à une certaine échelle est assuré de ne pas tomber sous le coup de la prohibition ; il n'en demeure pas moins que sur un oligopole, il devient plus fragile sans pour autant que les entreprises concernées soient d'une envergure importante, à l'inverse de la société multinationale. Dès lors, les combinaisons de rupture de l'égalité des soumissionnaires sont soumises à des contraintes afin que cette rupture ne soit pas déloyale.

II. — LA SYNTHESE DES CES FORMES: LA SOCIETE MULTINATIONALE

119. — Le principal avantage de la société multinationale est d'avoir la capacité de puiser au sein des ressources internes du groupe qui peuvent être de branches d'activités similaires ou complémentaires (A). Elles sont donc en mesure de proposer une offre répondant aux exigences requises sans faire appel à des intervenants extérieurs. Toutefois, celle-ci demeure contrôlée par la prohibition de l'abus de position dominante (B).

---

[153] *PME*: Petites Moyennes Entreprises

A. — LE RECOURS AUX RESSOURCES INTERNES

120. — La société multinationale est un phénomène ancien d'envergure. L'ONU, à l'heure actuelle en dénombre 37.000 avec 206.000 filiales[154]. Elle correspond à « *la création d'une entité, le groupe, constitué de sociétés juridiquement distinctes*[155] » et « *désigne toute forme d'activité d'une société exercée dans plusieurs pays par l'entremise d'autres sociétés, qui se trouvent soumises d'une façon ou d'une autre à la domination de la première et sont ainsi associées à la stratégie globale de celle-ci*[156] ».

121. — Le groupe peut donc être hétérogène, homogène ou même mixte. Toujours est-il qu'une de ses sociétés peut faire appel aux ressources internes du groupe afin pallier ses carences et remporter un marché. La diversité des activités du groupe offre ainsi une adaptabilité de la réponse qui sera soumise. Une société souhaitant répondre à un appel d'offres fera appel, davantage, aux sociétés du groupe plutôt qu'à des tiers. Elles entretiennent des relations privilégiées. Ainsi le groupe offre une flexibilité dans ses capacités à répondre à un appel d'offres.

La société multinationale est protéiforme, ce qui se manifeste dans ses réponses aux appels d'offres. Elle peut moduler ses offres en fonction de la demande exprimée. Ainsi, là où l'entrepreneur cherchera à compléter ses compétences, ce qui nécessite un certain temps, la multinationale aura une disponibilité de ressources qu'elle n'aura qu'à actionner. Cela illustre l'inégalité des armes commerciales des différents soumissionnaires.

122. — De plus, de par l'envergure de la structure du groupe, elle a à sa disposition une surface financière beaucoup plus grande que celle d'une entreprise classique et donc, est en mesure de faire l'avance de fonds nécessaire à la réalisation du marché. Ceci lui permet d'attendre le paiement qui n'interviendra qu'à la réception.

---

[154] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Droit du commerce international: Dalloz*, 2e éd., 2000, p. 19, n° 26, note 4

[155] *Ibid*.

[156] CA Paris, 31 oct. 1989, *Soc. Kis France: Rev. Arb.*, 1992.90

123. — La société multinationale est donc un phénomène croissant et constitue un élément de la concurrence à un marché public international d'importance en ce qu'elle a une réactivité aux besoins exprimés lui permettant de moduler sa réponse et une résistance financière l'assurant de pouvoir réaliser le chantier pour n'être payée qu'à terme. Ainsi, son activité est-elle offensive dans la mesure où elle dispose de ces arguments que les entrepreneurs classiques n'ont pas nécessairement. Il y a donc une inégalité structurelle des soumissionnaires.

B. — LES LIMITES DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

124. — Fruit de l'article 82 du Traité CE, la prohibition des abus de position dominante est d'applicabilité directe et peut ainsi être invoqué par chaque opérateur économique. La jurisprudence communautaire a rappelé que « *l'abus d'une position dominante n'est susceptible d'aucune exemption* [157] ». La caractérisation de l'abus de position dominante se place sur la détermination préalable du marché pertinent qui est de nature économique. Il y a lieu de penser, en l'espèce, que le marché public de travaux, par exemple, se distingue du marché privé. Par contre, celui de fournitures courantes s'en rapproche et y est assimilable. C'est à dire que la présence d'une personne publique contractante n'est pas en soi constitutif d'un marché spécifique. Celui-ci tiendra des particularités du besoin satisfait et du destinataire. Ainsi, le marché public de travaux répond à un besoin particulier, est soumis à des normes particulières de sécurité, constituant une réalisation spécifique. Il est certain que la collectivité publique est un des demandeurs principaux de ce genre de réalisations.

125. — Ainsi, le marché pertinent déterminé, ce n'est pas tant la position dominante qui sera sanctionnée mais l'abus de celle-ci, et ce, de façon objective. Elle se caractérise par « *le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs*[158] ». La position dominante est donc l'extraction de l'entreprise considérée de la situation de concurrence et du jeu du marché.

---

[157] TPICE, 8 oct. 1996, *Compagnie maritime belge: Europe*, 1996, n° 465, obs. Idot ; TPICE, 10 juil. 1999, aff.: T-51/89, *Tetra Pack: Rec.*, p. II.309

[158] CJCE, 14 févr. 1978, aff. 27/76, *United Brands C° c. / Commission: Rec.* 1978, p. 207, concl. Mayras.

Dès lors l'abus sera « *une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure du marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services entre opérateurs, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence*[159] », sachant que le juge insiste sur « *la concurrence au mérite*[160] ». L'abus de position dominante sera donc la tentation de l'élimination de la concurrence par l'exploitation de cette domination, sans recourir aux arguments de la compétition dans le marché. Il s'agit d'un comportement anormal et pour le déterminer, « *il faut rechercher si l'acte était nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise*[161] ».

126. — Or, la société multinationale peut tendre vers cet abus de position dominante par la concentration d'entreprises qui affecte la concurrence sur le marché, par les économies d'échelle réalisées, et la réactivité plus grande au besoin du marché public. Du silence du Traité de Rome, la CJCE a extrait, dans une affaire où la restructuration d'un groupe restreignait la marge de manœuvre des filiales, de « *l'esprit, l'économie et les termes de l'article 86, compte tenu du traité et des finalités qui lui sont propres*[162] » qu'il y avait abus de position dominante et que « *sur des plans différents, les articles 85 et 86 tendent au même objet, à savoir le maintien d'une concurrence effective dans le marché commun*[163] ». Depuis, un règlement de contrôle des concentrations est intervenu[164], rectifié par le règlement adopté par le Conseil de l'Union Européenne, le 30 juin 1997[165], entré en vigueur le 1er mars 1998.

---

[159] CJCE, 13 févr. 1978, aff. 85/76, *Hoffman Laroche: Rec.* 1979, p. 461

[160] CJCE, 21 oct. 1997, aff. 229/94, *Deutsche Bahn AG c. / Commission: Rec.*1997, p. II-3208

[161] Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence: Armand Colin*, 2e éd., 2003, p. 190, n° 382

[162] CJCE, 21 févr. 1973, aff. 6/72, *Europemballage et Continental Can C° Inc. c. / Commission: Rec*., 1973, p. 215, concl. Roemer

[163] CJCE, 21 févr. 1973, aff. 6/72, *Europemballage et Continental Can C° Inc. c. / Commission: Rec*., 1973, p. 215, concl. Roemer

[164] Règlement du Conseil, 21 déc. 1989, *n° 4064/89: JOCE*, n° L.395, 30/12/89, rectifié par n° L.257, 21/09/91

[165] Règlement du Conseil, 30 juin 1997:*JOCE*, n° L.180, 09/07/97, p. 1

127. — Ainsi, les soumissionnaires placés dans une égalité de traitement vont travailler à rompre cette égalité initiale en s'organisant et en s'associant afin de réaliser des économies et de s'adjoindre les compétences des meilleures entreprises mais, cela ne peut se faire que dans le cadre du droit de la concurrence: il s'agit alors d'optimiser un potentiel de soumission et non d'interférer cette mise en concurrence, l'effet de l'organisation doit se faire au niveau vertical par l'amélioration de l'offre et non horizontale par la neutralisation de la concurrence. Dans ce cadre, la société multinationale constitue un concurrent important qui dispose d'une adaptabilité aux exigences requises par l'administration, et par conséquent, fait apparaître des inégalités structurelles entre les soumissionnaires qui produisent des effets dans la concurrentialité de l'offre.

PARAGRAPHE 2. — LES GARANTIES DU SOUMISSIONNAIRE

128. — Le soumissionnaire doit également présenter des qualités professionnelles et financières afin de garantir de la bonne exécution du marché, dont la surface financière fait justement partie.

129. — L'article 6 de la Loi-type et l'article VIII de l'AMP[166] concernent les qualifications des fournisseurs. L'AMP laisse l'entité déterminer les conditions de participation tout en adjoignant que ces critères doivent être publiés et ainsi, communiqués aux intéressés afin qu'ils puissent accomplir les formalités de qualifications[167]. Les conditions posées doivent se limiter à celles « *indispensables pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le marché en question* », l'usage de ces critères ne doit pas constituer un moyen de discrimination entre le soumissionnaire national et celui d'un État-partie à l'Accord. La Loi-type pose quelques critères de qualification, devant également être communiqués en début de procédure, proches du droit interne[168] ; à savoir, « *posséder les qualifications et les*

---

[166] Art. VIII de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe ;* art. 6 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[167] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 358

[168] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 195, n° 901

compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience, la réputation et le personnel nécessaires pour exécuter le marché ». Il est intéressant de relever que la réputation soit un des critères[169] mais il s'inscrit dans un souci de permettre aux gouvernements « *d'obtenir les prix compétitifs et la qualité que l'on peut attendre d'un marché passé à l'échelon international*[170] ». Mais, ainsi qu'en droit interne, « *les justifications demandées ne doivent pas être disproportionnées par rapport à l'objet du marché ; elles doivent être simplement appropriées à celui-ci*[171] ». Pour les certifications professionnelles, afin de ne pas être un obstacle à l'accès à la commande public ou discriminante, les entreprises doivent, en France, pouvoir produire des certifications équivalentes[172]. Ce n'est que le défaut de références équivalentes, ou le mensonge sur celles-ci, qui vaudra rejet de la candidature. Les certificats doivent être officiels et pour les soumissionnaires étrangers à un marché public en France, ils doivent être établis en langue française[173], c'est à dire que doivent être fournies la copie certifiée conforme et la traduction légalisée.

130. — De façon identique, sera exclue ipso facto l'entreprise qui ne s'est pas acquittée de ses obligations fiscales et sociales ou ayant fait l'objet d'une condamnation pénale liée à la conduite professionnelle. En effet, celle-ci disposant de moins de charges rompt l'égalité des charges intégrées dans l'offre soumise

131. — Toutefois, la Loi-type va plus loin que le droit interne en précisant qu'elle écarte les entreprises en liquidation judiciaire, elle permet d'écarter une entreprise dès lors qu'elle présente des difficultés. Le soumissionnaire doit donc être en parfaite santé financière afin de protéger les deniers publics opérée par l'éviction du risque.

La vérification des qualifications du fournisseur ou entrepreneur consiste à s'assurer des garanties de celui-ci quant à ses capacités à réaliser le marché. Elles

---

[169] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 359

[170] Règlement du Conseil, 30 juin 1997:*JOCE*, n° L.180, 09/07/97, p. 1

[171] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 205, n° 923

[172] CAA Lyon, 26 avr. 1999, *SIVOM du Tricastin c. / Préfet de la Drôme: BJCP*, 2000, p. 13, n° 8

[173] Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française

correspondent également à l'intégrité de la concurrence et à l'égalité puisqu'en tel cas, l'entreprise serait en mesure de fausser le jeu de la concurrence par des charges inférieures à celles des autres.

132. — Les pièces peuvent, en France, n'être produite qu'ultérieurement, auquel cas, l'attribution ne sera définitive qu'une fois les pièces remises[174]. A défaut, l'offre placée en seconde place obtiendra le marché. Cette aménagement tient compte du temps nécessaire à l'obtention de ces justifications tout en considérant que la non production laisse planer une suspicion quant à leur existence. Dès lors, un marché public ne saurait être attribué à un candidat ne respectant pas le jeu d'une concurrence loyale et le non-respect de ses obligations lui octroyant un avantage concurrentiel par un dégagement de ses charges, ce comportement fausserait le jeu de la concurrence. Dès lors, l'égalité entre les soumissionnaires serait rompue.

133. — Les soumissionnaires ont donc un droit à l'égalité de traitement mais ont aussi des devoirs: justifier de leurs compétences. Aux attentes des soumissionnaires de l'entité, celle-ci exige d'eux des garanties avant de contracter.

[174] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas,* 1re éd., 2001, p. 200, n° 913

CONCLUSION CHAPITRE 1

134. — Si, préalablement à l'appel d'offres, se développe une phase de gestation, au cours de celle-ci se produisent déjà des manifestations d'inégalités. Les différences de développement des différents États induisent une plus faible liberté d'initiative pour les moins riches d'entre eux qui ont à programmer leur développement et justifier de l'opportunité et de la justesse de leur projet. En effet, les systèmes d'aides ou de prêt se doublent naturellement d'un examen de l'utilisation des fonds ainsi mis à disposition. Dès lors, les États capables de s'autofinancer au moyen de leur imposition locale sont-ils plus libres de décider des destinations plus globales de leurs appels d'offres. Il apparaît donc des différences entre personnes publiques acheteuses, initialement, à la manifestation du besoin.

135. — Mais ce constat doit être sans incidence dans les relations à la concurrence. En effet, l'égalité de traitement se traduit dans un premier temps, par l'égal accès à l'information que le support électronique peut parfaire. En effet, les informations mises en ligne présentent la qualité d'être fournies en temps réel et sans frontières physiques, si bien qu'elle permet d'élargir l'audience nécessairement limitée géographiquement de la publication papier. De plus, la possibilité de soumissionner par voie électronique réduit les délais postaux internationaux et les risques de perte des documents. Dès lors, le support électronique est un instrument d'internationalisation des soumissions dans la mesure où il ôte certains obstacles physiques et permet de communiquer en temps réel dans une procédure dont les délais sont de rigueur. Dès lors, une plus grande égalité entre les candidats peut en surgir, ne retenant que des différences relatives au fond des offres.

136. — Mais à l'égalité initiale des candidats, matérialisée par une publicité commune à tous les soumissionnaires qui disposent de ce fait d'une communauté d'instruments sur lesquels ils élaborent leur offre, les candidats vont chercher à se différencier dans une démarche d'optimisation de l'offre. Se réuniront autour d'une même offre, des entreprises d'activité complémentaires ou en renforcement de capacités qui vont travailler à remporter le marché. En effet, l'anonymat de la procédure et la discrétion font l'ignorance des offres des autres mais non l'ignorance des autres candidats. Le marché public importe bien souvent les rivalités du marché privé, si bien que certains

candidats ne soumissionnent que parce que leur rival a manifesté son intérêt pour le marché et ne souhaitent pas qu'il l'obtienne.

137. — Aussi, cette organisation des soumissionnaires doit également respecter le droit de la concurrence afin de ne pas vicier le jeu de celle-ci. Les joint-ventures avoisineront avec l'entente. L'appréciation dépendra de l'effectivité de la concurrence en œuvre sur le marché public, elle doit proposer des alternatives, sauf cas exceptionnels. Mais encore de l'égalité entre ses membres assurée par la conservation de leur autonomie.

138. — Le jeu de la concurrence peut être particulièrement mis en danger par les sociétés multinationales. Celles-ci participent grandement aux appels d'offres internationaux et ont la faculté de puiser dans leurs ressources internes leur faisant bénéficier d'économies d'échelle et d'une adaptabilité audit marché. Les arguments de la multinationale sont son autosuffisance alors que d'autres doivent se regrouper et s'entendre. Elle constitue donc, au sein de la concurrence, une configuration optimale avant même le marché et ne requiert que dosage des ressources. Ainsi, au sein de la concurrence, les entreprises doivent-elles se hisser à cet avantage structurel. Toutefois, la multinationale doit également répondre du droit de la concurrence et peut rapidement tomber sous le coup d'un abus de position dominante. Sa position privilégiée ne la dispense pas d'entrer dans le jeu de la concurrence.

139. — Ainsi, dans la phase préalable aux soumissions, avant l'interaction du besoin et des offres, se manifestent déjà des inégalités factuelles de part et d'autres des acteurs de la procédure: au sein de la concurrence et au sein des personnes publiques acheteuses.

CHAPITRE 2. — L'OFFRE INTERNATIONALE

140. — Les instruments internationaux tendent à une ouverture à la concurrence internationale des marchés publics qui ne peut se réaliser que par le jeu d'un traitement égal des soumissionnaires, quelque soit leur nationalité. De ce fait, les textes traduiront cette exigence par une approche égalitariste pour l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) l'érigera en principe avec une dérogation possible reposant sur la discrimination positive en faveur des soumissionnaires locaux pour certains marchés.

141. — Même si des études révèlent la faiblesse du nombre de marchés publics donnant lieu à un échange international, il n'en demeure pas moins que les textes proposent cette ouverture par la restauration de la confiance au moyen de l'assurance d'une égalité de traitement. La différence de nationalités peut susciter quelques réactions protectionnistes que, justement, tant l'OMC que la CNUDCI tendent à supprimer. Les instruments internationaux travaillent donc sur les éléments de la procédure de passation en posant quelques adaptations afin de rendre accessibles ces marchés. Ainsi, la nationalité confère au marché public un élément d'extranéité (section 1) justifiant des dispositions particulières mais aussi un encadrement de l'activité de l'entité vis-à-vis des candidats (section 2).

SECTION 1. — L'EXTRANEITE PAR LA NATIONALITE

142. — La nationalité d'un soumissionnaire ne constitue pas en soi une difficulté mais nécessite des ajustements afin que sa participation soit réalisable et qu'il puisse entrer dans le jeu de la concurrence, sur la base d'éléments objectifs, sans entraves

artificielles comme peut l'être la langue. Certaines dispositions des instruments internationaux la concernent pour permettre un égal accès aux marchés publics (§1) et, selon les textes, est abordée différemment. De plus, ces instruments gèrent de façon différente la mise en œuvre de l'égalité dans la concurrence internationale (§2).

PARAGRAPHE 1. — LA SOUMISSION D'UNE ENTREPRISE ETRANGERE

143. — Le premier obstacle artificiel est la barrière de la langue qui décourage les entrepreneurs étrangers, ne pouvant ainsi pas ou mal comprendre les conditions du marché et être dans une position d'inégalité par rapport au soumissionnaire local. Dès lors, les instruments internationaux tendent à pallier cette difficulté (I) et posent en principe la non-discrimination sur la nationalité dans la sélection des offres (II).

I. — LA LANGUE DU SOUMISSIONNAIRE

144. — L'AMP et la Loi-type prévoient la communication de l'entité dans une langue différente de celle de la personne publique acheteuse (A). Toutefois, cette obligation est relative puisqu'il ne s'agit pas traduire nécessairement dans la langue du soumissionnaire et constitue, pour la personne publique acheteuse, un alourdissement des coûts de la procédure de passation (B).

A. — L'OBLIGATION DE TRADUCTION

145. — Ce sont donc les articles 17 de la Loi-type et V.10 de l'AMP qui envisagent la traduction. La Loi-type fait référence à la langue de l'administration acheteuse mais aussi le recours à « *une langue d'usage courant dans le commerce international* » pour tous les documents de la procédure. L'État dont la langue appartient à cette catégorie n'a donc pas à procéder à une traduction. La langue constitue un point fondamental de l'inégalité des soumissionnaires lorsque ceux-ci sont étrangers. Au-delà de l'ouverture que permet la traduction, il s'agit de permettre aux entreprises étrangères d'accéder à toutes les informations utiles pour la soumission et donc

d'évoluer dans l'appel d'offres international comme dans un marché public quelconque. La barrière de la langue est donc un facteur de discrimination indirecte bloquant la participation des candidats étrangers lorsqu'il s'agit d'une langue rare ou bien créant un surcoût par la charge de traduction. Dès lors, afin d'amortir ce surcoût, la participation internationale se réservera sur les marchés de grande envergure. Aussi, la prise en considération de cet élément et l'obligation de traduction permet de restaurer une égalité d'informations entre les soumissionnaires et un égal accès au marché public.

146. — De plus, le guide pour l'incorporation en droit interne de la Loi-type de la CNUDCI recommande l'inclusion dans la législation ou la réglementation des marchés publics d'une « *règle disposant qu'un fournisseur ou entrepreneur doit pouvoir fonder ses droits et obligations sur l'une ou l'autre version linguistique* » avec précision que, dans le dossier de sollicitation, les deux versions linguistiques font foi. Effectivement, le soumissionnaire pourrait ainsi, en cas d'erreurs dans le dossier, arguer de sa rectitude par rapport aux spécifications formulées auxquelles il a eu accès. Les différentes versions linguistiques doivent permettre de mettre, dans le jeu de la concurrence, les différents soumissionnaires sur un pied d'égalité face aux documents fournis. Le soumissionnaire étranger doit donc pouvoir avoir confiance dans le dossier qui lui est transmis de la même façon que s'il soumissionnait dans sa propre langue. Le dossier est l'instrument de base du travail de soumission, aussi est-il indispensable que soient officialisées les différentes versions afin que la soumission internationale puisse jouer sur des arguments de fond et non préjudicier en raison d'erreurs matérielles.

147. — L'AMP travaille davantage sur l'accessibilité initiale que sur l'accession au marché en posant une obligation de publier un avis résumé du marché dans une des langues officielles de l'OMC[175]. Le but est de contacter un public large de soumissionnaires potentiels. Cette disposition permet en effet d'offrir une égale communication de l'existence du marché et donc de lever l'obstacle à l'initiative de participation des soumissionnaires étrangers. En effet, si la traduction peut être réalisée par le soumissionnaire lorsqu'un marché l'intéresse, il est d'évidence que ce dernier ne l'engagera pas pour prendre connaissance des marchés publics en cours.

---

[175] Art. XI.8 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

Aussi y avait-il là une entrave à l'égalité dans la connaissance des marchés potentiels et cette obligation de traduction constitue une sorte de minimum.

148. — Dans le cours de la procédure, l'AMP ne comporte d'obligation de traduction que pour la candidature d'une entreprise d'un pays en voie de développement dans un pays développé. Il s'agit de ses dispositions de traitement différentiel entre ces deux catégories de pays instaurant une assistance technique[176]. Aussi, l'AMP laisse les charges de traduction aux candidats issus de pays développés, mais la fait relever de l'entité adjudicatrice lorsque l'appel émane d'un pays développé. Ainsi la traduction tend à permettre une plus grande participation des entreprises des pays en voie de développement.

149. — L'inégalité initiale suscitée par la barrière de la langue est donc prise en considération par l'obligation de traduction mise à la charge de l'entité adjudicatrice. Toutefois, l'AMP en fera supporter la charge aux pays développés, tandis que la Loi-type la généralisera à toute procédure. Aussi, cette contrainte constituait-elle une discrimination indirecte selon l'origine du soumissionnaire en ce qu'elle limitait l'accessibilité. L'officialisation des différentes versions linguistiques opère un nivellement des candidatures dans la mesure où les erreurs qu'elles comportent ne peuvent leur être opposées. Ainsi se manifeste de façon plus pragmatique l'égalité entre les soumissionnaires par la prise en compte des obstacles concrets et la volonté de ne différencier les candidats que sur des arguments du fond de l'offre.

B. — UNE OBLIGATION RELATIVISEE

150. — Toutefois, l'obligation de traduction est relativisée par son effacement dans de conséquentes hypothèses. Ainsi, lorsque la procédure est réservée aux candidats nationaux conformément à l'article 8.1) de la Loi-type ou lorsque le marché est de faible valeur et fait présumer qu'il n'intéressera que les seuls fournisseurs ou entrepreneurs nationaux, la traduction n'a alors pas lieu d'être opérée. Il s'agit là d'un souci d'économie des frais de procédure compte tenu de la charge de traduction dont l'utilité n'est plus évidente.

---

[176] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/10

151. — Cet argument d'économie est également un des motifs de sa relativisation dans l'AMP. Si les pays développés jugent « *la tâche trop lourde*[177] », la traduction peut ne pas être faite[178]. Toutefois, sur demande du pays en développement partie à l'Accord, une explication sera fournie par le pays-partie ou par son entité pour la non-traduction[179].

152. — La barrière de la langue constitue donc un obstacle à l'égalité de la concurrence internationale pris en considération par les textes, toutefois, celle-ci est pondérée par des objectifs également de bonne gestion des deniers publics et donc d'économie de passation de la commande publique. Pour qu'il y ait traduction, il faut par conséquent qu'il y ait une participation substantielle et prévisible de soumissionnaires étrangers afin que, depuis l'avis à la concurrence, il y ait une communication dans une autre langue.

153. — En France, les articles 57-I alinéa 7, 63-I alinéa 2 et 67 alinéa 3 portent mention pour les soumissionnaires de rédiger leurs offres en langue française. Dès lors, la nationalité du soumissionnaire constitue un élément à charge dans la soumission puisqu'il doit, par ailleurs, procéder à une traduction des documents de consultation et de soumission afin d'entrer en compétition avec les autres candidats. Il s'agit, ici, d'une frontière récurrente du commerce international mais aussi réelle puisque, la traduction de l'avis d'appel d'offres par un entrepreneur ou fournisseur suppose un intérêt, manifeste et préalable, et ne peut se réaliser pour la consultation de tous les avis. Aussi de nombreux appels d'offres sont-ils laissés de côté faute d'engager des frais de traduction et privent de leur participation certains candidats potentiels opérant une discrimination factuelle.

II. — LA NATIONALITE DU SOUMISSIONNAIRE

154. — Mais la discrimination, directe, sur la nationalité est interdite tant dans les instruments internationaux, qu'en Europe, par le Traité de l'Union Européenne pour

---

[177] Art. V.10) de l'AMP ; http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[178] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/10

[179] *Ibid.*

lequel le principe de prohibition a été posé (A). Toutefois, la CNUDCI, dans sa Loi-type, a tout de même prévu une faculté de réserver aux soumissionnaires nationaux, certains marchés, au terme d'une procédure spécifique et encadrée afin d'induire une discrimination positive (B).

A. — UNE DISCRIMINATION PROHIBEE

155. — L'article 17 du Traité CE pose que « *le marché intérieur comporte un espace sans frontière intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du traité*[180] ».

156. — A cette fin, l'article 12 du Traité pose un principe général de prohibition de la discrimination fondée sur la nationalité applicable « *dans des situations régies par le droit communautaire pour lesquelles le Traité ne prévoit pas de règles spécifiques de discrimination*[181] » ainsi qu'il en est pour les contrats publics. Aussi ce ne sont pas les dispositions des directives relatives aux marchés publics qui posent un principe de non-discrimination vis-à-vis des ressortissants communautaires, mais les principes fondamentaux de la construction européenne tendant à réaliser un « *développement harmonieux des activités économiques*[182] ». La CJCE a déduit de l'article 12 CE, une obligation positive à la charge des États-membres en jugeant que cet article « *impose à chaque État membre d'assurer une parfaite égalité entre ses ressortissants et les ressortissants d'autres États membres se trouvant dans une situation régie par le droit communautaire*[183] ». Ainsi, « *lorsqu'elles agissent en pouvoir adjudicateur, les institutions communautaires sont également tenues de respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ''à chaque phase d'une procédure d'appel d'offres*[184] *''* [185] ».

---

[180] Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, *Traité de droit communautaire des affaires: Litec,* 1992, p. 218, n° 192

[181] CJCE, 25 juin 1997, *Mora Romero: Rec*., aff. C-131/96, p. I.365

[182] Art. 2 du Traité UE : www.europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html

[183] CJCE, 6 juin 2002, *Land Hessen*, aff. C-360/00 nep (pt 31)

[184] TPICE, 17 déc. 1998, *Embassy Limousines & Services c. / Parlement Européen: Rec*, aff. T-203/96, p.

Et concernant spécifiquement la nationalité, la « *Cour a précisé que le principe de non-discrimination selon la nationalité s'appliquait quelle que soit la nature des marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs, c'est à dire que ces marchés participent à l'accomplissement de la mission d'intérêt général du pouvoir adjudicateur ou qu'ils n'aient pas de rapport avec cette mission* [186] ».

157. — En découle celui de la liberté de prestation de services et de la libre circulation des marchandises, regardées vis-à-vis du principe de non-discrimination comme une « *lex specialis* »[187]. Il s'agit donc d'instaurer une égalité de traitement entre le national et le ressortissant communautaire qui « *exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente* [188] » et « *interdit au pouvoir adjudicateur d'opérer une discrimination entre les entreprises* [189] ».

La libre prestation de services se traduira par la possibilité pour un entrepreneur d'un État-membre de réaliser une prestation sur le territoire d'un autre État-membre, conférant ainsi un caractère transfrontalier à l'opération et l'applicabilité directe du principe[190]. La prestation doit constituer une activité économique, c'est à dire moyennant une rémunération, être exercée indépendamment, c'est à dire dans son propre intérêt, et concerner un service. La vente n'appartiendra ainsi pas à la liberté de prestation de service[191], mais obéira au principe de libre circulation des marchandises.

II.4239

[185] Paul CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement: RTDEur*, 01/07/02, p. 420, n° 6

[186] Paul CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement: RTDEur*, 01/07/02, p. 429, n° 19

[187] Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, *Traité de droit communautaire des affaires: Litec*, 1992, p. 230, n° 199

[188] Paul CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement: RTDEur,* 01/07/02, p. 414, n° 2

[189] Paul CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement: RTDEur*, 01/07/02, p. 416, n° 3

[190] CJCE, 3 déc. 1974, *Van Binsbergen c. / Bestuur van de Bedriffsleven voor Metalnijverheid: Rec*, 1974, aff. 33/74, p. 1299

[191] Art. 60 du Traité CE : www.europa.eu.int/eur-lex/index.html

158. — A l'échelle internationale, cette interdiction est insérée dans les dispositions des instruments internationaux. Il s'intègre dans un objectif de promotion de l'ouverture à la concurrence internationale certes, mais également dans une perspective de promotion auprès de la concurrence de l'intérêt de ces marchés. En effet, la CNUDCI expose que les offres internationales permettent à l'entité adjudicatrice de bénéficier des meilleures offres possibles et ainsi, d'apporter une contribution à la bonne gestion des deniers publics.

159. — Le principe de non-discrimination est donc exposé au début de l'AMP, à l'article III.1[192], lequel dispose que « *chaque Partie accordera immédiatement et sans condition, aux produits et services des autres Parties et à leurs fournisseurs qui offrent ces produits ou services, un traitement qui ne sera pas moins favorable: a) que celui accordé aux [...] nationaux ni b) que celui accordé aux produits et services de toute autre Partie et à leurs fournisseurs* ». Il s'agit de généraliser le traitement national entre les Parties à l'Accord[193].

160. — Dans la philosophie du GATT, reprise par l'OMC, l'égalité de traitement constitue une des règles fondamentales de l'Organisation et irrigue l'AMP. L'article III de l'AMP est sur ce point rédigé en termes offensifs puisque chaque partie doit accorder un traitement national « *immédiatement et sans condition* ». Le traitement ne sera pas moins favorable que celui des nationaux et que celui des produits, services ou fournisseurs des autres parties. L'AMP pose là un traitement minimal des soumissionnaires, d'intensité maximale qui est celle de l'identité de traitement entre soumissionnaires nationaux et soumissionnaires d'États-partie à l'Accord.

Y est assorti un principe de non-discrimination, pour des entreprises implantées sur le territoire national quelque soit « *le degré de contrôle ou de participation des étrangers*[194] » ainsi qu'une indifférence pour le pays de production du produit ou service de l'entreprise installée sur le territoire national dès lors que celui-ci est partie à l'Accord.

---

[192] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/8

[193] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 345

[194] Art. III.2 a) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

161. — Il s'agit donc, de l'assimilation au national des soumissionnaires d'États-partie à l'AMP et de l'indifférence pour certains critères dès lors qu'ils ont un lien à un État-partie à l'Accord. La Loi-type rejoint ce point de vue puisqu'elle pose le principe de non-discrimination sur la nationalité des soumissionnaires. L'article 7.5 dispose que « *l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure, en ce qui concerne les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, qui entraîne une discrimination [...] sur la base de la nationalité* ».

La recherche d'égalité de l'AMP est donc une égalité absolue des soumissionnaires entre eux[195] que la Loi-type pose en principe avec une possibilité de dérogation dans une optique de développement (V. *infra*). La Loi-type s'axera, par contre, davantage sur une recherche d'égalité entre les parties contractantes afin d'assurer « *la confiance du public dans ce processus*[196] » puisque « *une législation nationale des marchés inadéquate ou divergente empêche ou dissuade dans de nombreux pays les fournisseurs et entrepreneurs de vendre au gouvernement*[197] ».

162. — Quant à la Loi-type, elle pose le principe d'interdiction des critères discriminatoires dont la nationalité fait partie, ou l'interdiction de critères qui ne sont pas objectivement justifiables[198]. Son interdiction est donc plus générale mais s'inscrit dans un texte moins précis que l'AMP et qui constitue un ensemble de règles fondamentales permettant d'accéder aux objectifs fixés. Elle n'intervient pas de façon contraignante dans le traitement subjectif du soumissionnaire par l'entité mais interdit des manifestations concrètes de discrimination dans le marché public.

B. — UNE FACULTE ENVISAGEE

163. — L'article 8.1 de la Loi-type prévoit ainsi que « *les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer aux procédures de passation de marché sans distinction*

---

[195] Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP,* 1997, n° 3, p. 623

[196] Préambule, e), de la Loi-type de la CNUDCI ; http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[197] Loi-type de la CNUDCI, *Guide pour l'incorporation en droit interne*, introduction.4, p. 50: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[198] Art. 6.5 de la Loi-type de la CNUDCI ; http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

de nationalité sauf, dans les cas où l'entité adjudicatrice décide, pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou conformément à d'autres dispositions de la législation, de limiter la participation à des procédures de passation de marché sur la base de la nationalité ». Alors, doit être indiquée dans le procès-verbal de la procédure « *les motifs et circonstances motivant cette restriction*[199] ». Il s'agit alors de « *protéger certains secteurs économiques vitaux de leur capacité industrielle contre les effets délétères d'une concurrence étrangère débridée*[200] ». Le recours à cette restriction doit alors se fonder sur des textes spécifiques et ainsi se réaliser dans la plus grande transparence en empêchant toute limitation arbitraire ou excessive[201].

Cette procédure nationale ne concerne pas que les soumissionnaires locaux puisqu'elle peut être exercée pour les projets financés par des aides bilatérales liées qui exigeraient que le marché soit passé avec des fournisseurs et entrepreneurs du pays donateur. Il ne s'agit donc pas d'une faculté de protectionnisme mais plutôt d'une faculté de discrimination positive à l'égard de certains secteurs ou de certaines obligations internationales des États.

164. — L'AMP, quant à lui, prévoit également une possibilité de négociation des pays en développement-membres de dérogation à l'obligation de traitement national en faveur d'entités, produits ou services repris dans les listes de l'Accord. Mais il s'agit là d'une faculté non insérée dans les textes qui doit être négociée en considération d'éléments propres à chaque État ; « *ce régime n'apparaît plus que comme une faveur dérogatoire* [202] ». Elle n'est donc pas systématique.

165. — Cette faculté répond donc à un certain finalisme et s'inscrit dans une considération de promotion et de pragmatisme dans la passation, dans la limite où son utilisation ne devienne arbitraire.

---

[199] Art. 8.2 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[200] Loi-type de la CNUDCI, *Guide pour l'incorporation en droit interne*, n° 24, p. 57: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[201] *Ibid*.

[202] Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP,* 1997, n° 3, pp. 609 et s.

PARAGRAPHE 2. — LA GESTION DE LA CONCURRENCE INTERNATIONALE

166. — Dès lors que sont fixés les éléments d'égalité de traitement des soumissionnaires ouvrant la concurrence internationale, celle-ci doit faire l'objet d'une gestion et de l'instauration d'une relation de confiance. Aux objectifs communs et à la communauté de règles, est confrontée la pondération en fonction des mises en perspectives différentes (I) et à la perception des obstacles à cette ouverture des différents instruments internationaux (II).

I. — LA PONDERATION DES BUTS

167. — Aussi, l'ouverture des marchés publics n'est pas sans pondération et il n'a pas été question d'abaisser les conditions de participation mais plutôt d'accroître l'accès à la commande publique en considération des impératifs de l'administration. Il s'agissait alors de répartir selon le degré de développement au moyen d'une part de la réciprocité (A) ou d'autre part au moyen d'une politique de développement (B).

A. — PAR LA NON-RECIPROCITE

168. — Le degré de développement est apprécié en liaison avec les obligations des parties dans le cadre de l'AMP. L'article V portant traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement[203] offre un principe de non réciprocité « *formulé en premier lieu dans le cadre de la conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED) et accepté depuis par les partie contractantes du GATT puis de l'OMC*[204] ». Il trouve ici une dimension particulière: il tend à faciliter l'adhésion à l'Accord des pays en développement[205]. Effectivement,

---

[203] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 351

[204] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/9, n° 10

[205] Pierre DIDIER, *Op. Cit*., p. 351

l'article V.2 de l'AMP prévoit que les parties à l'Accord, dans l'élaboration et l'application des lois, règlements et procédures touchant les marchés publics « *faciliteront l'accroissement des importations en provenance de pays en développement, en tenant présents à l'esprit les problèmes spéciaux des pays les moins avancés et des pays dont le développement économique en est à ses premiers stades* ». Ainsi donc, la prise en considération d'une inégalité initiale entre pays développés et en voie de développement tend à s'inscrire au biais d'un traitement privilégié dans la fourniture auprès de ceux parties à l'Accord[206].

169. — Toutefois, une réserve demeure dans le cadre des dispositions finales mentionnées à l'article XXIV.11 de l'AMP[207], à savoir que « *le présent accord ne s'appliquera pas entre deux Parties si l'une ou l'autre de ces parties, au moment de son acceptation ou de son accession, ne consent pas à cette application* ». Ainsi, la non réciprocité intervient dans le cadre de l'accord par un traitement privilégié mais non en ce qui concerne l'application de l'accord, la réciprocité étant toujours de rigueur.

170. — Ainsi donc, les États-parties à l'Accord sont donc des partenaires dans le cadre de l'Accord par l'intérêt mutuel qu'ils y trouvent. Sorti de ce contexte, la non réciprocité n'a pas lieu de jouer et traduit donc des échanges strictement économiques et non de coopération[208]. Les dérogations possibles constituent un argument destiné à susciter l'adhésion à l'Accord et donc sa pérennisation et non destinés à restaurer l'égalité entre les États-parties. Elles constituent des arrangements transitoires[209].

B. — PAR LE DEVELOPPEMENT

171. — Le but de la CNUDCI est légèrement différent de celui de l'AMP. Elle tend à une ouverture à la concurrence internationale par le biais de la pondération des

---

[206] Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP*, 1997, n° 3, pp. 623-625

[207] Art. XXIV.11 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[208] Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP*, 1997, n° 3, pp. 623-625

[209] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 352

intérêts des protagonistes dans une optique de développement des États. En effet, son moyen d'action étant l'incorporation au droit interne[210], ou du moins la source d'inspiration de toute réforme ou création du droit des marchés publics national, la Loi-type n'a pas en elle-même de valeur contraignante comme un instrument conventionnel. Elle ne fait que proposer un compromis respectueux de la souveraineté des États. Or, en la matière, la crainte d'un néo-colonialisme économique s'entr'apercevant, c'est dans une logique de promotion qu'elle s'insère, par la normalisation des grandes étapes de la procédure. Initiative perçue comme suffisante pour un accès d'un soumissionnaire étranger, tout en laissant une grande autonomie quant à la gestion des détails de la procédure à l'État l'adoptant. La Loi-type de la CNUDCI est moins précise que l'AMP.

172. — La CNUDCI propose donc un niveau d'exigence inférieur à celui de l'AMP en laissant à la discrétion des États-adoptant nombre de disposition. Il s'agit alors de promouvoir le commerce international tout en conservant le respect dû à la souveraineté des États et à l'expression législative locale. Son argument tient, au moyen de la concurrence international, à permettre l'accès aux meilleures offres dans une perspective de développement des États. La Loi-type va donc proposer une prise en considération des contraintes particulières de la soumission externe de la part des États afin d'induire une volonté positive de traitement non-discriminatoire des soumissions étrangères en faisant valoir son opportunité.

173. — Cette perspective est secondaire pour l'AMP qui, certes, permet des dérogations au traitement national (Art. V.1) en tenant compte « d*es besoins de développement, des finances et du commerce* » de ces pays, mais ces exceptions doivent être négociées[211] avec les autres participants, et être mutuellement acceptables. Ou encore demande doit en être faite auprès du Comité des Marchés Publics instauré par l'Accord.

Toutefois, la nécessité de négocier ces dérogations les rendent aléatoires et peuvent donc se confronter au refus des autres participants. S'il advenait qu'elles étaient acceptées, elles devront être nécessairement sectorielles, toucher certaines

---

[210] Hugues KENFACH, *Les limitations des textes de la CNUDCI aux relations internationales: LPA*, 18/12/2003, pp. 75 et s.

[211] Art. V.4 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

entités, certains produits, ou certains services mais en aucun cas n'existe un droit acquis à une discrimination positive[212] comme peut l'envisager la Loi-type de la CNUDCI.

174. — Dès lors, il transparaît que l'AMP est un accord de relations strictement économiques tendant à une libéralisation des marchés publics, fondé sur les intérêts mutuels des parties, mais dans lequel la nécessité de développement de certains États, si elle est envisagée, demeure secondarisée[213]. Le développement n'est pas la fin de l'AMP, mais un motif de dérogation à la règle.

II. — LA RELATIVITE DES AMENAGEMENTS

175. — Les dérogations spécifiques négociées par les pays en voie de développement contribuent à la prise en compte des différences de situation. Dans une certaine mesure, il est intégré au texte de l'AMP par la création d'un centre d'information qui leur est destiné (A), mais cette adaptation à la réalité est relativisée par le rejet des compensations (B).

A. — LA PRISE EN CONSIDERATION DU NIVEAU DE DEVELOPPEMENT

176. — Le niveau de développement des États-parties à l'Accord justifie un traitement différencié des pays moins développés et une assistance de ceux l'étant davantage à leur encontre. Il est ainsi demandé aux parties à l'Accord de tenir « *dûment compte [...] des besoins du développement, des finances et du commerce des pays en développement, et en particulier des moins avancés d'entre eux*[214] » et donc d'informer les intervenants aux nécessités de ceux-ci quant à la sauvegarde de leur balance des paiements, aux réserves nécessaires à la réalisation de programmes de

---

[212] Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP*, 1997, n° 3, p. 625

[213] Maurice FLORY, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP*, 1997, n° 3, p. 625

[214] Préambule de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

développement,.... Aussi l'article V.1 de l'AMP mentionne les nécessités de ces pays afin de modérer les exigences relatives à l'application de l'Accord des autres États-parties et afin d'ouvrir le dialogue entre eux en vue des négociations de dérogations sectorielles, notamment au regard des exceptions au principe de traitement national et à la faculté de modifier les entités visées par l'Accord après son entrée en vigueur. Il s'agit donc d'introduire une flexibilité de l'Accord à l'égard de ces pays afin de recueillir leur adhésion « *à des conditions compatibles avec les besoins de leur développement, de leurs finances et de leur commerce*[215] ».

177. — Le premier mode d'adaptation est réalisé dans un esprit de réciprocité et réside dans le fait pour les États-parties à l'Accord, dans l'élaboration et l'application des lois, règlements et procédures touchant les marchés publics, de faciliter « *l'accroissement des importations en provenance des pays en développement, en tenant présents à l'esprit les problèmes spéciaux des pays les moins avancés et des pays dont le développement économique en est à ses premiers stades*[216] », mais encore les pays développés devront s'efforcer d'inclure les entités qui passent des marchés « *portant sur des produits dont l'exportation intéresse les pays en développement* » (art. V.3 de l'AMP). Aussi, une certaine attractivité doit exister à cet Accord qui réside dans l'intéressement des pays en voie de développement à l'accès aux marchés publics des pays développés.

178. — Le second mode d'adaptation de l'Accord est unilatéral et consiste dans une assistance des pays développés aux pays en voie de développement. Elle est technique afin de résoudre les problèmes de ces pays en matière de marchés publics, mais aussi spécifiquement à certaines passations. Cette catégorie reste ouverte à tous le problèmes susceptibles d'intervenir. Elle est organisée puisque les pays développés ont la charge de créer, individuellement ou conjointement, des centres d'information destinés à répondre aux demandes de renseignements des pays en développement concernant les règles de passation, les avis publiés ou à paraître, les marchés passés, présents ou futurs et les adresses des entités concernées. Il s'agit donc d'une sorte d'intendance des marchés publics des pays développés afin de

---

[215] Art. V.3 de l'AMP ; http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[216] Art. V.2 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[216] Art. V.2 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

centraliser les informations nécessaires à la soumission d'un État en développement-partie à l'Accord. Cette disponibilité d'information permet une simplification de l'accès à ces marchés publics de ces pays, il s'agit également d'un aménagement concret eu égard aux remarques précédentes concernant l'audience limitée des publications des avis d'appel d'offres. Enfin, il est relatif dans la mesure où les soumissions pertinentes permettent aux entités de se fournir à un coût moindre en raison des différentiels de coût de main d'œuvre et de coût de la vie. Ainsi, le traitement différencié n'est-il pas tant unilatéral.

179. — Par contre, concernant les pays les moins avancés, les dérogations sont font plus matérielles dans la mesure où les États-parties peuvent leur faire bénéficier de l'Accord pour ce qui est des produits ou services originaires de ces pays et apporter aux soumissionnaires en étant originaires et présentant de l'intérêt pour les entités, une aide pour se conformer aux règlements techniques et normes des produits faisant l'objet du marché, assortie d'une assistance pour la présentation de la soumission.

180. — Il s'opère donc là un soutien des soumissionnaires de ces pays afin que l'accessibilité aux marchés publics soit réalisable et que les contraintes de la procédure ne viennent pas faire obstacle à des soumissions pertinentes.

B. — LE REJET DES COMPENSATIONS

181. — « *Les opérations de compensation dans les marchés publics sont des mesures utilisées pour encourager le développement local ou améliorer la balance des paiements au moyen de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale, de l'octroi de licence pour des technologies, de prescriptions en matière d'investissement ; d'échanges compensés ou de prescriptions similaires* [217] ».

182. — Aussi l'article XVI.1 de l'AMP les exclut expressément en disposant que « *dans la qualification et la sélection des fournisseurs, produits ou service, ou dans l'évaluation des soumissions et l'adjudication des marchés, les entités n'imposeront, ne demanderont ni n'envisageront d'opérations de compensations* ». Ainsi,

---

[217] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 371

l'exclusion est-elle de principe. Toutefois, une dérogation est possible et doit être initiale, à savoir au moment de l'accession à l'Accord du pays en développement[218]. L'opération de compensation peut être tolérée pour la prescription pour l'incorporation d'un certain contenu d'origine national mais ses conditions d'utilisation doivent être négociées et ne sauraient être effectives que pour la qualification pour la participation à la passation, mais aucunement au niveau de l'adjudication, c'est à dire lors de la sélection de l'offre. La compensation n'est donc pas admise en elle-même mais peut constituer une dérogation spéciale et négociée eu égard « *aux considérations de politique générale, y compris celles concernant le développement* ». Il ne s'agit donc pas d'une disposition tendant à favoriser le développement mais une interdiction de principe dont les dérogations peuvent être octroyées à chacune des parties, même aux pays développés, par la voie de la négociation.

183. — La Communauté a refusé d'introduire cette interdiction, ce que regrettent certains auteurs dans la mesure où cela affecte la concurrence, et d'autre part, parce qu'ils furent une source de corruption à la base de nombreux scandales récents découverts dans plusieurs pays en Europe. Certaines compensations ont été admises par les directives *Réseaux* [219] et *Travaux* [220] mais jusqu'à la date du 31 décembre 1992. Il est possible d'en déduire que leur interdiction n'est pas automatique, notamment sur la base du Traité CE comme ce peut être le cas pour celles qui ne relèvent pas de la libre circulation intra-communautaire des marchandises mais l'article 30 du Traité CE empêche les compensations régionales.

184. — « *Il est vrai, par ailleurs, qu'un régime transparent de compensations prédéfinies et contrôlées a posteriori peut être économiquement et socialement utile. Il semble cependant qu'un tel régime devrait être présenté sous forme d'interdiction de principe des compensations assortie d'exceptions limitées ainsi que d'une méthode d'évaluation, par exemple en termes d'équivalent-subvention en vue d'établir leur conformité avec le Code anti-subventions de l'OMC*[221] », aussi les

---

[218] Art. XVI.2 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[219] Art. 35.2 de la directive *Réseaux:* http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/reg/fr_register_063020.html

[220] Art. 31.1 de la directive *Travaux:* http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/reg/fr_register_063020.html

[221] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne:*

compensations ne sont pas inéquitables par elles-mêmes mais par l'usage qui en est fait. Elles ne doivent pas constituer des mesures protectionnistes ou un vivier de corruption, mais des considérations d'intérêt général doivent pouvoir les justifier.

185. — Ainsi, l'OMC par son histoire et sa philosophie répond à d'autres impératifs que la CNUDCI. Elle se présente comme un nouvel organe œuvrant à la centralisation des échanges internationaux et à cette fin, à leur multiplication. La CNUDCI tend à encadrer cet état de fait afin de lever les entraves injustifiées au commerce international et permettre leur développement harmonieux. Aussi, l'OMC tiendra compte du niveau de développement mais de façon à ce qu'il ne constitue pas un prétexte au rejet de la multilatéralisation des échanges. Aussi les aménagements à l'AMP sont-ils des dérogations, nécessairement temporaires, là où ils sont intégrés à la logique du texte proposé par la CNUDCI.

SECTION 2. — LA RELATION DU SOUMISSIONNAIRE INTERNATIONAL ET DE L'ENTITE ADJUDICATRICE

186. — La soumission internationale s'insère dans une procédure de passation préalablement définie. Les instruments internationaux, dans leur action de normalisation, interfèrent également dans la détermination, avec plus ou moins de précision, de l'entité adjudicatrice, interlocuteur durant toute la procédure du soumissionnaire (§1). Ce qui conduira à relever que ces rapports soumissionnaire-entité ne sont pas égalitaires (§2).

PARAGRAPHE 1. — LA DETERMINATION DE L'ENTITE ADJUDICATRICE: L'UNICITE D'INTERLOCUTEUR

187. — Intervenant tout au long de la procédure et interlocuteur unique des soumissionnaires, l'activité de l'entité adjudicatrice devait être encadrée afin de ne

---

Bruylant, 1997, p. 373

pas privilégier certains. Ainsi l'entité adjudicatrice peut varier selon les États (I) tout en demeurant encadrée dans ses communications avec les soumissionnaires (II).

I. — L'ENTITE ADJUDICATRICE

188. — L'entité adjudicatrice est un élément central de la procédure de passation d'un marché public en ce qu'elle fournit les documents relatifs à l'appel d'offres, est comptable du respect des délais de soumission, et procède à l'examen, puis à l'attribution. Citée de façon récurrente dans les dispositions de l'AMP, ce dernier n'en fournit pourtant pas de définition mais en dresse un liste dans ses annexes 1 à 3. « *Ainsi l'annexe 1 contient la liste des entités du gouvernement central, l'annexe 2 la liste des entités des gouvernements centraux, l'annexe 3 la liste de toutes les autres entités qui passent des marchés conformément aux dispositions de l'Accord*[222] », les annexes 4 et 5 étant relatives à l'objet de certains marchés. La liberté est donc laissée aux parties de déterminer les entités publiques acheteuses.

189. — La Loi-type propose deux définitions[223] à option, à savoir « *tout département, organisme, organe ou autre service public [option I] du présent État, [option II] du Gouvernement, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés* ». La définition optionnelle vise à appréhender les différences entre les États dues à la répartition des compétences législatives entre les différents niveaux de gouvernement: l'option I serait davantage adaptée pour les États non fédéraux ou fédéraux pouvant légiférer pour leurs subdivisions, et l'option II davantage adéquate pour les États n'adoptant la Loi-type que pour des organes du gouvernement national[224]. Mais cette définition peut être élargie à d'autres entités.

190. — Le classement des entités dans les annexes de l'AMP s'est également fait dans la discussion, notamment avec les États-Unis, la Communauté Européenne et le Japon, si bien que la seule solution à la rédaction de l'annexe 3 fut de réaliser une

---

[222] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/8

[223] Art. 2 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[224] Loi-type de la CNUDCI, *Guide pour l'incorporation en droit interne*, art.2, p. 64: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

catégorie résiduelle dans laquelle s'intègre, selon les États, des entités publiques et privées, des sociétés commerciales par exemple, pour le Japon. Ce à quoi s'est refusée la Communauté et en accord avec l'exclusion explicite de celles-ci du champ de l'AMP. Pourtant, « *les entités privées communautaires, du champ d'application de l'Accord, opérant dans les secteurs exclus, sont de facto, soumises à ses disciplines*[225] ». La transposition de l'AMP, du choix du législateur, a été de soumettre aux mêmes règles d'achat les entreprises privées et publiques des secteurs exclus[226]. Dès lors, pièce centrale de la passation, l'entité adjudicatrice suit une certaine rigueur dans l'organisation et les relations à la concurrence. Ainsi, aucune négociation ne lui est autorisée avec les (ou un) soumissionnaires[227].

II. — L'ENCADREMENT DE L'ACTIVITE DE L'ENTITE

191. — La Loi-type est animée d'une certaine recherche de compromis entre les intérêts de l'entité et ceux de la concurrence, tandis que l'AMP encadre strictement l'activité de celle-ci afin d'enrayer toute possibilité de détournement de procédure (A) ou encore de faussement de la concurrence par le retard ou l'inégalité d'informations (B).

A. — LE DETOURNEMENT DE PROCEDURE POINTE

192. — L'AMP se veut protecteur de la concurrence puisque le texte règle avec précision les délais de soumission[228], 40 jours pour les procédures ouvertes, supérieur à 25 jours pour celles sélectives sans liste permanente de fournisseurs, supérieur à 40 jours pour celles sélectives avec liste, alors que la Loi-type renvoie la fixation de ces conditions à l'entité adjudicatrice.

---

[225] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 337

[226] *Ibid*.

[227] Art. 35 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[228] Art. XI.2. a), b) et c) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

193. — Il précise encore que les réponses aux demandes de précision doivent être fournies « *dans les plus brefs délais* » (art. XII.3.a) de l'AMP), l'information sur les décisions prises concernant l'adjudication « *dans les moindres délais* » (art. XVIII.3 de l'AMP), la confirmation de la soumission « *dans les moindres délais* » (art. XII.1.a) de l'AMP), la publication des conditions de participation « *en temps utile* » (art. VIII.a) de l'AMP), s'il existe des listes permanentes de fournisseurs, une inscription dans un « *délai raisonnablement court* » (art. VIII.c) de l'AMP). Le facteur temps constitue donc un élément irriguant tout le texte de l'AMP. En effet, la rigueur du délai de soumission oblige les participants mais, ici, oblige également l'entité adjudicatrice. Le but étant d'éviter un possible détournement de procédure par des manœuvres procédurales dilatoires et la tentation, par ce moyen, de privilégier un soumissionnaire. L'entité adjudicatrice est donc au cœur de cet instrument qui règle son comportement, si bien que si une soumission est reçue en retard, après l'expiration du délai, le soumissionnaire ne saurait être pénalisé si le retard est imputable à l'entité[229]. L'AMP tend donc à régler les relations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires afin de les garantir de l'intégrité du processus et prescrit un comportement diligent à l'entité à leur égard. L'AMP manifeste la volonté de faire reconnaître ses droits à concurrence face à l'entité et se veut alors protectrice de la concurrence à travers un traitement national de tout soumissionnaire, du moins originaire d'États-partie à l'Accord. La Loi-type, quant à elle, pose le délai de réponse à une demande d'éclaircissement à un délai raisonnable, « *s'il reste un laps de temps raisonnable entre la réception de la demande et la date limite de soumission des offres*[230] », ce qui induit une certaine relativité. Le facteur temps n'est pas au centre du texte.

194. — Dans l'hypothèse d'un appel d'offres auquel n'a pas été proposé de solution satisfaisante, celui-ci est qualifié d'appel d'offres infructueux. Il s'ensuit une procédure particulière, mais fortement encadrée en ce qu'elle peut constituer un moyen de détourner la procédure afin de privilégier un soumissionnaire. L'AMP, afin d'y pallier, soumet dans cette hypothèse le marché à un appel d'offres limité[231] à

---

[229] Art. XIII.2 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[230] Art. 28 de la Loi-type de la CNUDCI ; http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[231] Art. XV de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

condition qu'il « *ne soit pas utilisé en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible, ou d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination* », la concurrence doit demeurer et être effective.

L'article 12 de la Loi-type, par contre, n'admet le rejet de toutes les offres que dans la mesure où cette éventualité a été spécifiée dans la documentation relative au marché et alors, sans que l'entité n'encourt de responsabilité. L'originalité tiendra ici au fait qu'en pareille hypothèse, la faculté est prévue à l'entité adjudicatrice de recourir à la procédure d'appel d'offres en deux étapes de l'article 46. Il faudra auparavant, que l'entité « *juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres aboutisse à la conclusion du marché*[232] ».

Ainsi, l'appel d'offres infructueux relance une procédure de passation différente mais avec une mise en concurrence effective, réelle même si ce n'est pas celle fixée initialement. En aucun cas, il ne sera recouru à l'attribution d'un entrepreneur déterminé. La concurrence joue et, par là même, l'égalité des chances d'attribution du marché public est maintenue.

B. — LA GENERALISATION DES INFORMATIONS COMPLEMENTAIRES

195. — Dans le même souci de ne pas avantager certains au détriment des autres, l'AMP et la Loi-type prévoient que toute information pertinente sollicitée et communiquée à un des soumissionnaires doit être répercutée sur tous les autres soumissionnaires afin que ces derniers se situent sur un même pied d'égalité concurrentiel[233].

La demande doit concerner des explications relatives à la procédure et ne pas être un dialogue technique à laquelle l'entité doit répondre sans tarder. La communication simultanée à tous les soumissionnaires, en temps utile, leur permettra « *d'en tenir*

---

[232] Art. 19.1d) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[233] Art. 28 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe* ; art. XII.3 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

compte et d'agir en conséquence[234] ». La rapidité de la transmission restaurera l'égalité des soumissionnaires entre eux.

196. — Dans le même esprit, sans retranscription dans les directives communautaires, la CJCE « *a confirmé, à plusieurs reprises, l'obligation d'assurer à tous les soumissionnaires les mêmes chances dans la formulation des termes de leur offre*[235] » dans une affaire dite des « *bus wallons* » où l'entité avait notamment communiqué des informations conduisant l'un des soumissionnaires à modifier son offre postérieurement à l'ouverture de celle-ci[236], rompant l'égalité entre les concurrents et octroyant de la sorte un avantage concurrentiel à l'intéressé.

197. — La répercussion sur tous les autres soumissionnaires de l'information fournie, sur demande, à l'un d'entre eux a pour fonction de restaurer l'égalité en ce qu'elle peut fournir un avantage concurrentiel. Le respect de la concurrence impose donc que tous les soumissionnaires ait accès à la même quantité et qualité d'informations afin que les données en possession de chacun soient identiques[237]. La différenciation ne saurait se faire sur les instruments de travail disponibles mais doit s'opérer dans la construction de l'offre.

PARAGRAPHE 2. — L'INEGALITE CONCURRENTIELLE DANS LE MARCHE PUBLIC

198. — Aussi, l'entité intervient dans l'organisation de la concurrence et dans le maintien de l'égalité entre les soumissionnaires. Toutefois, ces derniers, à son égard, ne bénéficient pas de la même égalité puisque leur relation est déséquilibrée: l'un devenant juge de l'autre. Malgré donc tous les efforts réalisés, la soumission d'un candidat étranger demeure alourdie de certaines charges dans l'évaluation du prix qu'il présente à l'entité.

---

[234] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/11

[235] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 357

[236] CJCE, 25 avr. 1996, aff. C-87/94, *Commission c. / Belgique, dite « bus wallons »: Rec.* 1996-4/5, p. I.2043

[237] Pierre DIDIER, *Op. Cit.*, p. 357

199. — Prétendre que le soumissionnaire étranger et le soumissionnaire local se trouvent sur un strict pied d'égalité serait excessif malgré les éléments considérés jusqu'à maintenant. L'état du Droit International n'a pas ôté toutes les frontières, et se situe à un point d'amorce en ce qui concerne les marchés publics. Aussi, le soumissionnaire étranger est soumis à des charges obligatoires et supplémentaires (A) qui se répercuteront nécessairement sur le prix formulé (B).

A. — LE MAINTIEN DES CHARGES DOUANIERES

200. — La CNUDCI n'a pas vocation a supprimer, de façon directive, les frontières douanières et obéit à une logique de promotion induisant une démarché consensuelle. La Loi-type n'est sur ce point d'aucun effet, à la différence de l'OMC qui tend à régir les échanges économiques internationaux. Les droits de douane, apparaissant comme transparents et non-discriminatoires en ce qu'ils ne se manifestaient que par une différenciation de prix, prennent dans le cadre des marchés publics, une dimension plus importante, puisque le prix est justement un des éléments considéré pour l'attribution. Ils ont pourtant été réduits massivement entre 1948 et 1999 pour ensuite être « *polissés* »[238], c'est à dire nivelés.

201. — Toutefois, l'article III du GATT (accord général sur les tarifs douaniers et le commerce), relatif au traitement national en matière d'imposition et de réglementation, dispose en paragraphe 8.a) que « *les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition , par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce* ». Sont donc exclus des accords douaniers[239], les marchés publics ainsi que les « *importations de produits destinés à être immédiatement ou finalement consommés par les pouvoirs publics ou pour leur compte et non à être revendus ou à servir à la production de marchandises, en vue de la vente. En ce qui concerne ces importations, chaque*

---

[238] Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique: Dalloz*, 1re éd., 2003, p. 164, n° 446

[239] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 345

partie contractante accordera un traitement équitable au commerce des autres parties contractantes[240] ».

Cette exclusion est encore rappelée dans le corps de l'AMP[241] qui spécifie que le traitement national n'est pas applicable aux droits de douane et impositions de toute nature [...], ni aux mode de perception de ces droits, ni encore aux obligations administratives y étant relatives. Le traitement national est donc circonscrit à la teneur de l'AMP, lui-même.

Par conséquent, les importations de matériels destinés à s'incorporer à la réalisation du marché public seront donc soumis à la réglementation douanière de l'État-hôte, ce qui constitue une charge ajoutée au coût prévisionnel de l'offre et devant y être intégré. Le soumissionnaire étranger se trouve donc dans une situation de différentiel de coût par rapport aux soumissionnaires locaux.

B. — LA COMPTABILISATION DANS LE PRIX

202. — Ce surcoût peut produire deux conséquences, soit une majoration du prix, soit un effort sur une autre partie de l'offre. Dans tous les cas, il doit être prévu. Dans cette même opération devront être évalués les coûts de transport également. Le prix soumis doit être un prix global, celui que devra payer l'acheteur public.

203. — L'AMP spécifie, en son article XII.h), que dans la documentation relative à l'appel d'offres seront pris en considération « *les éléments des coûts à prendre en compte pour l'évaluation des prix de soumission, tels que frais de transport, d'assurance et d'inspection et, dans les cas de produits et services d'autres Parties, droits de douane et autres impositions à l'importation, taxes et monnaie de paiement* ».

Le soumissionnaire doit donc proposer à un marché une solution tarifaire à lui propre mais certainement pas très différente de celle des autres. Dès lors, le moindre surcoût constitue un désavantage concurrentiel pouvant porter à conséquence sur l'attribution. En effet, les différents soumissionnaires, soumis au respect du cahier des charges, ne sont pas en mesure de proposer des offres très variées les unes des

---

[240] Art. XVII.2 du GATT: http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpintr_f.htm

[241] Art. III.3 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

autres, et les coûts de réalisation étant incompressibles, il en résulte que les prix soumis se situent généralement dans une même fourchette. Ce surcoût peut être nivelé par la soumission d'autres entreprises étrangères les supportant également, mais il s'agit là d'une situation ne se présentant pas sur tous les marchés publics.

204. — De ce constat, d'ailleurs, l'AMP prévoit le traitement, ainsi qu'en droit interne[242], des offres anormalement basses. Avant 2004, l'AMP ne tirait pas les mêmes conclusions que le droit interne à cet égard, qui les évinçait automatiquement. L'article XIII.4.a) de l'AMP prévoit une consultation par l'entité dudit soumissionnaire afin de s'assurer « *qu'il est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est apte à satisfaire aux modalités du marché* ». Le Code des Marchés Publics s'est inspiré de l'AMP puisque dorénavant, l'élimination de l'offre anormalement basse[243] se fait sur une décision motivée après « *avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifié les justifications fournies* [244] ». Sur ce point, la Loi-type reste silencieuse. Il n'y a donc pas sanction de l'offre anormalement basse puisque là, on ne considère pas l'offre suspecte, mais l'on tient à s'assurer de sa sincérité et de son sérieux.

205. — Ainsi, si les barrières douanières constituent un obstacle à la soumission compétitive d'un entrepreneur ou fournisseur étranger, c'est-à-dire vis-à-vis des autres concurrents. Il n'en demeure pas moins que, vis-à-vis de l'entité, une relation naturellement inégalitaire ne peut que se produire.

---

[242] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 236, n° 1027-1

[243] Art. 53 du CMP

[244] F. OLIVIER, *Réforme du CMP – Sélection des candidatures et analyse des offres: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, p. 40

CONCLUSION CHAPITRE 2

206. — L'offre internationale présente donc des caractéristiques à prendre en considération dans une perspective d'ouverture des marchés publics à la concurrence internationale. Sa réalisation ne pouvant se faire qu'au moyen d'une égalité concurrentielle à défaut de laquelle le soumissionnaire étranger se découragerait. Une telle soumission est donc liée à la faculté de remporter le marché. Cette faculté ne peut exister que dans la non-discrimination. C'est donc l'extranéité par la nationalité qui octroiera au marché son caractère international. Or, pour que des aménagements soient effectués, les instruments internationaux conditionnent que ces soumissions étrangères soient prévisibles dans la mesure où la traduction des documents provoque un coût supplémentaire dans la procédure de passation. Ainsi donc, le premier obstacle, celui de la langue, est-il relativisé par le coût de la procédure qui doit répondre à un certain souci d'économie. A défaut, cette charge sera supportée par le soumissionnaire intéressé. Ceci fait donc penser qu'il y a des marchés publics potentiellement internationaux.

207. — Pour les autres, l'accessibilité ne sera pas facilitée par la traduction mais par la mise en œuvre d'une assurance de traitement non-discriminatoire. Sur ce point, les intérêts des protagonistes se rejoignent dans la mesure où cela permet de bénéficier des meilleures offres, et d'autre part, de soumissionner de façon égale avec les concurrents locaux. La non-discrimination constitue donc un élément principal de l'ouverture de ces marchés. Toutefois, celle-ci est pondérée par certains impératifs propres aux pays en voie de développement qui connaissent des mutations économiques et qui sont animés par d'autres considérations, de développement entre autres. Dès lors, une faculté de discrimination est possible mais dérogatoire et ne peut être qu'une discrimination positive. Ainsi donc, cette possibilité sera ouverte par le texte de la CNUDCI sans motivations spécifiques mais tout en étant recommandé de la réserver à des situations exceptionnelles. Dans le cadre de l'AMP, celle-ci devra être négociée et approuvée par les parties, lui niant tout caractère légitime et la considérant comme une dérogation à l'Accord. L'AMP se révèle alors plus sévère dans l'appréciation des situations des pays en voie de développement, tandis que la CNUDCI adopte une position plus compréhensive.

208. — Toutefois, les instruments internationaux n'interviennent pas au niveau fiscal de la soumission d'une société étrangère dans la mesure où il s'agit là de toucher à un domaine sensible et réservé des États. Un trop grand interventionnisme en la matière aurait l'effet contre-productif de susciter des résistances à l'adhésion du texte et donc, une fermeture de l'objectif pourvu. Néanmoins, cet aspect de l'offre internationale constitue un point important dans la concurrentialité en ce qu'elle induit un différentiel de coût entre les soumissionnaires et donc une charge nécessairement répercutée dans l'offre et par là même, un désavantage concurrentiel.

209. — Dans la normalisation des procédures, les instruments internationaux tiennent compte de la nécessité de laisser aux États le soin de régler certains points comme ce peut être le cas dans la détermination de l'entité adjudicatrice. Si son activité est encadrée par l'AMP afin d'avorter les possibles détournement de procédure et la tentation d'avantager un soumissionnaire par rapport aux autres, celle-ci n'y est point définie contrairement à la CNUDCI qui en délimite les contours. Dans les deux hypothèses, la désignation de l'entité appartient à l'État-adoptant.

210. — Ainsi, cette entité, avec laquelle le soumissionnaire contractera, sera généralement une personne publique et dans l'hypothèse où il s'agira d'un État, se poseront certaines questions dues à ses attributs qui manifestent de la relation nécessairement inégalitaire entre les contractants. Dès lors, la pratique a tenté de neutraliser certains de ces pouvoirs afin de ne pas rendre la soumission d'une société étrangère trop aléatoire et trop dangereuse économiquement pour sa survie compte tenu des sommes en jeu mais aussi éviter de neutraliser l'activité de l'État. Ce que nous verrons dans la partie 2.

CONCLUSION TITRE 1

211. — L'appel d'offres international est donc une configuration qui, jusqu'alors, demeurait restreinte dans la mesure où peu de sociétés y voyaient un intérêt, si ce n'est les sociétés ayant une activité internationale. Il y avait alors un certain élitisme. La prise de conscience du volume des marchés publics a donc initié un mouvement tendant à leur ouverture. Celle-ci est donc perçue comme une manne financière pour les entreprises en ce qu'elles contractent avec une personne solvable et dont, justement, le financement du projet est pré affecté à sa réalisation. Un appel d'offres, pour être communiqué, doit d'ores et déjà avoir à disposition les fonds nécessaires. Dès lors, l'intérêt est manifeste et le projet à réaliser est assorti de contraintes identiques pour tous les concurrents, les plaçant sur un pied d'égalité, et offre également un champ aux sociétés de se mesurer à leurs rivaux du marché privé. Dans le cadre de l'appel d'offres, les concurrents se mesurent sur la base de spécifications identiques, qui ne doivent par ailleurs, ne pas être des moyens de discrimination et ne servir qu'à définir intelligiblement le besoin.

212. — Ainsi se retrouvent sur ces marchés, les majors des secteurs concernés mais également quelques sociétés de moindre importance qui s'organisent sous la forme de joint-venture ou de société en participation afin d'obtenir un marché d'envergure auquel elles ne peuvent répondre seules et donc, accéder à une activité valorisante tout en constituant un moyen de se faire connaître. Les marchés publics ont également la spécificité d'avoir des retombées commerciales importantes en ce qu'ils mettent en œuvre une concurrence de qualité. Toutefois, ces formes de groupement sont plus efficaces que la soumission isolée mais de façon moindre que la structure du groupe multinational. Cela indique une inégalité structurelle au sein de la concurrence.

213. — Toutefois, certains obstacles propres à tout échange international se font paraître parmi lesquels, en premier lieu, apparaît la question de l'accessibilité du marché. En effet, celle-ci se manifeste par l'information du marché qui nécessite une publicité large que matériellement la presse spécialisée ne peut réaliser entièrement et qui ne pourra que mieux se faire par la dématérialisation des procédures. Le support électronique présente la qualité d'abolir les frontières physiques et de

communiquer en temps réel dans une procédure comportant des délais de rigueur. Dès lors, l'accessibilité peut s'opérer, et les distances physiques s'effacer. Elle se traduit encore par la frontière de la langue justifiant de prévoir la possible traduction des documents mais qui, en raison du coût, n'est réservée qu'aux appels d'offres intéressant potentiellement la concurrence internationale. Mais la prise en considération de cette contrainte intervient pour abolir les entraves culturelles bloquant la participation de soumissionnaires potentiels. Il s'agit là d'une évolution rétablissant l'égal accès à la commande publique.

214. — Enfin, dans la mise en œuvre de la procédure également, les réflexes protectionnistes de certains États sont donc rationalisés par l'affirmation du principe de non-discrimination des soumissionnaires étrangers et locaux qui est effectivement vecteur de confiance puisque la soumission suppose engagement de la part des soumissionnaires de frais de participation qui, à défaut de ce principe, ne verraient plus l'intérêt de participer. De plus, il y va également de l'intérêt de l'entité de se voir proposer les meilleures offres possibles à la satisfaction de son besoin.

En effet, la mise en œuvre d'une concurrence optimale et réelle suppose que l'égalité de traitement entre ses participants soit assurée et à défaut de laquelle serait découragée l'initiative. Elle l'est par l'encadrement de l'activité de l'entité adjudicatrice dans ses relations aux soumissionnaires et dans la communauté d'informations dont ceux-ci bénéficient à tout moment, assurant ainsi l'intégrité de la procédure de passation. Même le facteur temps est encadré afin d'éviter de placer un soumissionnaire dans un avantage concurrentiel par l'avance d'informations.

215. — L'intégrité de la procédure se double d'une intégrité de la concurrence qui est recherchée. Aussi, la normalisation des procédures d'appel d'offres trouve-t'elle indispensable que les soumissionnaires répondent à certaines qualités, par la présentation de garanties, pour se voir attribuer le marché et qui est, d'une certaine façon, la recherche d'une vérité de la concurrence basée sur l'égalité des charges supportées. Initialement, les concurrents doivent être sur la même ligne, et la différenciation s'opérer par la qualité de la construction de l'offre.

TITRE 2. — LA RENCONTRE DE L'OFFRE ET DE L'ACCEPTATION

216. — La procédure de passation est un moment particulier puisqu'elle constitue l'espace dans lequel vont se confronter l'offre et les critères de sélection. L'offre déposée sera devenue irrévocable. Il en ressortira une évaluation. Sur ce point, l'entité adjudicatrice ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation. Ses décisions sont encadrées dans le choix de la procédure et dans l'évaluation des offres. Le choix de la procédure se fait en considération des textes indiquant celle de rigueur. Elle est déterminée par la valeur totale du marché. Quant à l'évaluation, elle s'opère au moyen de critères définis avant toute publicité du marché public. De la sorte le traitement égal des soumissionnaires est assuré, évitant de favoriser l'un d'entre eux mais encore la possibilité de détournement de procédure.

217. — L'acceptation sera déterminable avant même l'expression des soumissions par la fixation des critères d'attribution. Ils sont parfois pondérés à raison de leur importance. Les soumissionnaires en sont informés dès la publicité de l'avis d'appel d'offres. Il y a donc communication d'éléments du traitement des soumissionnaires permettant une appréciation et une prévisibilité dans l'examen de leur offre. L'incertitude réside alors dans la méconnaissance des offres concurrentes.

218. — Au regard des instruments internationaux, le choix de la procédure connaît des variations par rapport au droit interne. Mais tous convergent à cette acceptation de l'offre par l'entité adjudicatrice. Celle-ci se manifeste par l'attribution et/ou la signature du marché.

219. — Les instruments internationaux, contrairement au droit interne[245], proposent une alternative à l'entité adjudicatrice sur le critère d'attribution entre le moins-disant et le mieux-disant. Celle-ci réside dans une recherche alternative de fonctionnalité ou d'investissement. Il apparaît alors que certains pays n'ont que peu la possibilité de s'inquiéter de la rentabilité tant les besoins se font urgents et nombreux.

220. — Ainsi, il sera question du choix de la procédure et de son encadrement textuel dans un souci de préservation de l'égalité entre les soumissionnaires (chapitre 1) avant d'entrer dans l'évaluation des offres avec la question de l'avantage concurrentiel d'une entreprise subventionnée (chapitre 2) et l'engagement la personne publique.

[245] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 374, n° 568

CHAPITRE 1. — LE CHOIX DE LA PROCEDURE

221. — Les instruments internationaux prônent le recours à l'appel d'offres. Il est de principe en droit interne[246] puisqu'il assure une mise en concurrence effective et ouverte[247], pour beaucoup résultant de l'anonymat. Toutefois, le choix de la procédure n'est pas libre ; la passation du contrat se fait dans un cadre procédural bien défini par les textes. La valeur des marchés doit être comparée aux seuils fixés par les textes. Dès que la valeur du marché global atteint un certain montant, un type de procédure à utiliser lui correspond. Ainsi sont fixés différents seuils destinés à encadrer la passation des marchés. Leur valeur se trouve donc dans une fourchette correspondant à type de procédure.

222. — En effet, afin de répondre à un souci de simplification de l'achat public, certaines procédures particulières sont proposées ainsi que nous en connaissons en droit interne[248]. Elles se présentent comme des adaptations de la procédure d'appel d'offres ouvert. Toutefois, leur utilisation est particulièrement encadrée et surveillée. Il s'agit de protéger le libre jeu de la concurrence et évincer toute possibilité de détournement de procédure de la part de l'entité adjudicatrice. Elle pourrait être tentée de privilégier certains candidats en recourant à une procédure restreignant la concurrence appelée. L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) au travers de l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) en fait un souci majeur. La Loi-type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) met en balance le nécessaire concurrence et les impératifs économiques locaux.

---

[246] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 2001, p. 226, n° 1002

[247] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 361, n° 544

[248] Pour une typologie des procédures de passation en droit interne: Laurent RICHER, *Op. Cit.*, p. 381, n° 580

223. — La personne publique acheteuse va donc réaliser un achat soumis au principe de bonne gestion des deniers publics. Elle va encore organiser activement la concurrence[249]. Il transparaît une délicate balance d'intérêts à opérer. Il est donc intéressant de s'attarder sur la mise en œuvre de l'égalité entre les soumissionnaires dans le cadre de l'appel d'offres ouvert ou restreint (section 1) avant d'aborder les moyens de préserver et conserver une égalité dans le cadre des procédures plus particulières et moins anonymes (section 2).

SECTION 1. — LE PRINCIPE DE L'APPEL D'OFFRES

224. — L'appel d'offres est la procédure de principe tant en droit interne qu'au travers des instruments internationaux. Il s'agit en premier lieu de l'appel d'offres ouvert assurant d'une concurrence spontanée et donc accessible à tous et en second lieu de l'appel d'offres restreint qui maintient une concurrence effective mais qualitative. Toujours est-il que, pour construire leur offre, les soumissionnaires disposent des mêmes instruments de travail recensant les contraintes qui leurs sont imposées, ainsi que les conditions de soumission.

225. — Les entreprises se font donc communiquer par écrit ou par voie électronique un dossier de soumission, nommé en droit interne le Document de Consultation des Entreprises[250] (DCE). Celui-ci recense toutes les informations dont le soumissionnaire peut avoir besoin[251] et tend donc à l'exhaustivité. Seuls des éclaircissement peuvent être demandés à condition d'être retransmis à l'ensemble des soumissionnaires. Il constitue donc la base de formulation de l'offre (I). Toutefois, dans certaines hypothèses, des adaptations procédurales peuvent avoir lieu, mais ces procédures sont rigoureusement encadrées (II).

---

[249] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 361, n° 544

[250] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 2001, p. 121, n° 613

[251] Cyrille EMERY, *Op. Cit.*, p. 121, n° 614

I. — LES ELEMENTS DETERMINANTS DE LA SOUMISSION

226. — Au sein du dossier se retrouvent les éléments d'information du soumissionnaire sur la procédure et le besoin à satisfaire (B). Il spécifie le type de procédure engagée laquelle sera fixée en fonction de la taille du marché justifiant un mécanisme de seuils (A). Cela, sachant que « *pour la Loi-type, la règle, dans des circonstances normales, pour les marchés de biens ou travaux, est l'appel d'offres, méthode de passation des marchés reconnue par tous comme la plus efficace pour promouvoir la concurrence, l'économie et l'efficacité, ainsi que les autres objectifs énoncés dans le préambule*[252] ». Pour les marchés de services, elle recourt à des procédures de sélection des candidats suivies ou non d'une phase de négociations afin d'accorder la promotion de la concurrence, de l'objectivité et de la transparence avec l'importance fondamentale accordée aux qualifications et aux connaissances spécialisées des fournisseurs dans le processus d'évaluation. Depuis la réforme du Code des Marchés Publics du 7 janvier 2004, il n'est plus précisé le contenu minimal du document ainsi que le faisait l'ancien article 67, « *il appartient donc désormais aux personnes publiques de prendre, sur ces différentes questions, des dispositions de nature à garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique énoncés à l'article 1er du Code*[253] ». A cet égard, la réforme responsabilise certes l'acheteur public mais fait entrer les candidats dans des perspectives aléatoires, dans une procédure imprévisible et l'égalité dans la concurrence s'en trouve affectée. Elle amène les soumissionnaires à engager des frais pour participer sans encadrement constant.

---

[252] Loi-type de la CNUDCI, *Guide pour l'incorporation en droit interne,* introduction, p. 53: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[253] François LLORENS, *Réforme du CMP – Régime des procédures de passation: Contrats Marchés Publ*., févr. 2004, p. 42

A. — L'INFLUENCE DES SEUILS

227. — Les seuils influent sur le choix de la procédure. Celui-ci n'est donc pas libre. Aussi, en France, au-delà de 150.000 € HT pour l'État et 230.000 € HT[254] pour les autres personnes publiques acheteuses[255], le marché atteint non seulement le seuil communautaire pour les fournitures et les services et ainsi l'application des directives relativement à leur passation, mais encore le recours à l'appel d'offres est obligatoire avec une libre appréciation laissée à la personne publique acheteuse entre la procédure ouverte et celle restreinte[256].

Ces seuils répondent à une volonté de simplifier les procédures de passation et apportent une prévisibilité pour les candidats. Cette gradation du formalisme en considération de la taille du marché public correspond à une recherche d'équilibre entre efficacité de la commande publique et mise en œuvre de la concurrence. Les marchés les plus importants doivent alors assurer les candidats d'un traitement objectif et rigoureux en raison des frais engagés par ceux-ci pour étudier une offre et dont le défaut inhiberait l'initiative et l'intérêt à soumissionner.

228. — La réforme du Code des Marchés Publics du 7 janvier 2004, en augmentant les seuils, a réduit de ce fait le champ de l'appel d'offres[257] ; il demeure la procédure de principe[258] mais on regrette la réduction des hypothèses pour y recourir alors que sont réaffirmés les principes fondamentaux de la commande publique[259] tels la liberté d'accès aux marchés, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Car l'appel d'offres demeure la procédure les garantissant le mieux.

---

[254] Stéphane BRACONNIER, *Réforme du CMP – Choix des procédures et calcul des seuils: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, pp. 33 et s.

[255] Seuils du Code des Marchés Publics de 2001: 130.000 € HT pour l'État et 200.000 € HT pour les autres personnes publiques acheteuses

[256] P. COSSALTER, *Appels d'offres ouverts ou restreints: les critères d'un choix: Gaz. Comm*, n° 1333/43, 13/11/95, p. 89

[257] François LLORENS, *Réforme du CMP – Cadre général de la commande publique: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, p. 25

[258] Art. 26 al. 1Er du CMP

[259] Art. 1er.I du CMP

229. — Mais il faut veiller qu'en deçà des seuils, la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidatures et des offres ne soient délaissés. De telle sorte que la Cour d'Appel de Colmar[260] a considéré dans une affaire relative à une maîtrise d'œuvre qu'il faut « *même en l'absence de recensement formel, disposer de plusieurs noms et connaître les compétences réelles ou supposées, les moyens d'éventuels candidats [...] qu'en cette absence totale de concurrence réside la rupture du principe d'égalité de la commande publique constitutive de l'avantage injustifié* ». La restriction du champ d'ouverture à la concurrence constitue donc un élément de rupture d'égalité en n'assurant pas à tout intéressé de candidater et corrélativement, place le candidat considéré dans une situation préférentielle en disposant du confort de l'absence de rivalité.

Il en résulte que l'accroissement d'importance des marchés publics a pour corollaire un élargissement de la concurrence sollicitée. De telle sorte que les petits marchés, perçus comme insuffisamment pertinents, ne justifieraient pas un appel d'offres ouvert. Pourtant ils représentent une fraction importante de l'ensemble des marchés publics en raison de leur récurrence. Cette position n'est compréhensible que dans la mesure où l'on prend en considération l'efficacité de la commande publique qui ne veut engager le coût d'une procédure d'appel d'offres que de façon justifiée. Ce qui est le cas de marchés de valeur conséquente.

230. — L'AMP n'a, dans cet esprit, vocation à jouer qu'à partir d'une certaine valeur du marché public. De la sorte, il ne règle principalement que les procédures d'appel d'offres ouverts et restreints. Son seuil d'application[261] est, en l'espèce, fixé à 130.000 DTS[262] pour les achats de produits et services des gouvernements centraux, 200.000 DTS pour les mêmes achats des entités des gouvernements sous-centraux et de 400.000 DTS, pour ceux des services publics. Le seuil des marchés concernant les services de construction est fixé à 5 millions de DTS. En deçà de ces seuils, l'AMP ne peut s'appliquer et les soumissionnaires doivent donc se conformer à la législation nationale des marchés publics. Dès lors, le traitement national exigé par l'Accord ne saurait être de rigueur, ni ses dispositions normalisées. Il tend donc à réguler la

---

[260] CA Colmar, 12 déc. 1997, n° 1387/97

[261] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, p. 344

soumission internationale susceptible d'apparaître, selon ses prévisibilités, dans le cadre de marchés de grande importance. Ces seuils correspondent à la valeur estimée à partir de laquelle les soumissionnaires étrangers sont intéressés de participer.

La Loi-type renvoie, quant à elle, la détermination des seuils d'application à la législation interne de l'État-adoptant en recommandant de considérer le coût de la procédure et la valeur du marché. Par exemple, l'incorporation de la procédure de sollicitation de prix sera limitée aux marchés de valeur inférieure au seuil fixé[263].

231. — L'appel d'offres ouvert est donc la procédure suivant laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner, la communication du besoin est donc générale et constitue une invitation à entrer en pourparlers à la réponse de laquelle la personne publique acheteuse ne saurait être liée. L'offre est donc de l'initiative des soumissionnaires.

Par ailleurs, le choix se fait également en considération du nombre d'opérateurs économiques ayant les capacités de répondre sur le marché considéré. En effet, leur nombre élevé expliquera le recours à l'appel d'offres restreint afin de permettre de bonnes conditions de traitement des soumissions et ne pas déborder l'entité adjudicatrice. L'appel d'offres restreint appelle donc une présélection des candidats. L'appel d'offres restreint se décompose en deux temps, à savoir la sélection des candidats sur leurs qualités, puis la sélection sur les offres.

232. — L'AMP propose de dresser, pour l'entité, une liste permanente de fournisseurs qualifiés[264] rassemblant toutes les entreprises satisfaisant aux conditions[265]. Il existe une procédure analogue en droit communautaire.

Toute entreprise pourra être examinée de ce point de vue afin d'y figurer. Cette liste constitue donc une présomption de qualifications au marché public[266].

---

[262] *DTS*: Droits de tirage spéciaux

[263] Art. 21.2 de la Loi-type de la CNUDCI ; http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe* ; Loi-type de la CNUDCI: *Guide pour l'incorporation en droit interne*, p. 76: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[264] Art. VIII de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[265] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 362

[266] Pierre DIDIER, *Op. Cit.*, p. 358

La Loi-type, quant à elle, ne prévoit pas une telle hypothèse mais envisage une possible procédure de présélection. Elle débute par une invitation de l'entité adjudicatrice à présenter une demande de présélection suivant la même procédure que la sollicitation des offres et comportant les mêmes indications, toujours rédigées « *dans une langue courante du commerce international*[267] ». Cette procédure « *a pour objet d'éliminer, dès les premières étapes de la passation d'un marché, les fournisseurs et entrepreneurs qui n'ont pas les qualifications requises*[268] » en considérant que dans les cas de marchés complexes, de valeur élevée ou très spécialisés, « *l'évaluation et la comparaison des offres ou propositions sont beaucoup plus longues, compliquées et onéreuses* ».

Un dossier de présélection doit donc être demandée par l'entrepreneur intéressé, lequel dossier doit comporter les instructions pour la présélection, la récapitulation des conditions du marché, les pièces ou informations des qualifications de l'entrepreneur, les mode, lieu et délai de soumission, les autres conditions, ainsi que tous les renseignements connus de l'invitation à soumissionner[269]. L'information doit donc être maximale afin d'assurer d'un traitement objectif, équitable et convenu, elle doit porter à la connaissance des intéressés l'intégralité des informations connues et ainsi leur éviter d'engager des frais pour une sélection à laquelle ils ne sont pas en mesure de prétendre pour défaut des documents exigés,....

Le grief qui apparaît repose sur les critères de présélection. Ceux-ci reposent sur les qualifications des soumissionnaires et non sur la qualité de leurs propositions. Si, en effet, un candidat ne remplit pas les conditions de qualifications, il ne pourra être attributaire du marché. Cependant, la question demeure de savoir combien d'entrepreneurs ou de fournisseurs resteront en lice après cette présélection. Cet instrument ne doit permettre que d'exclure les candidatures irrecevables mais en aucun cas devenir un élément de la décision d'attribution. Dans ce cas, cela reviendrait à faire un usage discriminant de ce qui ne doit être destiné qu'à assurer du sérieux de l'entreprise.

---

[267] Art. 24.2 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[268] Loi-type de la CNUDCI, *Guide pour l'incorporation en droit interne*, art. 7.1 de la Loi-type, p. 67: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[269] Art. 7 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

233. — L'usage d'une procédure est par ailleurs conditionné par la valeur du marché envisagé. L'entité ne peut la choisir librement de sorte à avantager un intéressé. Toutefois, le seuil de référence est celui de l'appel d'offres à partir duquel se déclinent les adaptation procédurales à raison de circonstances particulières parmi lesquelles figure le faible montant du marché. Toutefois, ces derniers représentent, à leur addition, une part substantielle du total du volume des marchés publics qu'il conviendrait d'apprécier au regard de la mise en concurrence réelle.

La position de l'appel d'offres en procédure de droit commun tient à ce qu'elle fait appel à des agents économiques sans distinction et de ce fait, ouvre l'accès à la commande publique. La seule condition de participation réside alors dans l'intérêt des entrepreneurs ou fournisseurs à soumissionner. Il n'y a dès lors aucune discrimination initiale, la différenciation devenant le fait des candidats les uns vis-à-vis des autres. Il va de soi que la procédure restreinte n'accueille pas les offres de façon aussi large en opérant un filtrage avant l'examen du fond des propositions, sans toutefois opérer de discrimination a priori dans la mesure où tout candidat intéressé peut se présenter à la présélection. La concurrence sera alors moins hétérogène mais demeurera optimale et qualitative par le filtrage opéré sur les qualifications. Aussi les candidats seront mis en possession des mêmes documents de travail, à savoir le dossier recensant toutes les informations relatives au marché public.

B. — LE DOSSIER DE L'APPEL D'OFFRES

234. — La teneur du dossier doit être la plus complète possible en ce qu'elle marque l'entrée dans la procédure et constitue la base de formulation de l'offre et l'instrument de travail commun à tous les candidats[270].

235. — La documentation relative à l'appel d'offres tend à organiser la procédure de passation et renferme toutes les informations pertinentes de la soumission[271], à savoir

---

[270] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 364

[271] Art. 27 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe* ; art. XII de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

les instructions quant à la soumission des offres: la période, la langue, la possibilité de modification ou de retrait des soumissions, les garanties du soumissionnaire. L'AMP précise aussi les coordonnées de l'entité et les personnes admises à assister à l'ouverture des soumissions qui constitue, par ailleurs, une faculté permanente pour la Loi-type. La teneur du document est donc préfixée à ces éléments, assortie de la mention des spécificités de certaines procédures telles que prévues par la Loi-type. Son contenu doit être exhaustif. En France, il est précisé que « *le règlement de la consultation est un document non contractuel élaboré par l'acheteur public et destiné à informer les candidats et concurrents sur les conditions générales du marché à passer ainsi que sur les règles du jeu de la concurrence*[272] ».

236. — La documentation tend donc à être exhaustive par rapport au déroulement de la procédure et à ses conditions afin « *de réduire le risque de voir des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés être désavantagés, voire rejetés, faute de renseignements clairs sur la manière d'établir les offres* [273] », mais aussi afin de mettre l'entité adjudicatrice en mesure de comparer les offres de manière objective et équitable.

237. — Outre les spécifications du besoin et les informations contenues dans l'avis à la concurrence, la documentation comprend les critères d'adjudication, « *y compris tous les éléments autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation de la soumission*[274] ». Il s'agit donc de donner, aux futurs soumissionnaires, tous les éléments de l'attribution de façon transparente afin de gagner leur confiance dans la procédure, les mettre à égalité d'évaluation mais aussi, de façon indirecte, communiquer les éléments déterminants les rendant à même de contrôler la légitimité de l'attribution définitive. En effet, les luttes d'influence sont importantes dans les procédures d'appel d'offres en raison de l'objectivité de la concurrence provoquant un contentieux fameux, parce que récurrent, de corruption, favoritisme, et prise illégale d'intérêts.

238. — En France, ce dossier dénommé dossier de consultation des entreprises sera plus ou moins substantiel selon la procédure engagée. Pour une mise en concurrence

---

[272] L. Rapp *et alii*, *Droit public des affaires: Lamy*, 1997, mis à jour 2001, p. 616, n° 1451

[273] Loi-type de la CNUDCI, *Guide pour l'incorporation en droit interne*, p. 78: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[274] Art. XII.2.h) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

simplifiée, il prend la forme d'une « lettre de consultation » renseignant sur le besoin, objet du marché.

239. — Ainsi, le document d'appel d'offres est la première étape, l'entrée dans la procédure des futurs soumissionnaires. Il tend à être exhaustif et fixe les conditions de l'appel d'offres de façon initiale et définitive. Les entreprises ou fournisseurs détiennent alors tous les éléments utiles à l'élaboration concrète de leur offre, ils sont traités de façon égalitaire.

Il constitue la trame de l'offre et est remis à tout intéressé en faisant la demande. C'est une base de formulation de l'offre.

Toutefois, des éclaircissements peuvent être demandés et communiqués[275]. L'article XII.3 de l'AMP prévoit donc cette possibilité tout en exigeant que la demande relative à la documentation soit raisonnable de la part des soumissionnaires. Et si elle concerne l'appel d'offres lui-même, l'AMP requiert que les renseignements ne confèrent pas un avantage concurrentiel. La Loi-type prévoit, en son article 28, qu'une réunion peut être organisée afin de répondre aux demandes d'éclaircissement des candidats assortie d'un procès-verbal les regroupant et « *communiqué promptement à tous les fournisseurs et entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leurs offres* ».

240. — Ainsi, la documentation de l'appel d'offres constitue la base de formulation de l'offre, si bien que des informations complémentaires peuvent s'avérer nécessaires s'agissant d'un instrument de travail. Sur la base de ce document et des adjonctions, le candidat devra construire son offre. La Loi-type et l'AMP[276] rappellent bien qu'une offre est considérée comme conforme « *que si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation*[277] ». La non-conformité étant alors une circonstance de rejet de l'offre[278]. De la sorte, toute rupture d'égalité d'information

---

[275] Art. 28 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe* ; art. XII.3 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[276] Art. XIII.4.a) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[277] Art. 34.2.a) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[278] Art. 34.3.c) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ;

est susceptible de créer un avantage concurrentiel, d'où la nécessaire rigueur et logistique dans le traitement des informations.

Ces dispositions visent à placer les soumissionnaires sur un pied d'égalité initial et leur donner un cadre de contraintes identiques. L'éloignement suffit au rejet de leur offre. La différenciation de l'offre doit s'opérer par la meilleure exploitation des contraintes prodiguées et non par l'éviction de celles-ci.

241. — Aussi, la présentation d'une offre alternative est-elle rejetée. Il s'agit là de proposer une solution technique mettant en œuvre d'autres moyens que ceux sollicités par l'entité adjudicatrice. En droit interne, l'offre est dite « *en variante* » et est acceptée à la condition que soit par ailleurs déposée une offre conforme. En effet l'article 50 du CMP de 2001 dispose que « *sauf disposition expresse contraire figurant dans le règlement de consultation, les candidats peuvent présenter une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges qui ne sont pas qualifiées d'intangibles dans le règlement de consultation* ». La réforme du Code des Marchés Publics reprend le principe de l'examen de l'offre de base, puis des variantes à l'article 53 du CMP.

Aussi certaines caractéristiques sont considérées comme indispensables et spécifiées comme telles, mais une certaine faculté de proposition est reconnue aux soumissionnaires. Toutefois, ce même article précise que « *les variantes doivent être formulées avec l'offre de base* ». C'est l'offre de base, conformément à l'article 53.V du CMP qui servira à la première évaluation des offres afin d'obtenir un classement des candidats, et dans un second temps, seront appréciées les offres en variante. L'offre en variante ne doit pas permettre au soumissionnaire de se dégager des contraintes posées par l'entité et se distinguer de la concurrence par un moyen alternatif. Aussi, son évaluation reposera sur les critères communs à tous les soumissionnaires mais, afin de ne pas inhiber l'initiative et les propositions pertinentes, la faculté est prévue d'apporter à l'objet du marché en proposant un moyen différent y répondant et respectant l'économie générale du projet. Alors, la Commission d'Appel d'Offres a l'obligation d'apprécier les offres dans toutes leurs composantes, y compris les variantes[279].

Annexe

[279] CE, 16 juin 1997, *Préfet du Morbihan c. / Commune de Guilliers: Rec.,* p. 234

242. — Cependant, la personne publique peut en interdire le recours et le droit communautaire impose de mentionner l'interdiction des variantes, lorsqu'elle existe, dans l'avis à la concurrence[280] et non dans le règlement de consultation ainsi que le mentionne l'article 50 du CMP.

243. — Ainsi, l'offre alternative est acceptable en droit interne dans la mesure où elle ne permet pas de se dégager des contraintes communes à la concurrence et que le soumissionnaire s'y intègre en formulant une offre conforme. Les instruments internationaux ne prévoient pas cette faculté dans la mesure où il s'agit d'une subtilité délicate à mettre en œuvre et non dénuée de toute ambiguïté. En effet, cette faculté ouvre la possibilité de déroger au jeu de la concurrence pour le soumissionnaire ou pour l'entité. Or ces textes tendent à une normalisation et donc à fixer des règles directrices, simples et acceptables par tous les États. Dès lors, seuls les principes essentiels à un mise en concurrence effective importent.

II. — L'ANONYMAT DANS LES SOUMISSIONS

244. — L'un des gages de l'égalité de traitement réside dans l'anonymat régissant l'examen des soumissions. En effet, seules les propositions sont examinées, sans pouvoir être imputées à un candidat. La procédure de principe de l'appel d'offres fonctionne sur ce principe (A) mais certaines inflexions peuvent s'opérer en raison de considérations pragmatiques (B).

A. — LA DISCRETION DANS LA SOUMISSION

245. — Les procédures de passation de rigueur sont, ainsi qu'en France, les appels d'offres ouvert ou restreint qui se caractérisent par un traitement anonyme des soumissions. La Loi-type établit un nombre de procédures plus important avec des combinaisons plus variées que l'AMP qui n'en contient que trois, dont les deux de droit commun sont des appels d'offres. Toutefois, la CNUDCI porte explicitement en principe la procédure d'appel d'offres ouvert pour les marchés de biens et de

[280] Annexe III.B.6 de la Directive *Services:* http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/reg/fr_register_063040.html

travaux[281]. Pour les marchés de services, elle permet le recours aux procédures avec négociations.

246. — L'appel d'offres se caractérise donc par le cloisonnement des offres les unes des autres opérant un parallélisme de celles-ci adressées à l'entité adjudicatrice. Aussi les soumissionnaires tiennent à conserver le secret sur leur proposition.

Le secret qui anime la vie des affaires se retrouve encore dans les textes de l'AMP et de la CNUDCI par la discrétion de l'entité adjudicatrice sur les offres soumises. La confidentialité des soumissions est de rigueur et constitue un facteur d'égalité en ce que chaque entreprise est censée proposer, sans pression des concurrents, l'offre et le prix qui lui paraissent adéquats. La Loi-type impose ainsi, à son article 45, une obligation de confidentialité relative aux propositions des fournisseurs ou entrepreneurs en compétition afin de « *promouvoir la confiance dans la passation des marchés* [282] » et surtout éviter que des informations importantes pour le marché soient transmises à la concurrence.

247. — Cependant, il peut exister une certaine divulgation. Ainsi, dans le cadre de l'AMP, les entités n'ont à divulguer, dans les 72 jours suivant l'attribution, qu'un « *certain nombre d'informations pertinentes, y inclus la valeur de l'adjudication ou de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte dans l'adjudication du marché*[283] ». Les autres informations n'étant fournies que sur demande d'un candidat et relativement à son offre. Les entités peuvent toutefois y déroger, conformément à l'article XVIII.4 de l'AMP, « *notamment lorsque la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprise publiques ou privées ou pourraient nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs*[284] », c'est à dire que la divulgation peut permettre l'alignement des concurrents lors de marchés ultérieurs comparables.

---

[281] Art. 18 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[282] Loi-type de la CNUDCI, *Guide pour l'incorporation en droit interne*, p. 91: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[283] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 374

[284] *Ibid*.

La discrétion est donc de rigueur au cours de l'appel d'offres, mais une divulgation est organisée par la Loi-type de la CNUDCI au moment de l'ouverture des soumissions. Elle prévoit[285], afin d'assurer de la transparence du marché, que les candidats peuvent assister à l'ouverture qui se fait à la date limite de soumission des offres. Y est annoncée l'identité du candidat dont l'offre est ouverte ainsi que le prix soumissionné. Pour ceux absents, cette information peut leur être transmise à leur demande.

248. — Cette divulgation est atypique dans les procédures de passation communément rencontrées et constitue une entorse à la discrétion courue dans le monde des affaires, mais le but de la CNUDCI est de garantir de transparence la passation prévalant, donc, sur l'anonymat total. Toutefois, cette divulgation ne s'opère qu'au terme de la passation, c'est à dire avant l'attribution. Mais au stade de la construction de la proposition, l'anonymat et la discrétion demeurent de rigueur afin de maintenir le jeu de la concurrence. Au terme de la procédure, la transmission de ces informations assure le contrôle de la part des autres soumissionnaires de la régularité de la passation mais présente l'inconvénient de procurer un avantage concurrentiel sur les marchés ultérieurs analogues des autres soumissionnaires en indiquant l'éventail de prix dans lequel les concurrents se positionnent. Aussi l'AMP adopte sur ce point une position plus protectrice des soumissionnaires en les assurant d'une divulgation a minima à laquelle il est possible de déroger.

249. — Cette discrétion est donc un corollaire du secret de la vie des affaires où les rivalités sont encore plus concentrées dans le cadre d'un marché public. Dès lors, il devient gênant que sa proposition soit divulguée en ce qu'elle est révélatrice également de la situation financière de la société. La proposition d'un prix très bas assurant de l'attribution du marché sera perçue comme la manifestation d'une entreprise « *aux abois* » et donc discréditée au regard des concurrents.

Enfin, la communication des prix proposés par les candidats évincés n'est pas une nécessité car, seule celle de l'attributaire peut être examinée au regard de la régularité de la passation et l'examen des raisons du rejet, seuls intéressant le soumissionnaire. Ceci est d'ailleurs une des raisons justifiant qu'à la demande de celui évincé, on l'informe, ainsi que l'indique l'article XVIII.2 de l'AMP, des

---

[285] Art. 33 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

pratiques et procédures en matière de passation des marchés, des raisons de son évincement ainsi que celles du rejet de son offre par rapport à celle retenue.

Aussi, le respect de la concurrence exige une telle condition mais encore l'égalité des soumissionnaires en ce que ceux-ci procèdent sur la même base d'informations et toute communication des offres de certains constituerait un avantage pour ceux en cours d'élaboration en donnant un référentiel de prix.

B. — DES NEGOCIATIONS DANGEREUSES

250. — Aussi l'absence de négociations est une autre caractéristique des procédures d'appel d'offres[286]. L'article 33 du CMP mentionne que le marché est attribué sans négociation et l'article 65-I ajoute qu'il « *ne peut y avoir de négociation avec le candidat* ». La Loi-type les interdit formellement également en son article 35 puisqu'elle considère qu'elles pourraient aboutir à une sorte de vente aux enchères dans laquelle une offre soumise serait utilisée pour faire pression sur un autre candidat afin qu'il baisse son prix ou améliore d'autres éléments de son offre[287]. Cette pratique est gênante et a pour conséquence l'abstention de toute participation de certains entrepreneurs ou fournisseurs ou à l'inverse, leur majoration tarifaire en prévision de ces négociations[288].

251. — Pourtant ces négociations sont envisagées. La problématique résidera alors dans l'évitement d'une pratique de « *mise aux enchères*[289] ». Elle serait assurée par la confidentialité entourant ces négociations. La réforme du Code des Marchés Publics du 7 janvier 2004 ouvre un recours élargi au dialogue compétitif et un renforcement général de la négociation[290].

---

[286] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas,* 1re éd., 2001, p. 235, n° 1025

[287] Art. 35 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[288] Loi-type de la CNUDCI: *Guide pour l'incorporation en droit interne*, p. 86: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[289] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 367

[290] Stéphane BRACONNIER, *Réforme du CMP – Choix des procédures et calcul des seuils: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, pp. 33 et s.

Les négociations peuvent être consécutives à l'évaluation[291] ainsi que le présente la Loi-type. Il s'agit de fixer un seuil à partir des critères d'adjudication et ne retenir que celui ayant obtenu la meilleure note afin de négocier. Faute d'aboutissement, l'entité élimine le premier et invite le second à négocier, ainsi de suite. Dès lors, la succession des négociations empêche tout moyen de pression sur le soumissionnaire dont l'éviction est définitive, ce qui octroie un caractère constructif pour les protagonistes et une certaine rigueur dans la traitement des candidats. A cet égard, la procédure présente des garanties. Seulement, l'inconvénient majeur est que l'échec des négociations est éliminatoire et elles sont menées au fur et à mesure sur la base de propositions de moins en moins bonne qualité. Aussi, à terme, la personne publique court le risque de contracter sur la base d'une offre peu intéressante mais dont les négociations ont abouti.

252. — L'AMP prévoit cette faculté[292] de négociations de façon simultanée à l'évaluation à condition de l'avoir préalablement indiqué dans l'avis ou lorsqu'aucune soumission « *n'est manifestement la plus avantageuse selon les critères d'évaluation* ». De la sorte, elle évite l'écueil précédent. Mais elle ne protège aucunement les candidats de pressions sur leurs propositions. La Loi-type[293] et l'AMP l'aménagent dans le but de « *déterminer les points forts et les points faibles des soumissions*[294] » sans opérer de discrimination entre les candidats[295]. A cette fin, l'AMP précise que l'élimination doit s'opérer sur la base des critères initiaux, les modifications des critères ou spécifications devant être communiqués à tous les candidats en négociation[296], et il doit leur être alors permis de modifier leur offre sur cette nouvelle base. Au terme de ces négociations, un délai identique est attribué afin qu'ils présentent une soumission finale. Mais cette faculté n'est pas exempte de

---

[291] Art. 44 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[292] Art. XIV de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[293] Art. 43 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[294] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 367

[295] *Ibid*.

[296] *Ibid*.

critiques et dans la pratique, « *il peut être difficile d'éviter que le système de négociation ne devienne une enchère ou, pire ne permette de discrimination*[297] ».

253. — En effet, une certaine personnalisation s'introduit dans les rapports à l'entité dans une procédure que se veut objective. Et, dès lors, une influence peut être exercée sur l'une ou l'autre partie aux négociations. Aussi, la simultanéité de celles-ci et de l'évaluation peut permettre une part de persuasion ou un éclairage faussé sur une offre. Si le but est l'explicitation des propositions formulées, il n'en demeure pas moins qu'elle peut fausser l'appréciation ou être instrumentalisée pour faire pression sur les soumissionnaires. Le recours aux négociations paraît dangereux et insatisfaisant pour ces raisons. Il ne semble ni permettre une égalité de traitement des candidats, ni donner la possibilité à la personne publique d'acheter dans ses intérêts. Il en résulte que les négociations, quelque soit les précautions prises, ne permettent *per se* de coordonner les intérêts divergents des parties. Elles portent sur un point où ceux-ci sont inconciliables.

254. — Pourtant, les directives *Fournitures* et *Réseaux* les aménagent également. La première[298] en prévoit le recours en cas de soumissions irrégulières ou de candidats dépourvus des qualités exigées. Alors est publiée une nouvelle invitation et les participants au premier appel acceptables doivent être inclus. Ils doivent être au minimum trois à négocier. La seconde directive, dite *Réseaux*, permet à l'entité de consulter les candidats et de négocier avec eux les conditions du marché et de ce fait n'évite pas le système d'enchères.

Ainsi, les directives communautaires prévoient une procédure de négociation[299] sans condition particulière, ni obligation d'objectivité attachée au système de négociations ainsi que l'encadre l'AMP[300]. La confidentialité qui y est attachée doit assurer le cloisonnement des propositions. Cependant, on peut douter qu'en pratique ce soit le cas, et que pratique de la mise aux enchères ne soit opérée. Les Directives ouvre la possibilité mais ne l'encadrent pas. Elle apparaît comme un vivier de

---

[297] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 367

[298] Art. 6.2 de la directive *Fournitures :* http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html

[299] Pierre DIDIER, *Op. Cit.*, p. 354

[300] Pierre DIDIER, *Op. Cit.*, p. 368

discriminations et fait apparaître une approche naïve de la question que l'on peut regretter.

255. — Les concurrents doivent être mis en mesure de candidater à jeu égal avec les autres, et le procédé pour y parvenir consiste à transmettre les mêmes instruments de travail à chacun d'entre eux. Aussi travaillent-ils sur le même document de base, à savoir le dossier reprenant l'ensemble des contraintes auxquels ils sont soumis à partir duquel doit se construire une proposition. Dès lors, la différenciation s'opérera sur des arguments objectifs identiques à tous. Si bien que l'offre alternative n'est pas envisagée, contrairement au droit interne, par les instruments internationaux mais pour des raisons qui tiennent à leurs objectifs et à leur raison d'être, à savoir la normalisation et non l'uniformisation des législations. Toutefois, la faculté en droit interne de proposer des variantes ne permet pas de se dégager de l'instrument de travail de base auquel elle doit répondre afin d'être évaluer et auquel s'adjoint l'offre alternative. Dès lors, il n'est pas permis de rompre l'égalité initiale des soumissionnaires.

256. — Cependant, le droit communautaire en ouvrant une procédure de négociation peu encadrée offre une faculté de discrimination qu'il sera indispensable de résorber, au moins, par la jurisprudence. Les hypothèses de négociations doivent demeurer exceptionnelles et être justifiées par une complexité technique particulière[301], si bien que le principe doit être celui de l'interdiction. La subjectivité peut dépasser les but poursuivi par la simultanéité des négociations et de l'évaluation, introduisant un pouvoir de pression de la part de chacun des protagonistes ; pression éliminée par les dispositions de la Loi-type réglant le classement objectif des propositions à partir duquel s'opère la succession des négociations après éviction définitive du précédent.

SECTION 2. — LES NECESSITES D'ADAPTATIONS

257. — Au principe de l'appel d'offres, garantie de mise en concurrence et d'égalité, s'est combiné des procédures plus souples et moins onéreuses pour la personne

[301] Cas de la procédure du dialogue compétitif décrite aux articles 67 et 68 du CMP

publique afin de satisfaire aux besoins qui se manifestent. Cependant, ces adaptations issues d'un certain pragmatisme affectent l'égalité des candidats. Aussi convient-il d'envisager ces procédures assouplies (§1) avant de voir leur encadrement afin de pallier leur effet sur l'égalité (§2).

PARAGRAPHE 1. — LES PROCEDURES ASSOUPLIES

258. — Aussi ces considérations concrètes (B) justifient des adaptations procédurales à la passation d'un marché public présentant, de la sorte certaines spécificités dues à la faculté de négocier, par rapport à l'anonymat de l'appel d'offres ouvert (A).

A. — LES SPECIFICITES PROCEDURALES

259. — La procédure d'appel d'offres qu'elle soit ouverte ou restreinte demeure une procédure longue, coûteuse, et contraignante que le besoin à satisfaire ou l'état du marché concurrentiel privé ne justifient pas. Parmi les procédures alternatives, l'on trouve certaines d'entre elles qui font appel à la participation des soumissionnaires afin de consultation dans la définition du besoin présentant des difficultés (1). D'autres permettent à l'entité d'aller au-devant des fournisseurs et entrepreneurs afin qu'ils lui présentent des offres (2) mais en raison de la faible publicité et donc parallèlement de l'atteinte à l'égalité de traitement par cette subjectivité, elles demeurent circonscrites à des hypothèses où le marché privé les justifie.

1. — LA PARTICIPATION DES SOUMISSIONNAIRES

260. — La CNUDCI envisage un appel d'offres en deux étapes afin de permettre des négociations avec les soumissionnaires dans l'hypothèse d'un besoin difficile à définir. De la sorte, ces discussions tendent à déterminer de façon consensuelle, et avec les compétences techniques des intéressés les spécifications du besoin. En raison de la personnalisation des rencontres et donc de la connaissance de ceux-ci par l'entité, une subjectivité intervient et peut être un pouvoir d'influence si bien que la

phase d'évaluation doit demeurer objective et réalisée au moyen classique des critères pré-établis.

261. — Cet appel d'offres en deux étapes se déroule de la façon suivante. Les candidats doivent ainsi proposer leur offre initiale sans mention du prix, le dossier de sollicitation comportera les caractéristiques nécessaires et conditions exigées. En suite de cela, l'entité pourra engager des négociations avec les candidats dont les offres ne sont pas encore rejetées, « *au sujet de tout aspect de son offre*[302] ». Intervient ensuite la deuxième étape au cours de laquelle les candidats en lice soumettent leur offre finale assortie du prix lesquelles seront « *évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir* » classiquement. Le mécanisme de cette procédure repose ainsi sur l'attitude passive de l'entité qui ne participe pas aux débats mais incite à proposer et opère ensuite un choix qualitatif et incertain pour les soumissionnaires à défaut d'être en possession de tous les éléments du besoin.

262. — Aussi cette procédure présente la caractéristique de ne pas être figée, les spécifications du cahier des charges pouvant évoluer, et sert aussi les hypothèses où l'entité ne peut définir avec précision l'objet du marché. Elle offre alors une liberté à la créativité des entreprises mais corollairement de grands risques d'impertinence des propositions. Cette procédure est donc plus réceptive aux propositions tout en étant plus délicate pour les candidats dans la mesure où le passage aux négociations intervient après primo sélection. Un certain anonymat demeure conservé au moment de l'adjudication afin de garantir un traitement égal des soumissionnaires, bien que celui-ci fasse pantomime dans la mesure où l'entité connaît le contenu des propositions émises et peut identifier son titulaire.

263. — Cette procédure est à rapprocher de celle du dialogue compétitif en droit interne[303]. Elle est « *censée permettre à l'acheteur public d'affiner ses besoins théoriques par rapport à la réalité du marché, par l'instauration d'un dialogue entre celui-ci et les entreprises potentiellement intéressées* [304] ». La personne publique ne

---

[302] Art. 46.2 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[303] Art. 67 et 68 du CMP

[304] Stéphane BRACONNIER, *Réforme du CMP – Choix des procédures et calcul des seuils: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, p. 35

peut alors y recourir que « *lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins* [305] » ou « *lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet* [306] ». Dès lors, elle se distingue de la négociation dans la mesure où elle s'approche davantage d'une consultation, d'un conseil. Néanmoins, en pratique, la différenciation résultera des comportements des agents et l'écueil résiderait en ce que de la consultation, l'entité adjudicatrice exploite cet espace de dialogue pour négocier. Dès lors, son rôle deviendrait actif.

2. — LA SOLLICITATION DE L'ENTITE

264. — Mais d'autres hypothèses requièrent que l'entité aille au-devant des entrepreneurs et fournisseurs, conférant à la procédure une certaine personnalisation. En effet, l'entité peut contacter les entrepreneurs ou fournisseurs afin qu'ils lui présentent leur offre.

265. — L'AMP envisage ainsi l'appel d'offres limité que la Loi-type dénomme sollicitation « *selon laquelle l'entité s'adresse à des fournisseurs individuellement*[307] » sans faire paraître d'invitation à soumissionner.

Il s'agit d'une procédure dont l'utilisation est limitée dans la Loi-type à des cas exceptionnels parce que « *le recours injustifié à cette méthode de passation des marchés compromettrait fondamentalement les objectifs de la Loi-type*[308] ». L'AMP rappelle que ne sont admis à soumissionner que les entrepreneurs ou fournisseurs qui ont été invités à le faire[309] et qui figurent sur la liste des fournisseurs qualifiés. Toutefois, si un candidat, informé de l'avis, demande à soumissionner sans appartenir à la liste, il doit pouvoir le faire « *à condition que la procédure de qualification puisse être accomplie en temps voulu. Les entités doivent admettre le*

---

[305] Art. 36 du CMP

[306] Art. 36 du CMP

[307] Art. VII.3.c) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe* ; Art. XV de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[308] Loi-type de la CNUDCI: *Guide pour l'incorporation en droit interne*, p. 75: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[309] Art. VII.3.b) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

plus grand nombre de candidats compatibles avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation de marché[310] ».

266. — La Loi-type de la CNUDCI envisage ainsi la sollicitation de prix de l'article 50 par laquelle « *l'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un aussi grand nombre de fournisseurs ou entrepreneurs que possible et auprès d'au moins trois. Chaque entrepreneur ou fournisseur auquel est adressé une sollicitation de prix est avisé lorsque des éléments autres que les frais pour les biens ou services eux-mêmes [...] doivent être inclus dans le prix* », voire même, l'entité peut ne solliciter le prix ou la proposition que d'un fournisseur ou entrepreneur unique[311]: la procédure est dite de sollicitation d'une source unique. Cette dernière est circonscrite aux hypothèses d'urgence dont la procédure de passation provoquerait des retards déraisonnables et aux cas où un seul fournisseur, parce qu'il détient un monopole d'exploitation est en mesure d'assurer la prestation.

267. — La Loi-type en réserve le recours au non dépassement d'un certain seuil afin d'alléger les marchés de faible valeur et en raison de la subjectivité de la procédure. L'article 21 de la Loi-type de la CNUDCI renvoie la fixation de ce seuil à la réglementation, libre, des États s'en inspirant.

La Loi-type réserve cette procédure aux « *biens ou services immédiatement disponible*s[312] » et qui ne requièrent pas de spécifications particulières. En effet, il est considéré que pour l'acquisition d'un montant peu élevé de biens ou services normalisés, « *l'organisation d'une procédure d'appel d'offres, qui risque d'être longue et onéreuse, ne sera sans doute pas justifiée*[313] », tout en « *interdisant à l'entité adjudicatrice de diviser artificiellement un ensemble de biens ou services dans le but de rester en deçà du montant limite et d'éviter par là le recours aux méthodes de passation des marchés plus compétitives, interdiction essentielle pour la réalisation des objectifs de la Loi-type* ».

---

[310] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 362

[311] Art. 51 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[312] Art. 21 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[313] Loi-type de la CNUDCI, *Guide pour l'incorporation en droit interne*, art. 21, p. 76: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

268. — Aussi les circonstances justifiant leur recours sont-elles, tant pour la CNUDCI que pour l'AMP:

- l'exclusivité des droits sur la prestation requise;
- l'urgence du besoin, due à des circonstances imprévisibles ou catastrophiques;
- la complémentarité, par l'intégration à un marché précédent ou pour des raisons de normalisation dans des proportions, cependant, limitées;
- les marchés de recherche, expérimentation, étude, développement, dont l'amortissement ou la viabilité commerciale n'est pas assurée;

En dernier lieu, et conformément à sa philosophie, la Loi-type prévoit le recours à cette procédure pour les cas d'urgence économique grave afin d'éviter un préjudice sérieux par la fermeture d'une entreprise importante d'un bassin d'activités et pour les marchés intéressants la défense ou la sécurité nationale. L'AMP, quant à lui, l'envisage aussi pour les travaux d'art et pour les constructions additionnelles nécessaires à la réalisation de l'objectif du marché.

269. — Toutefois, la Loi-type prévoit le recueil et la publication des observations des autres concurrents non appelés afin de leur permettre de formuler leurs objections et approbations. En raison de la restriction de la mise en concurrence mais aussi du potentiel arbitraire en résultant, ceux-ci peuvent se manifester et s'aménager un recours.

B. — LA SPECIFICITE JURIDIQUE

270. — L'hypothèse la plus fréquente d'une mise en concurrence réduite et donc d'un accès limité au marché public réside dans la titularité d'un monopole d'exploitation ou la possession d'un savoir-faire particulier. Il s'agit d'une caractéristique d'un fournisseur ou d'un entrepreneur qui, dès lors, est seul à avoir la capacité de satisfaire au besoin.

271. — La particularité du savoir-faire est de ne pas être brevetable, toutefois le secret et le contrat permettent d'en assurer le monopole d'exploitation. Le règlement

communautaire du 31 janvier 1996 le définit, en son article 10, comme « *un ensemble d'informations techniques qui sont secrètes, substantielles et identifiée de toute manière appropriée* » en l'enfermant au savoir technique mais il s'agit avant tout d'un savoir non approprié. Aussi le contrat intervient afin de protéger le secret après sa communication. Il s'agit alors de « *l'accès contractuel à l'information contre respect de sa confidentialité*[314] ». De la sorte l'exécution de certains marchés publics est entourée parfois de nombreuses précautions afin de protéger ce secret. Mais au-delà des possibles transferts de technologie, ce savoir-faire est également une plus-value apportée à la soumission, différenciant le soumissionnaire du reste de la concurrence. L'expérience et la réputation des candidats est un des critères de sélection, dès lors la participation d'une entreprise dotée d'un savoir-faire fondant ces qualités ou la recherche spécifique de son avancement justifient le recours à celle-ci ou bien sa prévalence dans l'attribution.

Il s'ensuit que l'entreprise dotée d'un savoir-faire jouit d'un avantage concurrentiel la différenciant et de la sorte la place dans la course su marché public ou même, fait sa sollicitation directe par l'entité à la supposer seule, détentrice de ce monopole et sans équivalence dans la concurrence.

272. — Ce monopole peut encore résulter d'une technologie brevetée, alors, celui-ci sera protégé par la loi: par le brevet. Le droit de la propriété industriel français ne reconnaît, comme brevetables, que les inventions techniques susceptibles d'application industrielle. Il permet à son titulaire « *d'exploiter l'invention en lui réservant les actes majeurs de fabrication, mise en œuvre, commercialisation,...*[315] ». Il jouit donc d'un monopole d'exploitation relatif à son invention qui justifie que l'entité, à la recherche de cette spécificité, recourt à une procédure distincte de l'appel d'offres ouvert ou fermé. Dès lors, le brevet constitue un argument technique de poids dans la passation d'un marché public dans la mesure où la prestation attendue est assurée par celui-ci. Il s'agit alors, ni plus, ni moins, pour cette entreprise d'exploiter son brevet qui a déterminé de sa sélection.

273. — Dans l'hypothèse d'un recours à une mise en concurrence générale, cette spécificité risquerait d'être intégrée dans les spécifications techniques qui

---

[314] Michel VIVANT *et alii*, *Les créations immatérielles et le droit: Ellipses*, 1997, p. 17

[315] Michel VIVANT *et alii*, *Op. Cit.*, p. 80

deviendraient alors, discriminantes et la procédure de passation largement factice en elle-même. Dès lors, l'engagement de frais de procédure se justifie d'autant moins. Aussi, la réservation, par le droit de l'exploitation, de l'invention légitime l'adaptation des procédures de passation par la rationalisation. Il s'agit également de tenir compte du marché privé. De là, il est possible de dire que les marchés publics et le marché privé ne sont pas hermétiques l'un à l'autre mais se considèrent mutuellement.

En l'existence de techniques concurrentes, le recours à l'appel d'offres ouvert ou fermé est de rigueur. Il s'agit de ne pas privilégier certains. Aussi, il est difficile, sauf pour les technologies de pointe, de savoir s'il existe des équivalents à la spécificité recherchée et bien souvent cette appréciation résultera de l'observation du marché privé.

PARAGRAPHE 2. — DES PROCEDURES ENCADREES

274. — Le recours aux procédures adaptées doit être motivé par des circonstances précises qui les légitiment en raison de l'inflexion de la généralité de l'appel à la satisfaction du besoin. Aussi sont-elles encadrées sur la portée discriminatoire qu'elles peuvent avoir (I) et sur le souci de maintien d'une concurrence effective (II).

I. — ENCADREMENT SUR L'ASPECT DISCRIMINATOIRE

275. — Dans le cadre des appels d'offres sélectifs, l'article X de l'AMP requiert que l'entité sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs « *d'une façon loyale et non discriminatoire* ». Les procédures adaptées influent sur la concurrence appelée, aussi les candidats évincés peuvent y voir une atteinte à l'égalité d'accès à la commande publique. La qualification a posteriori tend à éviter cet écueil en permettant l'inscription sur la liste de fournisseurs qualifiés en cours de procédure. Il s'agit donc d'opérer une sélection sur les qualités des candidats à répondre au marché avant toute proposition. La concurrence en résultant sera non pas une concurrence maximale dans la mesure où elle sera moins large que celle de l'appel d'offres ouvert, mais une concurrence optimale avec des candidats pertinents et compétitifs. Il s'agit donc

d'une sélection qualitative dans la concurrence. L'article X.2 de l'AMP ajoute expressément que « *toute sélection donnera des chances équitables aux fournisseurs figurant sur les listes* » afin que cette faculté ne consiste pas en un octroi d'avantage injustifié.

276. — La sollicitation d'une source unique de la Loi-type est réservée aux hypothèses d'urgence économique grave et reconnaît que cette « *méthode n'est pas compétitive* ». Il est possible de considérer que, dans son principe, elle contient une discrimination que le guide pour l'incorporation en droit interne veut positiver dans le sens où l'article 22.2 en autorise le recours « *lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou un entrepreneur donné est nécessaire pour promouvoir une politique [de développement, de balance des paiements,...]* ». En effet, la CNUDCI considère son usage « *lorsque cela permettrait d'éviter de porter un préjudice sérieux, par exemple, lorsqu'une entreprise employant la majorité de la main d'œuvre d'une région ou d'une ville particulière est menacée de fermeture à moins qu'elle n'obtienne un marché*[316] ». Aussi le soutien des activités locales est pris en considération et le marché public n'est pas, dans cette perception, uniquement un échange économique mais s'inscrit dans des impératifs sociaux, économiques et financiers.

La mise en œuvre de cette procédure doit être approuvée par l'organe du choix de l'État-adoptant, tout en conseillant qu'il s'agisse d'un organe « *au plus haut niveau de l'État* [317] », ce qui manifeste son caractère largement exceptionnel.

277. — Parallèlement, la mise en œuvre de l'appel d'offres limité de l'AMP[318] ne doit pas être de telle sorte qu'il « *constituerait un moyen de discrimination entre les fournisseurs des autres Parties ou de protection des producteurs ou des fournisseurs nationaux* [319] ».

---

[316] Loi-type de la CNUDCI: *Guide pour l'incorporation en droit interne*, p. 76: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[317] Loi-type de la CNUDCI, *Guide pour l'incorporation en droit interne*, p. 77: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

[318] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 368

[319] Art. XV de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

II. — ENCADREMENT SUR LE MAINTIEN D'UNE CONCURRENCE

278. — Toutefois, le recours à ces procédures spécifiques doit toujours permettre de « *garantir une concurrence effective optimale* » ainsi que le spécifie l'AMP, et donc ne pas être un instrument de détournement de la procédure de l'appel d'offres ouvert.

279. — Les conditions dans lesquelles il est possible, par la Loi-type, de passer par la sollicitation d'une source unique concerne des hypothèses où, justement, le nombre de candidats potentiels est proche de l'unicité. Ainsi en est-il lorsqu'une entreprise détient un monopole d'exploitation. Dès lors, la mise en œuvre d'un appel d'offres ouvert serait un faux-semblant et, de surcroît, onéreux pour la collectivité. La mise en concurrence des candidats suppose au préalable l'existence d'une concurrence effective sur le marché privé.

280. — De plus, cette procédure est assortie d'une annonce publique destinée à donner aux intéressés l'occasion de formuler des observations. Il s'ensuit que la transparence dont est doublée son recours permet un contrôle de la part des concurrents éventuellement oubliés, s'ils existent.

281. — L'AMP, quant à lui, précise explicitement que l'usage de l'appel d'offres limité ne doit pas être utilisé « *en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible* [320] ». Le principe étant toujours celui de la mise en concurrence maximale quelque soit la concurrence appelée traduisant une dissociation de la pertinence de la concurrence de son nombre.

---

[320] Art. XV de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

CONCLUSION CHAPITRE 1

283. — Les instruments internationaux offrent donc un panel de procédures de passation des marchés publics tendant à offrir une flexibilité à celle-ci. Si la procédure est un environnement contraignant pour les soumissionnaires, elle l'est également pour la personne publique en induisant des frais et une charge administrative. De la sorte se justifient des inflexions à l'appel d'offres ouvert. Toutefois, ces inflexions se font au regard de la concurrence appelée. En effet, ces procédures aménagées ne peuvent permettre de déroger à la procédure ouverte que dans des hypothèses circonscrites à l'envergure du marché concurrentiel.

Ainsi en est-il de l'appel d'offres limité de l'AMP. Le recours à l'appel d'offres restreint l'est également et répond à un impératif de rationalisation de la passation face à un marché abondant en concurrents. Le traitement des soumissions étant long et onéreux, il importait de restreindre certes, le champ de la concurrence soumissionnante au profit de sa pertinence sans toutefois toucher à la largeur de celle appelée. Il s'opère alors une sorte de filtrage. De la sorte, aucune restriction n'est opérée par rapport à l'accès au marché public mais se trouvent ensuite admis que les soumissions ayant une chance de remporter le marché afin qu'à terme, des offres potentiellement attribuables rivalisent en assurant la mise en œuvre d'une concurrence optimale. Dès lors, la concurrence mise en œuvre est autrement âpre en recensant les entreprises les plus créatives, expérimentées,...et donc la rendant effective.

284. — L'appel d'offres ouvert présente ainsi la caractéristique d'être long et contraignant et, afin d'y pallier, les procédures aménagées tendent à s'y substituer. Les circonstances entourant l'extériorisation du besoin leur conférant leur utilité. En effet, en situation de catastrophe naturelle ou autre, cette rigueur tomberait dans l'administrativisme sectaire en considération de l'urgence concrète l'animant. Il fallait donc par ces instruments internationaux offrir une normalisation des procédures adaptables aux réalités concrètes mais encore appréhendant autant de configurations réelles potentielles que possible.

285. — Mais encore, certains marchés présentent une certaine banalité qui leur valent d'être traités hors du champ de l'appel d'offres dans la mesure où ils représentent de petits montants et la perception évidente que l'on peut en avoir est que la mise en route d'une procédure de passation en apparaît inopportune. Toutefois, ces marchés de faible montant représentent une part substantielle de l'ensemble des marchés publics et se manifestent à tous les niveaux de l'administration, si bien qu'ils font l'objet de luttes d'influence et peut-être sont-ils vecteurs d'avantages divers non évincés. L'insignifiance technique du besoin à satisfaire n'implique pas l'insignifiance de l'achat public, de telle sorte que la Loi-type prévoit une consultation des concurrents.

286. — La restriction de concurrence initiale la plus manifeste est formulée par la Loi-type par le recours à une source unique mais dans un cadre strictement défini à savoir l'urgence mais aussi l'appel à une entreprise détentrice d'un monopole. En effet, dans cette hypothèse, le marché présente un seul intervenant de telle sorte qu'une mise en concurrence deviendrait largement factice et susciterait des coûts inopportuns.

287. — Ainsi mis en concurrence, les soumissionnaires doivent encore se confronter à la décision de l'entité adjudicatrice.

CHAPITRE 2. — L'ACCEPTATION DE L'OFFRE

289. — Les offres soumises le sont de façon anonymes, dans des enveloppes, ouvertes publiquement d'après les dispositions de l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). En France, c'est le système de la double enveloppe qui est de rigueur dont l'une contient l'offre, et l'autre les qualifications de l'offrant[321]. Ce n'est qu'à partir de cette étape que le contrat peut se former puisque les communications de l'entité jusqu'à lors n'étaient que des invitations à entrer en pourparlers.

290. — Afin de former le contrat, l'offre doit rencontrer l'acceptation de l'entité adjudicatrice à la suite d'un traitement identique de toutes les soumissions. En effet, l'offre doit être évaluée au regard des critères établis avant la mise en concurrence et qui ont été communiqués aux soumissionnaires. Dès lors, si ceux-ci ne sont pas en mesure de présumer de la solution définitive, ils sont en mesure de se prononcer sur la probabilité d'accueil de leur proposition. Toutefois, les soumissionnaires privés restent dans l'incertitude par rapport à la participation d'une entreprise subventionnée, à même de pouvoir pratiqués des prix inférieurs aux leurs et indépendante des comportements habituels des opérateurs du marché privé. Aussi, cette question méritera quelques développements.

291. — Par la transmission de leurs travaux et de leur solution tarifaire, les soumissionnaires se sont engagés vis-à-vis de l'entité de les maintenir jusqu'au prononcé de la décision définitive d'attribution avec quelques aménagements possibles. Les projets développés dans la passion peuvent contenir des erreurs et, afin de ne pas permettre de modifications substantielles après la remise, ce qui romprait l'égalité dans la concurrence, celles-ci doivent être corrigées par l'entité dans la limite de l'évidence.

---

[321] Jérôme MICHON, *La nouvelle réglementation des marchés publics: Le Moniteur*, 2e éd., 2003, p. 192

292. — Aussi, il conviendra de s'attacher aux caractères de l'offre au moment et après la remise (section 1) avant d'envisager sa confrontation aux critères d'attribution (section 2).

SECTION 1. — LES CARACTERES DE L'OFFRE

293. — L'offre, une fois construite, suit un chemin qui lui est propre et se détache de son titulaire qui, après l'avoir remise, ne peut ni la modifier, ni la retirer. Elle présente à ce moment un caractère immuable (§2). Si bien que l'incertitude s'accroît par la présence d'une entreprise subventionnée, figure nouvelle dans ce cadre, modifiant la donne des attributions par les tarifs largement inférieurs à ceux habituellement pratiqués (§1).

PARAGRAPHE 1. — LA SOUMISSION D'UNE ENTREPRISE SUBVENTIONNEE: ACCEPTABILITE

294. — A ce stade de la procédure, le prix qui sera soumis revêt un caractère d'importance. Aussi, la soumission d'une entreprise subventionnée a eu de fortes conséquences sur les tarifs généralement pratiqués par les candidats, si bien que deux hypothèses ont été formulées, à savoir exploitait-elle ses subventions pour pouvoir les pratiquer ou bénéficiait-elle de contraintes fiscales et sociales moindres? Ou bien, les soumissionnaires avaient-ils tendance à exagérer les prix pratiqués dans les marchés publics? La réflexion a porté sur le soumission des personnes publiques (I) ainsi que sur celle des personnes privés, mais subventionnées (II).

I. — LE CAS DES PERSONNES PUBLIQUES

295. — Les instruments internationaux ne portent pas mention d'une telle hypothèse. Toutefois, le droit interne a eu à y répondre à plusieurs reprises et, en vertu du principe de liberté d'accès à la commande publique à inférer à leur participation.

Aussi la présence de ce soumissionnaire particulier a pu être réalisée bien que les critiques des autres opérateurs se soient exprimées.

La critique principale résidait dans l'avantage concurrentiel dont bénéficiaient les personnes publiques soumissionnaires par les subventions qui leur étaient allouées pour assurer leur mission d'intérêt général ou de service public. Ces subventions leur permettraient de pratiquer des prix inférieurs à ceux des opérateurs privés en comblant une partie des coûts.

296. — Dans cette même perspective, les organismes subventionnés ne seraient pas assujettis aux mêmes charges fiscales et sociales grevant davantage les opérateurs privés dans leurs coût directs et indirects concourant à la formation du prix.

Enfin, pour reprendre une formule de Madame Lombard, les personnes publiques bénéficieraient d'avantages structurels[322] par l'insaisissabilité des biens, la prescription quadriennale,...

297. — Aussi toutes ces critiques convergent vers une inégalité juridique entre opérateurs privés et publics de nature à influer considérablement sur la formation du prix et de nature à susciter une rupture d'égalité. Si bien que le Conseil d'État a procédé à une analyse des régimes fiscaux et sociaux applicables aux activités économiques susceptibles d'être exercés par les personnes publiques et objet d'un avis du 8 novembre 2000[323].

298. — En droit communautaire, « *le principe d'égalité dans l'accès à la commande publique implique que les opérateurs publics ne puissent par hypothèse être exclus de la procédure de passation d'un marché public* [324] », ce qu'a rappelé la CJCE[325] dans une décision du 7 décembre 2000. En effet, sa réponse a été que « *le seul fait qu'un pouvoir adjudicateur admette à participer à une procédure de passation d'un marché public de services des organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs*

---

[322] M. LOMBARD, *A propos de la liberté de la concurrence entre opérateurs publics et privés: D.*, 1994, chron. p. 163

[323] CE, avis n° 222208, 8 nov. 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultant: JO*, 06/12/2000, p. 19380 ; *BJCP* 2001, n° 15, p. 105, concl. Bergeal

[324] Paul CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement: RTDEur.*, 01/07/2002, p. 434, n° 29

[325] CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-94/99, *Arge Gewasserschutz: Rec.*, I-11037 (pt 32)

adjudicateurs, des subventions, quelle qu'en soit la nature, permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leur cosoumissionnaires qui ne bénéficient pas de telles subventions, n'est pas contraire au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires visé et garanti par la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 [...]. Il ne constitue pas non plus une discrimination déguisée ou une restriction contraire à l'article 59 du Traité CE (devenu, après modification, l'article 49 CE) relatif à la libre prestation de services[326] ».

299. — L'avis du Conseil d'État a posé le principe qu' « *aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public* ». Mais il pose différentes conditions à cela:

Les personnes publiques doivent acquitter « *dans les conditions de droit commun, les impôts et taxes de toute nature auxquels seraient assujettis les entreprises privées effectuant les mêmes opérations* [327] », l'activité susceptible d'entrer en concurrence avec les entreprises privées doit être soumise à la TVA, la législation du travail et de la sécurité sociale ne place pas nécessairement la personne publique dans une situation plus avantageuse, le prix doit être déterminé en prenant en compte « *l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix*[328] » et la personne publique ne soit pas utiliser pour déterminer son prix des ressources du service public.

Donc, si les charges sociales sont équivalentes entre opérateurs publics et opérateurs privés, en matière fiscale, la personne publique doit se placer sur le terrain des opérateurs privés et suivre les mêmes contraintes. Au-delà, un principe de cloisonnement des ressources suivant leur origine et leur destination doit être opéré afin que les subventions demeurent à l'activité publique et ne faussent pas la concurrence avec les agents privés.

---

[326] Yves CLAISSE, *L'attribution d'un marché public à un organisme subventionné: jamais interdite mais pas toujours possible: LPA*, 20/03/2001, n° 56, p. 17

[327] Art. 1641 du CGI, sous réserve des art. 133,207, 208, 1040, 1382, 1394, et 1449-1463 du CGI

[328] Ordonnance n° 86-1243 du 1er déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence: http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=994&indice=1&table=CONSOLIDE&ligneDeb=1

300. — Cependant, le Code des Marchés Publics de 2001, à son article 43, n'oblige pas la personne publique soumissionnaire à fournir les certificats fiscaux et sociaux. Ou bien ces personnes exercent une activité leur permettant d'en justifier, ou bien elles ne l'exercent pas et ne peuvent de la sorte se porter candidate. La participation d'un organisme subventionné à un marché public demeure donc une question que la jurisprudence affinera.

301. — Mais dans la mesure où sa participation est acceptée, l'entreprise subventionnée est soumise aux mêmes contraintes de procédure de passation que les autres soumissionnaires et donc, son offre l'engage de la même manière.

II. — LE CAS DES PERSONNES PRIVEES SUBVENTIONNEES

302. — Néanmoins, la décision de la CJCE du 7 décembre 2000 a posé une limite. La Cour affirme que « *la perception d'aides non conformes au Traité peut justifier l'exclusion du soumissionnaire qui en a ou continue d'en bénéficier et la reconnaissance de la capacité des pouvoirs adjudicateurs à se prononcer* [329] ».

303. — Le critère serait donc celui de la conformité des aides. A cet égard, l'interdiction de principe des aides d'Etat en droit communautaire n'est ni générale, ni absolue et « *certaines aides sont compatibles avec de plein droit avec le Marché commun*[330] » conformément à l'article 92 §2 du Traité CE[331]. L'admission de celles-ci, par dérogation au paragraphe premier, font l'objet d'un « *large pouvoir d'appréciation de la Commission*[332] ».

304. — Monsieur Philippe Léger, avocat général, relève que « *à quoi servirait, en effet, que des entreprises soient aidées de manière licite si, dans le même temps, il leur*

---

[329] Yves CLAISSE, *L'attribution d'un marché public à un organisme subventionné: jamais interdite mais pas toujours possible: LPA*, 20/03/2001, n° 56, p. 19

[330] *Ibid.*

[331] Art. 92 §2 Traité CE, devenu art. 87

[332] Yves CLAISSE, *L'attribution d'un marché public à un organisme subventionné: jamais interdite mais pas toujours possible: LPA*, 20/03/2001, n° 56, p. 19

était interdit d'accéder à une activité économique normale ou même simplement à certains contrats sous le prétexte que ceux-ci sont réglementés. Une telle lecture serait, au demeurant, peu compatible avec la logique des compensations[333]… ».

305. — Il en résulte un accès à la commande publique des personnes subventionnées. Cependant, le contrôle de la légalité de l'aide sera opéré au stade de l'examen des offres, au moyen de la consultation des candidats présentant des offres anormalement basses. Le défaut de justification entraînant leur exclusion.

PARAGRAPHE 2. — L'IMMUABILITE DE L'OFFRE

306. — La remise de l'offre constitue un moment où celle-ci se détache de son titulaire qui ne peut la reprendre, la modifier ou la rétracter et donc suit un chemin qui lui est propre afin de conserver l'égalité de traitement des soumissionnaires (I). Il en découle une certaine fébrilité des candidats puisque la proposition déposée sera celle évaluée et donc potentiellement sélectionnée ; fébrilité qui peut être relativisée par les données de l'attribution communiquées aux soumissionnaires (II) et qui leur permettent d'apprécier la compétitivité de leur offre.

I. — UN ENGAGEMENT DETERMINE

307. — Dans la mesure où la passation doit, à terme, aboutir à la conclusion d'un contrat administratif, le dépôt de l'offre doit manifester la volonté du soumissionnaire de s'engager de telle sorte qu'après l'acceptation de la personne publique et, de cet échange des consentements, le contrat se forme. La proposition doit donc être maintenue sur une certaine durée (A) et dans son évaluation (B) bien que des inflexions soient permises, compte tenu d'erreurs simples de chiffrage dues au temps limité laissé aux soumissionnaires.

---

[333] Yves CLAISSE, *L'attribution d'un marché public à un organisme subventionné: jamais interdite mais pas toujours possible: LPA*, 20/03/2001, n° 56, p. 19

A. — DANS LA DUREE

308. — La présentation et le jugement des offres obéissent à un formalisme propre aux procédures d'appel d'offres. En France, l'article 48 du CMP dispose à cet égard que « *les offres sont présentées sous la forme de l'acte d'engagement tel que défini à l'article 11 et établi en un seul original par les candidats au marché* ». L'article 11 spécifie, quant à lui, que « *l'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique* ».

309. — L'AMP laisse une marge de manœuvre aux États-parties quant au réglage de ce point en étant silencieux, à l'inverse de la Loi-type. Celle-ci requiert que les offres « *restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation* [334] » afin d'obliger l'entité à la préciser mais encore afin de recueillir des offres sérieuses de la part des soumissionnaires.

310. — En France, l'acte d'engagement constitue une formalité substantielle à défaut de laquelle l'offre n'existe pas[335] et est la pièce principale du marché public. Aussi le signataire de l'acte doit-il être habilité à engager l'entreprise[336], ce que vérifie l'administration par rapport aux noms mentionnés dans la déclaration de l'entreprise. L'offre, ensuite, ne peut plus être retirée entre la date à laquelle l'entreprise l'a remise et l'expiration du délai de validité, elle lie son auteur[337]. En cas de tel retrait, l'entreprise commet une faute engageant sa responsabilité à l'égard de la personne publique[338], quand bien même le marché ne serait pas conclu entre eux[339].

---

[334] Art. 31 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[335] CE, 10 déc. 1993, *Société Lopez Entreprise: RMP* 1994, n° 284, p. 23 ; 3 nov. 1997, *Préfet de la Marne c. / Commune de Francheville: Rec.*, p. 411, *RMP* 1997, n° 5, p. 28

[336] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 71, n° 370

[337] *Ibid*.

[338] *RMP* 2000, n° 1, p. 3

[339] Cyrille EMERY, *Op. Cit* ., 1re éd., 2001, p. 234, n° 1024

311. — Cependant, la Loi-type confère à cette immuabilité de l'offre un caractère dérogatoire dans la mesure où pareille hypothèse doit être expressément stipulée dans le dossier de sollicitation. A défaut, l'article 31.3 dispose que « *tout fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de soumission des offres [...]. La modification ou l'avis de retrait prennent effet si l'entité adjudicatrice les reçoit avant la date limite de soumission des offres* ». Ainsi, contrairement au droit français où l'offre suit son cheminement propre à compter du dépôt, la Loi-type renvoie à la date de fermeture des soumissions.

Auparavant, les rétractations et modifications sont possibles sauf mention exprès et préalable de l'entité dans le dossier de sollicitation. Les offres, dans la procédure de la Loi-type, doivent être maintenues valides durant une période prévue et postérieure à la date limite de soumission. Cette disposition tend à permettre aux fournisseurs et entrepreneurs de donner suite aux éclaircissements et modifications du dossier de sollicitation ou à toute autre modification des circonstances, soit en modifiant leur offre, si nécessaire, soit en la retirant, s'ils le souhaitent[340]. On peut considérer qu'une telle disposition et ses motivations introduisent une flexibilité mais aussi une imprévisibilité dans la procédure de passation. Bien que tendant à ne pas pénaliser le soumissionnaire ayant déposé son offre au regard des modifications ultérieures, la procédure de passation doit se doubler d'une certaine constance et d'une information initiale complète. Les modifications en cours de passation modifient la donne et ne participent pas à l'instauration d'une relation de confiance dans le marché public, pourtant désirée.

312. — Cependant, au-delà de la période de validité figurant dans le dossier, l'offre devient caduque. La Loi-type impose à l'entité que toute prorogation soit formulée avant la date limite de soumission et jusqu'à une date qu'elle spécifie. Surtout, la prorogation doit être acceptée par les soumissionnaires. Ainsi, la faculté de refuser celle-ci est ouverte aux candidats sans préjudice. Alors, l'offre restera valide jusqu'au terme convenu initialement, à savoir jusqu'à l'expiration de la période de validité non prorogée. S'ils acceptent la prorogation, les candidats doivent prendre les dispositions s'imposant à la prolongation des garanties assortissant leur offre lorsqu'elles existent.

---

[340] Loi-type de la CNUDCI: *Guide pour l'incorporation en droit interne*, p. 81: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

B. — DANS L'EVALUATION

313. — La remise de l'offre constitue un engagement de l'entreprise vis-à-vis de son potentiel contractant, elle propose une solution tarifaire à la satisfaction d'un besoin. Toutefois, le contexte particulier de la formulation de son offre, matérialisé par la rigueur des délais, explique certains assouplissements à la règle selon laquelle l'offre ne peut être modifiée par la possibilité d'opérer les corrections d'erreurs matérielles. Toutefois, ces corrections doivent être minimes et ne pas permettre de modifications substantielles.

314. — La Loi-type, après avoir rappelé l'exclusion des modifications de fond notamment tendant à rendre conforme une offre non conforme[341], prévoit que « *l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui sont découvertes durant l'examen des offres. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou entrepreneur qui a soumis l'offre* [342] ». L'AMP ne précise pas ces points. Cependant, en France, le principe de l'intangibilité de l'offre interdit que l'offre soit modifiée aussi peu que ce soit. Toutefois, l'entité adjudicatrice peut y apporter des corrections mais uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Ce peut être le cas en présence d'erreurs matérielles, à la condition que le sens et la valeur de l'offre ne souffrent par ailleurs aucune ambiguïté. Aussi l'entreprise s'apercevant de son erreur peut demander à l'entité de la corriger[343].

315. — En effet, cette rigueur s'impose par le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. La remise de l'offre est un engagement et des informations privilégiées ultérieures peuvent amener le soumissionnaire à revoir son offre. Cette possibilité est donc exclue par les textes. Une circulaire du 5 octobre 1987 précise à cet égard que « *seul le cas où l'acheteur pourrait ne pas écarter d'office l'offre rectifiée [...] est celui où [...] aucun élément ne permet à l'acheteur de douter du*

---

[341] Art. 34.1.a) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[342] Art. 34.1.b) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[343] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 236, n° 1027

caractère involontaire de l'erreur évidente commise par le concurrent [344] ». Il s'agit alors de ne pas préjudicier au candidat pour des erreurs formelles tout en maintenant l'égalité entre les concurrents sur le fond de leurs offres afin de ne pas procurer un avantage injustifié de créer une rupture dans les moyens entre les soumissionnaires.

316. — La Loi-type se montre énergique sur ce point dans la mesure où si des erreurs matérielles peuvent être corrigées, elles doivent d'autre part être agréées par l'offrant. A défaut, l'offre sera rejetée comme non conforme. Le Code des Marchés Publics de 2004 exige également cette conformité[345] des offres « *aux besoins définis et exprimés dans le cahier des charges ou le règlement de consultation* [346] ». Ainsi, l'entité n'est pas en mesure d'apporter des rectifications à l'offre de son propre chef, l'offre appartenant toujours au soumissionnaire mais elle seule peut opérer les corrections nécessaires afin que l'offre ne transite pas entre les mains du soumissionnaire qui, alors, aurait la faculté de revoir sa proposition et réaliser des modifications de fond.

317. — Aussi, en l'absence de corrections, l'entité « *peut considérer une offre non conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas essentiellement les caractéristiques , conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou des oublis* [347] ». La non-conformité valant rejet de l'offre. Par conséquent, l'offre remise doit être achevée et l'égalité de traitement impose que l'évaluation se fasse sur la base de certitudes. L'existence d'erreurs laissant planer un doute sur la globalité de l'offre, elles ne manifestent pas un engagement indubitable sur le fond. Aussi la Loi-type requiert, si elles sont acceptées, de quantifier et de prendre en compte ces erreurs qui opèrent à charge contre la soumission, afin de restaurer l'égalité entre les offres soumises et ne pas préjudicier à des propositions bien bâties.

---

[344] Circulaire du 5 oct. 1987 relative à la *détermination des prix dans les marchés publics: JO* n° 247, 24/10/87

[345] Art. 53 du CMP

[346] F. OLIVIER, *Réforme du CMP – Sélection des candidatures et analyse des offres: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, p. 41

[347] Art. 34.2.b) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

318. — Aussi lors de cet examen, l'entité peut demander des éclaircissements à fin d'évaluation sans toucher à l'offre formulée[348].

II. — LA CONCURRENTIALITE DE L'OFFRE

319. — La remise de l'offre vaut pour le soumissionnaire de ne plus pouvoir y retoucher et d'attendre la décision définitive d'attribution lui permettant de connaître la teneur de l'offre retenue. Cependant, les éléments à sa disposition depuis le début de la procédure le mettent en mesure de savoir si sa proposition est compétitive ou non. Si la décision finale est en suspens, la déduction peut lui permettre de savoir où il se place dans un espace concurrentiel contraignant.

320. — La participation à une procédure d'appel d'offres est l'assujettissement à un ensemble de contraintes pour une durée déterminée et à la fin d'obtention d'un marché. C'est l'entrée dans un espace contraignant normalisé. Les participants jouissent d'une moindre liberté dans leurs actions dans la mesure où le déroulement de la procédure tend à maintenir une concurrence effective, quantitative et qualitative. Aussi la concurrence s'opère sur des éléments objectifs et de fond. Les éléments annexes sont gommés et les communications avec l'entité sont encadrées strictement.

321. — Dans l'hypothèse d'une soumission internationale, le réflexe est de raisonner par rapport à ce que l'on connaît et donc de présumer que les droits étrangers disposent d'un droit des marchés publics analogue au nôtre. Or tel n'est pas le cas, et justifie une volonté de normalisation des procédures d'appel d'offres.

322. — Aussi les éléments essentiels à une passation de marché public doivent-ils être communs afin de permettre une plus large participation des entrepreneurs ou fournisseurs étrangers. Le cadre de la passation étant dans une certaine mesure complexe, l'adaptation d'une entreprise étrangère à celui-ci, à défaut de normalisation, requerrait un investissement supplémentaire valable uniquement pour les marchés d'importance ou découragerait de prime abord. Or, l'esprit d'une

---

[348] Art. 34.1.a) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

procédure d'appel d'offres est d'examiner les offres et uniquement le fond des offres au bénéfice de la personne publique acheteuse et serait contrarié par la non-participation d'entreprises pertinentes. L'objectif étant d'user d'une méthode permettant d'obtenir le meilleur rapport qualité prix.

323. — La normalisation est une étape importante à cette fin en offrant un cadre prévisible et permet à tout soumissionnaire d'évoluer dans ce cadre comme dans le cadre d'une procédure connue. Les règles posées par la Loi-type ou l'AMP offrent donc un environnement propice par la répétitivité des procédure dans ses éléments essentiels permettant leur abstraction afin de se consacrer à l'essentiel: la satisfaction du besoin. Mais encore elle assure de l'égalité de traitement des soumissionnaires par la communauté et identité des instruments à leur disposition et destinés à servir de base de travail à la construction d'un offre compétitive.

Dès lors, l'expérience acquise des soumissions et de la contrainte des délais participe à la formulation d'offres de plus en plus compétitives mais également à l'estimation des participants de leur propre concurrentialité. Ceux-ci ne sont donc pas dans une incertitude totale par rapport à l'acceptation de leur proposition dans la mesure où ils détiennent les mêmes informations que l'entité elle-même. De là, ils peuvent déduire leurs chances de remporter le marché.

324. — L'offre est une réponse. Elle n'est donc pas livrée au hasard puisqu'elle doit répondre aux critères exigés par la personne publique acheteuse. A cet encadrement du soumissionnaire par la procédure passation, se double un encadrement de l'offre par les conditions posées et communiquées dès l'avis à la concurrence. L'offre doit alors constituer une réponse substantielle à ce besoin. D'un autre côté, ces exigences permettent au candidat d'évaluer la réceptabilité de son offre. D'un éloignement des spécifications, l'on peut déduire le rejet. D'une proposition ajustée, l'on peut déduire la concurrentialité. Dès lors, le choix ultérieur ne se fait pas de façon aléatoire et les soumissionnaires disposent de toutes les informations nécessaires à l'accueil de leur offre. Pour les marchés communautaires, cela procèdera de la mention dans le cahier des charges ou l'avis de marché de tous les critères d'attribution, de façon à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière[349].

---

[349] Paul CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement: RTDEur*, 01/07/02, p.

La proposition doit également être une solution tarifaire. Les opérateurs d'un marché sont approximativement sur la même ligne concurrentielle dans le cadre du marché privé. Aussi cette expérience leur sert-elle dans le cadre du marché public afin de deviner les positions des concurrents. Car, bien souvent, se retrouvent sur les mêmes marchés publics les rivaux des marchés privés. L'observation à laquelle se livrent les concurrents les uns vis-à-vis des autres sur le marché privé, leur permet de deviner la stratégie qui sera opérée sur le marché public par l'autre. Des difficultés préexistantes laissant supposer la formulation d'un prix très fréquemment inférieur à ceux habituellement pratiqués et donc, à la nécessité d'effectuer un effort supplémentaire afin de remporter le marché dans certaines limites.

325. — Enfin, l'expérience acquise de participation à des appels d'offres permet de connaître les efforts d'optimisation à réaliser par l'examen de l'offre retenue[350] . En effet, sa divulgation permet à ceux évincés de parfaire leurs propositions dans la perspective de participations ultérieures.

Ainsi, le soumissionnaire n'est pas dans une totale incertitude à la remise de son offre, même si la décision n'est pas définitive. Toutefois, le doute peut exister par la présence de candidats inconnus ou nouvellement arrivés sur le marché, mais leur inexpérience participe à la pondération de leur proposition. Le candidat connaît donc sa probabilité de concurrentialité qui se constitue pour une part, de la proximité des spécifications formulées, des critères d'adjudication mais aussi de l'expérience de participation à des appels d'offres.

439, n° 33

[350] Didier LAMETHE, Le financement de projets et leur organisation industrielle, l'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques. *In Varii auctoris, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e^ siècle: Litec*, Mél. en l'honneur de Philippe Kahn , vol. 20, 2000, p. 454

SECTION 2. — LA CONFRONTATION DE L'OFFRE AUX CRITERES DE CHOIX

326. — Aussi importe-t'il d'aborder les critères auxquels seront confrontées les propositions avant la décision d'attribution. Ces critères sont hiérarchisés (§1), ou plutôt dotés d'un coefficient, et l'offre la mieux notée à leur égard sera retenue (§2).

PARAGRAPHE 1. — DES CRITERES HIERARCHISES

327. — Le critère a longtemps été, en France, celui du moins-disant pour devenir celui du mieux-disant. Mais les instruments internationaux retiennent l'alternative entre les deux (I). Aujourd'hui, d'autres considérations prennent de l'importance, incluses dans l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse (II).

I. — L'ALTERNATIVE DU CRITERE PRINCIPAL

328. — Le moins-disant était donc un critère d'adjudication répondant à certains principes de bonne gestion des deniers publics et autres (A). Mais l'évolution s'est faite au niveau de cette notion de bonne gestion afin de consacrer le critère du mieux-disant (B).

A. — LE CRITERE DU MOINS-DISANT

329. — Jusqu'au milieu du XX^{e} siècle, en France, la procédure était celle de l'adjudication, à savoir l'attribution obligatoire au moins-disant[351]. Ce sont des

[351] Art. 88 et 280 du CMP avant 2001

décrets des 13 mars 1956 pour l'État et 18 janvier 1971 pour les collectivités locales qui lui ont substitué l'appel d'offres avec son critère du mieux-disant[352].

330. — L'adjudication se caractérise donc par l'automatisme, ce qui en explique le déclin elle ne permettait pas de garantir que la prestation était la meilleure et la plus adaptée au besoin[353]. Elle avait tendance à faciliter les ententes par lesquelles les entreprises se répartissaient les marchés.

La procédure consistait donc à attribuer le marché au moins-disant avec, toutefois, un prix maximum, fixé obligatoirement par la collectivité publique et qui devait demeurer secret. Elle répondait à une conception de bonne gestion des deniers publics différente reposant sur l'économie de ceux-ci davantage que sur leur investissement. Aussi les instruments internationaux prévoient-ils son recours dans la mesure où toutes les personnes publiques ne sont pas en mesure d'opérer dans une logique d'investissement tant les besoins se font impérieux. Bien que le critère du mieux-disant soit rentable sur le long terme, les limites des deniers disponibles et la quantité de besoins à satisfaire font que l'alternative entre ces deux critères répond à une nécessité pratique et un esprit pragmatique.

331. — Mais il importe de souligner que même en France, et depuis son évolution, que l'on constate dans la pratique des entités publiques un rapprochement de l'appel d'offres et de l'adjudication par la tendance regrettable d'attribuer les marchés aux moins-disants[354]. Aujourd'hui, l'adjudication a été réintroduite[355] avec la réforme du Code des Marchés Publics du 7 Janvier 2004 en prévoyant le recours au critère unique du prix[356], à la condition d'être justifié par l'objet du marché[357].

---

[352] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 374, n° 568

[353] Laurent RICHER, *Op. Cit.*, p. 370, n° 561

[354] Laurent RICHER, *Op. Cit.*, p. 369, n° 561

[355] Sophie PIGNON, *Aperçu de la réforme du Code des Marchés Publics « un achat plus simple et plus efficace »?: LPA*, 20/01/2004, n° 14, p. 8

[356] Art. 53 du CMP

[357] F. OLIVIER, *Réforme du CMP – Sélection des candidatures et analyse des offres: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, p. 40

B. — LE CRITERE DU MIEUX-DISANT

332. — En France, donc, le critère du moins-disant a été remplacé par celui du mieux-disant. En effet, l'article 53 du CMP impose de choisir l' « *offre économiquement la plus avantageuse* » sur la base de critères préétablis. Cette évolution montre pour les économistes que « *le choix du mieux-disant suppose une ouverture maximum au stade de l'offre et une fermeture maximum au stade de la sélection* [358] ». Toujours est-il que malgré cette transformation, on s'accorde à constater que dans la pratique le critère déterminant reste le prix, et donc l'attribution au moins-disant bien que de régulières circulaires le dénonce[359].

333. — L'AMP propose également, en alternative au prix le plus bas, le critère de l'offre « *la plus avantageuse* », formule dont use la législation américaine[360], tandis que la directive *Réseaux* emploie[361] la formule d' « *offre économiquement la plus avantageuse* ». Cependant, les exemples de critères fournis par la Communauté alors, comme le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, etc... difficiles à quantifier économiquement indiquent une conception assez large de la notion et donc d'une similitude des concepts.

334. — Ainsi, le critère induit une prise en considération d'arguments autres que ceux du prix dans l'évaluation de l'offre permettant d'attribuer le marché à une offre plus onéreuse mais présentant un rapport qualité prix plus performant. Cette idée s'inscrit dans une autre perception du principe de bonne gestion des deniers publics qui ne se contente plus de payer moins mais de payer mieux. Cette transition offre aux candidats des moyens de rivaliser autrement en ouvrant les marchés publics à des propositions qualitatives en réponse au besoin mais se heurte à des difficultés d'appréciation et rend le contrôle de l'attribution plus délicat par la part de subjectivité afférente. Aussi les critères préétablis viennent-ils y suppléer par leur hiérarchisation assortie d'une obligation de motiver la décision.

---

[358] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 377, n° 571

[359] Circulaires 25 sept. 1991: *Mon. T.P.* 4/10/91, p. 330 ; 8 juil.1992: *Mon. T.P.* 17/07/92, p. 331 ; 20 janv.1994: *Mon. T.P.* 4/2/94, p. 283

[360] 48 CFR, ch. 1 à 14.407-1

[361] Directive *Réseaux* ; http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html

II. — LA PLURALITE DES CRITERES

335. — Les critères d'attribution sont pluriels et divulgués dès l'avis à la concurrence, offrant par là même les éléments du marché public aux intéressés et à fin d'attribution sont notés et pondérés[362] en fonction des impératifs de la personne publique (A) soulevant ainsi la question des critères additionnels de nature sociale ou environnementale (B).

A. — DES CRITERES NOTES

336. — Dès lors que le marché est attribué au mieux-disant, certaines règles tendent à objectiver la sélection afin de protéger les soumissionnaires de la subjectivité et de la corruption. Aussi, les critères sont définis initialement et publiés afin de les porter à la connaissance des intéressés, mais encore, sont hiérarchisés[363] pour permettre une notation des offres et par la suite leur classement[364]. Le silence des instruments internationaux sur ces modalités conduit à se référer au droit interne afin d'appréhender le mécanisme.

337. — Ces critères doivent être objectifs[365] aussi bien dans la Loi-type que dans le Code des Marchés Publics. Le droit interne en requérait au minimum deux, sans limite maximale ; depuis la réforme du 7 janvier 2004, il peut être unique s'il est justifié par l'objet du marché[366]. Il est alors nécessairement le prix[367].

---

[362] Art. 34 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[363] Art. 53 du CMP *; F. OLIVIER, Réforme du CMP – Sélection des candidatures et analyse des offres: Contrats Marchés Publ.,* févr. 2004, p. 41

[364] *Ibid*.

[365] Art. 33 du CMP ; art. 34.4 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[366] Art. 53 du CMP

[367] F. OLIVIER, *Réforme du CMP – Sélection des candidatures et analyse des offres: Contrats Marchés Publ.,* févr. 2004, p. 41

Ils doivent surtout être adaptés au caractère spécifique de la consultation[368]. Toutefois, aucune disposition n'impose que le prix soit l'un des critères retenus[369] bien que les acheteurs publics soient enclins à attribuer les marchés au moins-disant ; le code de 2001 tendait à contrecarrer cette pratique[370] ; aujourd'hui, il est réintroduit. Le Code des Marchés Publics en dresse une liste indicative[371] de ces critères tels le coût d'utilisation, la valeur technique, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché[372].

338. — La Loi-type fait référence aux mêmes critères[373] pour évaluer les offres mais en fait une liste exhaustive à laquelle elle ajoute l'effet sur la balance des paiements et les réserves de devises. Cette alternative au moins-disant permet l'accès au marché public[374] des PME[375] ne pouvant, par leur envergure, réaliser d'économies d'échelle, elles sont néanmoins en mesure de proposer des prestations de qualités et donc de rivaliser, par ces autres critères, avec les entreprises plus importantes sur la globalité du marché.

339. — Ainsi établis, les critères doivent, en France, être hiérarchisés[376]. Ils sont rédigés par ordre décroissant[377] et cet ordre ne peut plus être modifié par la suite sous peine d'irrégularité de la procédure. L'omission de leur classement répute les critères

---

[368] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 227, n° 1005

[369] R. VANDERMEEREN, *Les critères de sélection des entreprises: une grande variété de choix: MTP*, n° 5092, 29/06/01, cahier spécial n° 3, p. 3

[370] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 370, n° 561

[371] Art. 53 du CMP

[372] F. OLIVIER, *Réforme du CMP – Sélection des candidatures et analyse des offres: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, p. 41

[373] Art. 34.4.c) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[374] Laurent RICHER, *Op. Cit.*, p. 377, n° 571

[375] *PME*: Petites Moyennes Entreprises

[376] Jérôme MICHON, *La nouvelle réglementation des marchés publics: éd. Le Moniteur*, 2002, p. 222

[377] Paul CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement: RTDEur*, 01/07/02, p. 439

classés par ordre décroissant correspondant à l'ordre dactylographique dans lequel ils apparaissent à la lecture des documents qui les contiennent[378].

340. — Ils doivent être pondérés[379] pour la CNUDCI et évalués en terme pécuniaire dans la mesure du possible, là où, en France, il ne s'agissait que d'une faculté et la divulgation des coefficients n'y était pas obligatoire. Pourtant, cela peut neutraliser la hiérarchisation des critères. Aussi, la proposition de directive communautaire unifiée encourage à la publication de la hiérarchie des critères, mais aussi de leur éventuelle pondération: « *il doit [...] incomber aux pouvoirs adjudicateurs d'indiquer dès le début de la procédure la pondération relative donnée à chacun de ces critères* [380] ». Il s'agit là d'une volonté de transparence de la procédure de passation afin d'assurer d'un traitement égal des offres et donc annihiler toute possibilité de préférence au moment de l'évaluation. La réforme du CMP l'a repris expressément puisque « *les critères sont pondérés, à défaut hiérarchisés. L'obligation et l'intérêt de la pondération sont mis en évidence. Celle-ci doit être publiée en amont dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de consultation* [381] ».

341. — Cette information des soumissionnaires des éléments d'attribution les assure d'une objectivité de traitement de toutes les offres et bien que le critère du mieux-disant soit moins prévisible que celui du moins-disant, ils demeurent en possession des éléments pertinents concernant l'évaluation de leur offre. Aussi sont-ils, de la sorte, préservés d'éventuels avantages accordés à l'un d'entre eux par la possibilité qui leur est donnée de contrôler, à terme, l'attribution, de leur propre chef, en disposant de ces éléments. Ils sont encore mis en mesure, au stade d'élaboration de l'offre, d'optimiser leur proposition au regard des critères recherchés et donc dotés d'une capacité de prévision du terme de la procédure. Mais les instruments internationaux offrent une alternative entre moins-disant et mieux-disant, sachant que la Loi-type renvoie, en cas de critères autres que le prix le plus bas, l'adjudication à l'offre la plus basse d'après l'évaluation par rapport aux autres critères.

---

[378] TA Besançon, 9 oct.1996, *Compagnie Générale de Chauffe c. / SYTEVOM*, req. n° 961103

[379] Art. 34.b).ii) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[380] Proposition de directive, considérant n° 30

[381] F. OLIVIER, *Réforme du CMP – Sélection des candidatures et analyse des offres: Contrats Marchés Publ*.,

B. — LES CRITERES ADDITIONNELS ?

342. — Le caractère indicatif de l'article 53 du CMP permet donc le recours à d'autres critères que ceux mentionnés et donc additionnels. Par ailleurs, l'article 14 du CMP permet l'insertion dans le cahier des charges de clauses sociales, environnementales,... afin de promouvoir l'insertion sociale, lutter contre le chômage ou protéger l'environnement. Cependant, ces clauses pourraient être utilisées pour juger les offres dans la mesure où l'article 53 permet l'emploi d'autres critères. Pour l'éviter, la jurisprudence a jugé fermement qu'une collectivité publique ne pouvait utiliser un critère de mieux-disant social pour départager des offres dans les termes suivants: « *il ressort des [...] dispositions [...] du règlement de la consultation, d'une part, que les candidats au marché étaient tenus, sous peine de voir leur offre écartée, de présenter un dossier comportant, notamment, un mémoire relatif à leur démarche d'insertion, d'autre part, que l'appréciation de l'offre faite par les soumissionnaires e matière d'insertion sociale constituait effectivement un critère autonome de choix et non une simple modalité du critère de valeur technique [...] dans ces conditions [et alors même qu'elle] n'aurait pas fait usage du critère additionnel d'insertion pour départager les deux candidats au marché, la seule existence de ce critère, en l'espèce illégal, comme condition de présentation des offres, est de nature à entacher d'irrégularité le marché litigieux* [382] ».

Aussi l'insertion de tels critères dans le cahier des charges induit la possibilité de rejet de l'offre non pas au stade de la sélection, mais au niveau de la conformité de l'offre. Alors, « *il arriverait à ce ''pseudo-critère'' ce qui était arrivé au ''critère'' des garanties financières et techniques des candidats: le passage de la seconde enveloppe à la première enveloppe. A cet égard, il [cesserait] d'être considéré comme un critère en aval destiné à examiner les offres (seconde enveloppe), pour devenir un critère de sélection (première enveloppe)* [383] ». L'examen de la conformité des offres aura un caractère éliminatoire par la non-conformité de celles ne répondant pas au niveau d'exigence sociale ou environnementale.

---

févr. 2004, p. 41

[382] TA Strasbourg, 30 nov. 1999, *Préfet du Bas-Rhin c. / Communauté urbaine de Strasbourg, société Au port'unes: RDI,* 2000, p. 39, obs. Llorens et Soler-Couteaux

[383] Michel GUIBAL, *Un nouveau code des marchés publics?: AJDA*, 2001, p. 363

343. — Le juge communautaire, quant à lui, a adopté la position inverse en permettant l'insertion d'une clause imposant le recours à 70% de demandeurs d'emploi[384]. Il admet effectivement les clauses dites *"sociales"* comme critère d'attribution du marché[385]. Dans une communication interprétative, la Commission Européenne[386] considère qu'il est possible à une autorité adjudicatrice de « *prévoir l'utilisation de spécifications techniques à caractère social pour caractériser un produit ou une prestation objet d'un marché, de prendre en compte des considérations sociales lors de la phase de sélection des soumissionnaires dans le cadre d'une procédure restreinte, d'exclure les candidats qui ne respectent pas leurs obligations en matière sociale, d'utiliser comme un critère attestant de la capacité technique des candidats "l'expérience sociale" lorsque l'exécution d'un marché nécessite un savoir-faire particulier en matière sociale et (surtout) de faire de la lutte contre le chômage de la sauvegarde de l'emploi un critère pour l'attribution du marché* » ; mais « *à condition que cela se fasse dans le respect des principes fondamentaux du droit communautaire et que les autorités adjudicatrices se trouvent en présence de deux ou plusieurs offres économiquement équivalentes* [387] »

344. — Toutefois, l'usage de ces clauses ne peut que permettre de départager des offres équivalentes ainsi que le mentionne la Communication du 4 juillet 2001[388] relativement à l'interprétation de l'arrêt de la CJCE[389] du 26 septembre 2000 l'admettant. Ainsi la Commission limite l'influence de ces clauses au stade de l'analyse des offres et non au moment des candidatures. Dès lors, les positions communautaires et nationales divergent sur ce point. La Commission considère même, dans la même Communication, que les clauses environnementales, dans la

---

[384] CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-225/98,*Commission c./ France: Rec.* I, p. 7445 ; *BJCP* 2000, n° 14, p. 13, concl. Alber

[385] Paul CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement: RTDEur*, 01/07/02, p. 441

[386] Communications interprétatives de la Commission Européenne relative à l'intégration des aspects sociaux et des considérations dans les marchés publics: *JOCE*, n° C/333, 28/11/2001

[387] Reconnaissance par la Commission du critère du « mieux-disant » social: *Contrats Marchés Publ*., Déc. 2001, p. 9

[388] Communication interprétative de la Commission des Communautés Européennes sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés: 04/07/01, COM (2001) 274 final, p. 23

[389] CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-225/98, *Commission c./ France: Contrats et marchés publics*, déc. 2000, comm. F. Llorens

mesure où elles procurent un avantage économique à l'objet du marché ou servent l'intérêt général[390], peuvent servir à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette position peut s'analyser comme « *entraînant une discrimination positive, [sa compatibilité] est subordonnée au respect du principe de non-discrimination en raison de la nationalité au moment de la fixation des critères d'attribution du contrat* [391] ». La CJCE a ensuite confirmé la possibilité d'attribuer un marché public sur la base de considérations environnementales[392].

Ainsi, ces considérations ont fait l'objet de positions divergentes et ne sont pas indubitablement exclues. La réforme du Code des Marchés Publics a introduit de nouveaux critères parmi lesquels on compte le caractère innovant de l'offre, mais aussi le critère environnemental[393]. Elles sont donc parfaitement envisageables, mais reste à déterminer à quel niveau elles doivent intervenir.

345. — L'AMP n'en porte pas mention mais la Loi-type les intègre pleinement aux critères d'évaluation des offres[394] puisque l'effet de l'acceptation est pris en considération au regard des « *possibilités de développement économique que comportent les offres [...], la promotion de l'emploi* », la réservation de certaines activités de production aux fournisseurs locaux, le transfert de technologie,... assortis d'une faculté d'octroi d'une marge de préférence aux produits ou candidats locaux. De la sorte, la CNUDCI exprime son objectif de développement inscrit dans la conception du texte.

---

[390] CJCE, 17 sept. 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab et Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne, aff.: C-513/99, note F. LLORENS, *La CJCE "persiste et signe": après le critère social, elle admet le critère environnemental: Contrats Marchés Publ.*, Nov. 2002, p. 16

[391] Paul CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement: RTDEur*, 01/07/02, p. 442, n° 35

[392] Sophie PIGNON, *La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics: LPA*, 23/12/2002, n° 255, pp. 4 et s.

[393] F. OLIVIER, *Réforme du CMP – Sélection des candidatures et analyse des offres: Contrats Marchés Publ.*, févr. 2004, p. 41

[394] Art. 34.4.d) de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

PARAGRAPHE 2. — L'ACCEPTATION PAR L'ENTITE ADJUDICATRICE

346. — L'attribution du marché est une décision administrative et marque le terme de la mise en concurrence (I). Lorsqu'une offre est retenue, son auteur devient l'attributaire. Aussi la décision doit être prise par une autorité compétente à cet effet mais requiert certaines formalités pour engager la personne publique (II).

I. — LA DECISION D'ATTRIBUTION

347. — La décision d'attribution est regardée comme définitive (A) et implique que l'entité ne puisse procéder à un nouvel examen des offres et désigner une autre entreprise[395]. Son choix étant fait, elle doit en informer les candidats évincés (B).

A. — UNE ATTRIBUTION DEFINITIVE

348. — L'AMP renvoie sur ce point à la documentation relative à l'appel d'offres. La Loi-type et le droit interne exigent une confirmation de compétences de l'attributaire à défaut de laquelle l'entité peut rejeter l'offre et en retenir une autre[396] parmi les offres restantes. En France, l'attribution sera considérée comme caduque et ce sera le soumissionnaire placé en seconde position qui emportera le marché[397]. La Loi-type cependant réserve la faculté à l'entité, dans pareille hypothèse de rejeter toutes les offres restantes.

349. — Ces documents produits et les qualifications confirmées, l'attribution est définitive mais, en droit interne ainsi que pour l'AMP[398], elle n'ouvre cependant pas

---

[395] CE, 10 janv. 1986, *Société des travaux du Midi: Rec.* Tables p. 608 ; *RMP* avr-mai 1986, obs. Bazex et Flécheux

[396] Art. 34.6 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[397] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 343, n° 1606

[398] Art. XIII.4.b de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

de droit à la signature du marché. Ainsi l'entité peut, pour des considérations d'intérêt général mettre fin à la procédure à tout moment jusqu'à la signature du marché, valant entrée en vigueur de celui-ci. Le Conseil d'État a, de la sorte, considéré que « *lorsque l'Administration informe le soumissionnaire que son offre est acceptée, cette décision ne crée pour l'attributaire aucun droit à la signature du marché* [399] ».

350. — La Loi-type, quant à elle, considère l'attribution comme la date d'entrée en vigueur du marché[400]. Mais cela, sous réserve de l'absence de précisions suivant lesquels le marché doit être suivi d'une signature ou de l'approbation d'une autorité de tutelle. L'attribution valant entrée en vigueur du marché est donc une procédure par défaut. La date prise alors en considération est celle de l'expédition de l'avis, c'est à dire lorsque « *il est dûment adressé ou envoyé et transmis de toute autre manière au fournisseur ou entrepreneur ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou entrepreneur* [401] ».

B. — L'INFORMATION DES CANDIDATS EVINCES

351. — L'attribution est adressée au soumissionnaire retenu. Or, les autres soumissionnaires n'en seront informés qu'ultérieurement. La Loi-type fixe cette information à la date d'entrée en vigueur du marché sous la forme d'un avis d'attribution du marché « *dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier* [402] », divulguant de la sorte une information minimale et suffisante. L'AMP impose la publication[403], ainsi qu'en droit interne, d'un avis mais dans un délai de 72 jours après

---

[399] CE, 8 déc. 1997, *Société A2IL: RDI* 1998, p. 242, obs. Llorens et Terneyre

[400] Art. 36.3 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[401] Art. 36.4 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[402] Art. 36.6 de la Loi-type de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf ; *Annexe*

[403] Alain GUEDJ, L'obligation d'informer les candidats évincés d'un marché public avant la notification dudit marché, conclusions du Commissaire de Gouvernement sous TA Paris, 4 mars 2003, *Société Sodisfom: LPA*, 24/06/2003, n° 125, p. 21

l'adjudication du marché ; délai qui est de 30 jours en France[404]. Il doit porter mention de l'objet du marché, de l'entité acheteuse, de la date d'adjudication, des nom et adresse de l'adjudicataire et soit la valeur de l'adjudication, soit l'offre la plus élevée et la plus basse dont il été tenu compte dans l'adjudication[405] ainsi que le type de procédure utilisée.

Or, depuis l'introduction du référé précontractuel, cette obligation d'information doit intervenir avant la notification. Sinon, la notification aurait pour effet de priver les candidats évincés de ce recours[406].

En France, à compter de la date de publication, court le délai de recours pour excès de pouvoir des tiers ayant intérêt à agir[407].

352. — Il s'agit donc là d'assurer l'information de tous les intéressés et la transparence de la passation à l'égard des concurrents évincés, à même de contrôler la régularité de la procédure. L'AMP ajoute, au même article, que l'information de leur éviction aux participants se fera dans les moindres délais assortie de la possibilité de communiquer, à leur demande, les renseignements pertinents du rejet de son offre ou de ses qualifications ainsi que les explications sur les pratiques de passation de l'entité ; sous réserve de non contrariété à l'ordre public.

II. — LA SIGNATURE: LA VOLONTE DE S'ENGAGER

353. — Ainsi, la signature est l'expression de l'entité de l'acceptation de l'offre retenue, elle est créatrice de droits. L'AMP porte la création de droits à la signature du marché à la différence de la CNUDCI qui envisage plusieurs hypothèses (A), mais le droit interne reconnaît le préjudice susceptible d'être créé à l'attributaire en cas de non signature du marché (B).

---

[404] Art. 80 du CMP

[405] Art. XVIII.1 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[406] Alain GUEDJ, L'obligation d'informer les candidats évincés d'un marché public avant la notification dudit marché, conclusions du Commissaire de Gouvernement sous TA Paris, 4 mars 2003, *Société Sodisfom: LPA*, 24/06/2003, n° 125, p. 21

[407] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 354, n° 1628

A. — L'EXPRESSION DE L'ACCEPTATION

354. — En France, après la décision d'attribution du marché, l'assemblée délibérante doit autoriser l'exécutif de la collectivité à signer le marché[408]. Pour les marchés de l'État, seul l'avis d'une Commission Spécialisée des Marchés est nécessaire au-delà d'un certain montant du marché. Aussi le décret n° 2001-739 du 23 août 2001 en institue sept, spécialisées dans différents secteurs (bâtiment et génie civil, approvisionnement généraux, aéronautique,...). C'est alors le Président de la Commission Spécialisée qui fait connaître à l'entité adjudicatrice, en l'espèce la Personne Responsable du Marché (PRM), si le dossier doit être examiné par la Commission. La PRM n'est pas liée par l'avis favorable ou défavorable de la Commission Spécialisée, cependant, s'il ne la saisit pas, la PRM devient incompétente pour signer le marché.

Il importe à l'attributaire de vérifier[409] si l'autorité compétente pour signer le marché a bien reçu autorisation de signer; information contenue dans l'acte d'engagement. L'irrégularité entachant alors le marché de nullité[410].

355. — Aussi la signature par l'autorité compétente ou le délégataire de signature fait naître le lien contractuel[411]. La signature doit être apposée sur l'acte d'engagement par celle-ci faisant naître le marché[412]. L'administration ne peut plus retirer sa décision. Le marché ne devient pas pour autant exécutoire, il doit encore subir un contrôle de légalité mais la personne publique est engagée dans les liens contractuels avec l'attributaire. Si elle ne veut plus exécuter le marché, elle doit soit invoquer un motif d'intérêt général mais alors, le contrat est résilié, c'est à dire que celle-ci ne joue que pour l'avenir, soit résilier pour faute de l'entreprise dans les conditions prévues dans le cahier des charges, soit encore procéder à la résiliation d'un commun accord du marché. Hormis ces cas, l'Administration doit participer de bonne foi à

---

[408] CE, 4 avr. 1997, *Préfet du Puy-de-Dôme c./ Commune d'Orcet: Rec.*, p. 132 ; Cyrille EMERY, Passer *un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 348, n° 1615

[409] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 348, n° 1615

[410] CAA Bordeaux, 22 juin 1998, Société *Entreprise et Construction de France: BJCP*, 1999, p. 212, n° 2

[411] CE, 10 déc. 1986, *Département de la Moselle: RDP*, 1987, p. 1092, obs. Llorens

[412] CE Section, 30 nov. 1995, *Chambre de Commerce et d'Industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées: Rec.*, p. 394, req. n° 157304 ; *AJDA*, 1995, p. 945

l'exécution du marché[413]. Ce sera la notification[414] qui vaudra entrée en vigueur du marché et à compter de sa date que courront les délais d'exécution.

356. — Pour l'AMP, seul le motif d'intérêt général justifie de ne pas passer le marché[415], pour le reste, elle demeure silencieuse. A l'inverse de la CNUDCI qui envisage plusieurs moments d'entrée en vigueur du marché en son article 13. Ainsi qu'en droit interne[416], si l'approbation d'une autorité de tutelle est nécessaire, le marché n'entre pas en vigueur avant ladite approbation. Aussi le délai d'attente de ladite décision doit être incorporé au délai de maintien de l'offre par l'entreprise. En cas de non approbation, les offres ne sont pas automatiquement prorogées et peuvent donc devenir caduque. Ces délais doivent donc être préalablement quantifiés et communiqués.

357. — Autrement, le marché entre en vigueur après l'avis d'attribution à l'entreprise retenue. Toutefois, le dossier de sollicitation peut exiger la signature d'un marché écrit auquel cas l'entrée en vigueur du marché est reportée à la signature des parties. La défaillance à la signature de l'attributaire vaut pour l'entité de choisir un autre entrepreneur ou fournisseur dans les offres valides restantes, ou à défaut, peut les rejeter toutes.

358. — Ainsi, l'hypothèse de contraintes maximales de la CNUDCI approche de notre droit interne dans la mesure où l'entrée en vigueur du marché intervient après approbation de l'autorité de tutelle et signature du marché, avec toutefois, une contrainte supplémentaire en droit interne à savoir le résultat du contrôle de légalité. La Loi-type prévoit donc un maximum et un minimum avant l'entrée en vigueur du marché avec, au plus simple, l'attribution rendant le marché exécutoire. Il s'agit donc d'une flexibilité conséquente de la Loi-type. En droit interne, l'article 79 du CMP dispose que « *la date de notification est la date de réception du marché par le titulaire* » de telle sorte que si elle est adressée en recommandé-accusé de réception,

---

[413] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 350, n° 1618

[414] Obligation de l'article 79 du CMP avant tout commencement d'exécution

[415] Art. XIII.4.b) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[416] Cyrille EMERY, *Op. Cit.*, p. 352, n° 1626

la date de notification est celle de réception de la lettre, si le marché est remis contre récépissé, la date de la notification est la date de la remise du marché[417].

B. — L'HYPOTHESE DE NON-SIGNATURE DU MARCHE

359. — Toutefois, il est une hypothèse non mentionnée par les instruments internationaux résidant dans la non signature au final du marché bien que celui-ci ait été attribué. Il convient alors de se référer au droit interne pour l'illustrer.

360. — Ainsi que cela a été évoqué, l'attribution ne crée pas de droit à la signature pour l'attributaire, l'Administration peut toujours mettre fin à la procédure. Mais cela ne signifie pas que l'attributaire ne dispose d'aucun droit. En effet, si la collectivité abuse de son droit, elle crée un préjudice à ce dernier. Dès lors, l'attributaire a un droit à connaître les motifs pour lesquels le marché n'est pas signé ainsi qu'en dispose la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs défavorables applicable en matière de marchés publics. Toutefois la motivation d'une telle décision n'est pas systématique et résulte d'une demande de l'entreprise intéressée.

361. — Dans l'hypothèse où l'entreprise en subirait un préjudice, elle peut solliciter une indemnisation[418] et notamment « *le remboursement des frais indûment exposés sur la foi des promesses de l'Administration pendant la période de mise au point des marchés* [419] ». Elle doit alors engager un recours indemnitaire[420], après avoir vainement saisi l'Administration et aura la charge de démontrer la faute de l'Administration, le préjudice qu'elle a subi et le lien de causalité les unissant. L'indemnisation à laquelle elle peut prétendre correspond aux frais exposés pour soumissionner[421].

---

[417] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 354, n° 1627

[418] CE, 11 oct. 1985, *Compagnie générale de constructions téléphoniques: Rec., p. 282 ; 23 mars 1984, SIVU pour l'étude et la réalisation du Golf de Cognac: Rec.*, p. 158 ; *CJEG* 1995, p. 27

[419] Cyrille EMERY, *Passer un marché public: Delmas*, 1re éd., 2001, p. 345, n° 1608

[420] Cyrille EMERY, *Op. Cit.*, p. 367, n° 1720

[421] CE, 11 oct. 1985, *Compagnie générale de constructions téléphoniques: Rec., p. 282 ; 23 mars 1984, SIVU*

CONCLUSION CHAPITRE 2

362. — Il apparaît donc que la phase d'évaluation des offres constitue une étape encadrée et prédéfinie bien avant la mise en œuvre la procédure de passation. Elle consiste à confronter les offres aux critères définis et de la sorte à leur octroyer une note en permettant le classement. Toutefois, dans les alternatives entre critère du mieux-disant ou du moins-disant, se traduit une conception de la bonne gestion des deniers publics de façon évidente mais encore une accessibilité au marché public d'entreprises de moindre envergure argumentant leur offre de leur savoir-faire. L'option entre les deux critères permet encore de répondre aux impératifs locaux sans imposer un mode de gestion des marchés publics et donc offre une flexibilité de l'instrument international. Cette flexibilité se retrouve encore dans la Loi-type explicitement mais aussi, dans le silence de l'AMP, laissant de la sorte les États libres de leur choix, en ce qui concerne la date d'entrée en vigueur du marché. La France dispose à cet égard de nombreux contrôles, là où les instruments internationaux font dans la simplicité en concevant ce point comme une formalité. La rigueur étant placée principalement dans l'évaluation des offres afin d'offrir un traitement équitable des soumissions et par là même, à terme, restaurer la confiance des opérateurs privés.

363. — Cette recherche des soumissionnaires internationaux est relativisée par les impératifs de développement dans la philosophie de la CNUDCI laquelle permet de prendre en considération, dans sa Loi-type, des critères exclus en droit interne ou bien subsidiaires pour départager des offres concurrentes, à savoir les critères sociaux et environnementaux. Il transparaît alors la destination instrumentale de l'opération globale déjà évoquée dans le titre 1, à savoir l'instrument de développement économique que peut constituer le marché public.

364. — Toujours est-il que, en toute hypothèse, il est question d'assurer aux soumissionnaires un traitement objectif et équitable de leurs offres dont ils détiennent toutes les clés par l'information initiale contenue dans le dossier de sollicitation. Ainsi ils sont en mesure d'apprécier de la concurrentialité de leur offre par

---

pour l'étude et la réalisation du Golf de Cognac: Rec., p. 158 ; *CJEG* 1995, p. 27

l’expérience acquise en matière de marché public et au regard des exigences requises par la personne publique pouvant de la sorte présumer de leur position, mais ils peuvent encore juger de l’attribution et de sa régularité par les informations qui leur sont nécessairement, ou à leur demande, communiquées.

365. — Ainsi le moment d’évaluation des offres marque l’achèvement de la procédure par la fin de la mise en concurrence et le résultat du travail de différenciation des soumissionnaires. Aussi la participation d’entreprises subventionnées a suscité quelques réactions des agents privés par le comportement inhabituel et leur pratique de prix largement en deçà de ceux pratiqués, entraînant de la sorte des interrogations. Si leur participation n’est pas interdite, elle n’en demeure pas moins encadrée et elles doivent agir avec des charges identiques ou similaires aux opérateurs privés.

CONCLUSION TITRE 2

366. — Le choix de la procédure n'est aucunement aléatoire et répond à des seuils. Les marchés de faible valeur sont donc soumis à une procédure encadrée et légère que la CNUDCI envisage sous la forme d'une sollicitation dans la mesure où ils concernent des besoins présentant un caractère de banalité. Toutefois, leur multiplicité à tous les échelons de l'Administration les rend substantiels dans la proportion des marchés publics, aussi la mise en concurrence doit être réelle bien que restreignant l'égal accès à la commande publique. C'est à dire que doivent être invités les entrepreneurs pertinents, comprenant là un facteur d'arbitraire. A compter d'un certain seuil, le recours à l'appel d'offres est obligatoire. Cette procédure est donc la procédure de référence pour toutes les procédures aménagées, qui ne font que déroger sur certains points à celle-ci. Elles ont été créées en raison des inconvénients de l'appel d'offres à savoir la longueur et le coût. Mais elle est seule à assurer une égalité d'accès à la commande publique et donc une mise en concurrence effective par l'appel à la concurrence le plus large possible, sans restriction initiale.

367. — Elle peut être restreinte, auquel cas il y aura sélection des candidats sur leurs qualifications, puis sur leur offre, opérant une répartition de la charge administrative de traitement des soumissions et donc un examen rigoureux, puis organisant, dans un second temps, une mise en concurrence qualitative, optimale.

368. — Dès lors, les soumissionnaires ayant élaboré une offre, animés par une démarche de différenciation devront se remettre à l'évaluation de l'entité adjudicatrice tout en demeurant en possession de tous les éléments pertinents de l'attribution. Leur expérience des marchés publics et du marché privé les mettant en mesure d'apprécier approximativement leur positionnement par rapport aux autres et leur concurrentialité.

369. — L'évaluation se fera donc sur les éléments indiqués dans le dossier de sollicitation avec une spécificité des instruments internationaux qui acceptent les critères sociaux et environnementaux. En effet, le droit interne ne les tolère que pour départager des offres équivalentes, tandis que la CNUDCI et l'AMP l'intègrent dans une liste limitative descriptive du critère du mieux-disant. Leur appartenance à ce

critère fait transparaître la prise en considération de la destination instrumentale de l'opération, à savoir le développement.

Ce critère du moins-disant est celui de rigueur en droit interne, tandis que les instruments internationaux permettent une option avec celui du moins-disant en raison des besoins impérieux de certains États, dont le souci d'investissement est secondaire.

370. — Ainsi les soumissionnaires sont traités de façon identique et objective, même égalitaire, sans laisser d'appréciation à l'entité puisque les offres sont notées au regard des critères hiérarchisés et éventuellement pondérés. La seule surprise réside dans l'ignorance des propositions des concurrents, ignorance qui ne demeurera pas par la communication des informations pertinentes de l'attribution aux soumissionnaires évincés. En effet, ceux-ci sont mis en mesure d'apprécier de la légitimité de l'attribution.

CONCLUSION PARTIE 1

371. — Du début de la passation à son terme, il n'y a donc aucun secret objectif. Les critères d'attribution sont communiqués avec la détermination du besoin à satisfaire. Aussi les contraintes du besoin et les contraintes de la passation sont-elles transmises afin d'informer pleinement les entrepreneurs et fournisseurs depuis l'avis d'appel public à la concurrence et détaillés dans le dossier de consultation.

372. — Les soumissionnaires travaillent donc sur les mêmes documents et dans un même espace contraignant. Dès lors, la normalisation des procédures et la traduction des documents permettent un plus large accès aux candidats étrangers qui, par la charge et le temps d'adaptation aux règles locales, se réserve pour les marchés d'envergure. Toutefois, leur participation n'est pas non plus anodine et vaut sortie de devises, dans des économies quelquefois fragiles ou bloquées, aussi la CNUDCI intègre-t'elle dans son texte, un objectif explicite de développement par l'admission de critères sociaux, environnementaux,... pour l'appréciation de l'offre la mieux-disante. Mais encore, par l'instauration d'une procédure nationale de discrimination positive au profit des entrepreneurs locaux et opérant par là même un autre équilibre par la pondération des intérêts en présence. L'AMP protège davantage la concurrence et s'axera sur la restauration de la confiance des opérateurs privés, les incitant à participer, par un traitement égalitaire de tous les soumissionnaires et l'encadrement strict de l'activité de l'entité, notamment dans ses communications aux concurrents afin d'éviter tout détournement de procédure ou d'avantage de certains par l'information.

373. — Les instruments internationaux offrent donc plusieurs types de procédures avec en référence l'appel d'offres ouvert à partir duquel se déclinent des adaptations au regard du besoin, mais encore de l'état concurrentiel du marché privé. Il y a donc observation mutuelle des marchés publics et marchés privés. En toute hypothèse, la mise en concurrence doit exister afin de ne pas léser un soumissionnaire potentiel, qu'ils soient par centaines ou unique. La détention d'un monopole d'exploitation, par le secret ou la propriété industrielle, justifie alors l'absence de concurrents du simple constat de fait.

374. — Il s'agit ensuite de traiter également les soumissionnaires en assurant le maintien d'une égalité d'instruments de travail et de conditions de travail par la communauté d'informations à leur disposition, mais encore par l'anonymat entourant les offres.

375. — Les négociations constituent des dérogations sujettes à caution au regard de la garantie d'égalité de traitement ; cela, en raison de la possible personnalisation de l'appréciation des propositions que seules des considérations de difficultés techniques peuvent justifier. Mais encore, le traitement est égal dans la phase majeure d'examen des propositions par l'objectivité attachée à l'évaluation des offres et l'information des candidats évincés leur permet de contrôler la justesse de l'offre retenue.

376. — Les soumissionnaires devront avoir signé l'acte d'engagement par lequel ils s'engagent à maintenir leur offre un certain temps, si bien qu'après la remise, il leur est impossible, sauf dans le cadre de la Loi-type, d'opérer de modifications. C'est à l'entité de procéder aux corrections, dans les limites de l'évidence et de leur caractère minime. De la sorte, l'attribution vaudra acceptation de l'entité, tandis que l'entrée en vigueur sera reportée à la signature du marché en général. Toujours est-il que les instruments internationaux tendent à placer tous les soumissionnaires sur la même ligne concurrentielle à partir de laquelle ils tacheront de se différencier en demeurant dans le cadre pré-établi.

377. — Au-delà, la procédure de passation d'un marché public renvoie à une inégalité factuelle entre les États dans les possibilités financières de réaliser un projet mais que l'ouverture, à un certain degré et par la normalisation des procédures, peut permettre dans une recherche de balance entre opérateurs publics et opérateurs privés animés par des intérêts divergents.

PARTIE 2. — LE REGLEMENT DES CONTENTIEUX: L’EGALITE RECHERCHEE

PARTIE 2. — LE REGLEMENT DES CONTENTIEUX: L’EGALITE RECHERCHEE

378. — L'attribution d'un marché public vaut évincement des offres non retenues et divulgation de l'offre retenue. L'attributaire a tout lieu d'avoir proposé une offre performante et sans dumping, faute de quoi le prestige de la société serait abîmé au regard de ses concurrents.

379. — Qui plus est, à cette divulgation s'ajoute l'examen de l'offre retenue par les concurrents et constitue, par la transparence, un moyen de contrôle de l'égalité par la concurrence. « *Chaque appel d'offres international dans ce domaine [la construction et l'exploitation de centrales nucléaire] permet de connaître et d'analyser le prix ayant permis de gagner et donc de disposer de référentiels précis...*[422] ». En effet, l'offre attribuée doit être l'offre économiquement la plus avantageuse ou la moins-disante. Dès lors, les gens du métier sont à même de l'évaluer et s'assurer, par extension, qu'aucune pratique anti-concurrentielle n'ait eu lieu, ni aucune atteinte à leurs droits en qualité de soumissionnaire.

Bien souvent, ce sera un candidat évincé qui suspectera la commission d'un délit à son éviction, que ce soit par corruption, prise illégale d'intérêts ou favoritisme. Deviendra un contentieux fameux ou récurrent, transnational et traité territorialement: celui de l'aspect pénal de la passation et donc, la neutralisation notamment de la corruption, fléau de l'égalité.

380. — Des différends, la caractéristique est celle de l'extériorisation. La suspicion des juridictions nationales de privilégier les intérêts nationaux ou de protéger l'État a animé les entreprises privées à se prémunir contre ce risque. D'où le recours à l'arbitrage commercial international et la nécessité de l'organiser. La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) a proposé des règlements d'arbitrage-type dont l'utilisation la plus connue a eu lieu lors de la constitution du tribunal des différends irano-américains réalisé avec succès, mais traitant principalement des litiges opposant intérêts de sociétés privées américaines et nationalisations iraniennes. Toujours est-il que ce règlement connaît un succès certain mais n'est pas unique. Il existe parallèlement des règlements d'arbitrage

---

[422] Didier LAMETHE, Le financement de projets et leur organisation industrielle, l'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques. *In Varii auctoris, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e^ siècle: Litec*, Mél. en l'honneur de Philippe Kahn, vol. 20, 2000, p. 454

réalisés par des juridictions arbitrales permanentes, sachant que les parties peuvent, ainsi que les arbitres, en réaliser un spécifique.

381. — L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) a, quant à elle, intériorisé en son sein, le contentieux par l'existence de l'Organe de Règlement des Différends (ORD) destiné à assurer le respect de ses textes et doté d'un pouvoir d'investigations au moyen de groupes spéciaux. Il formule des recommandations ou statue sur la question et assure la surveillance et la mise en œuvre des décisions et recommandations[423] laissant à penser à une juridictionnalisation[424] de l'organe. Toutefois, une phase préalable de contestation amiable est préconisée.

382. — Si l'ORD suit l'exécution de ses décisions, les sentences arbitrales doivent, pour être exécutoire, bénéficier d'une décision d'exequatur réalisée par les juridictions étatiques. Dès lors, la Convention de New York sur la reconnaissance et la circulation des sentences arbitrales[425] a connu un vif succès avec 133 ratifications et permet donc l'effectivité de ce type de règlement des différends qui a suscité des difficultés de principe quant à la faculté de compromettre, quant à la nature spécifique du contrat.

383. — Dès lors, il importait donc par la rigueur procédurale afin de légitimer l'attribution, éviter les différends tendant à discriminer dans la concurrence (titre 1) mais encore traiter ces différends afin d'assurer l'égalité des contractants (titre 2).

---

[423] Art. XXII.2 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[424] Hélène RUIZ FABRI, Le règlement des différends au sein de l'OMC: naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit. *In Varii auctoris, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle: Litec*, Mél. en l'honneur de Philippe Kahn , vol. 20, 2000, pp.303 et s.

[425] Convention de New-York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: www.uncitral.org/french/texts/arbitration/NY-conv-f.htm ; *Annexe*

TITRE 1. — PAR LA COORDINATION DES INSTRUMENTS

384. — Dans ce type de contrat, les sommes en jeu peuvent atteindre des montants importants et l'exécution peut s'inscrire dans le temps. Aussi, de nombreux différends sont susceptibles d'intervenir. D'autant plus que les entreprises importent sur le marché public les rivalités du marché privé. L'attribution à l'une d'elles est appelle le contrôle par les concurrents. Ce phénomène est d'autant plus important qu'il existe un moyen fameux de remporter un marché, notamment à l'échelle internationale qui consiste dans la corruption d'agents publics. Aussi ce point a fait l'objet d'une prise de conscience généralisée et est donc traité par des textes internationaux.

En effet, les commissions versées bénéficiaient d'une certaine clémence[426] en France ; elles seront abordées. Jusque récemment, la corruption d'agents publics étrangers constituait une charge déductible fiscalement. Ces pratiques usuelles nées d'une nécessité d'assouplir certaines lourdeurs administratives dans certains pays, sont devenues des pratiques anti-concurrentielles en ce qu'elles procurent un avantage par rapport aux autres, alors qu'initialement elles étaient usitées pour éviter un désavantage. Dès lors, la prise de conscience de la constitution de réseaux à l'échelle internationale a donc contribué à la nécessité d'intervenir afin de permettre au marché, et non plus aux réseaux relationnels, de s'exprimer dans un environnement de concurrence internationale devant aussi être attractif.

385. — Mais encore, l'irrégularité de la passation peut résulter d'une méconnaissance du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires posé par les instruments internationaux. A cet égard, un certain nombre de mécanismes sont mis en place afin

---

[426] Rémi GOUYET, *Fisc et corruption internationale : la lutte du pot de fer contre les pots-de-vin : LPA*, 1er-2/05/2003, pp. 3-4

de le faire respecter. L'organe de Règlement des Différends (ORD) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) permet donc, sur plainte d'un État, de vérifier l'application de l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) ainsi que les parties s'y étaient engagées. Mais dans les relations entre les soumissionnaires et l'entité adjudicatrice, l'AMP préconise le recours amiable avant toute action contentieuse. Cette dernière doit néanmoins être possible.

386. — Il sera donc question ici d'aborder la mis en pratique des instruments internationaux : au niveau de l'intégrité de la mise en conformité et au niveau de l'intégrité des comportements des soumissionnaires. Nous relèverons d'ailleurs que le droit communautaire, dans sa tâche d'harmonisation, va au-delà du niveau de libéralisation requis par l'AMP et constitue une initiative surprenante.

Il convient d'aborder l'intégration de l'Accord sur les Marchés Publics en droit communautaire (chapitre 1) ; nous envisagerons si celle-ci serait possible avec la Loi-type de la CNUDCI. Il importe ensuite d'évoquer les recours susceptibles d'être exercés avec l'organe de règlement des différends (ORD) qui possède un rôle particulier et la poursuite des infractions pénales dont la plus notoire est la corruption (chapitre 2).

CHAPITRE 1. — L'INTEGRATION DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

387. — L'Accord sur les Marchés Publics (AMP) influence pour une part le droit communautaire dans son travail d'harmonisation des législations. Il lie les États-membres au titre des Communautés Européennes. Les parties audit Accord sont d'ailleurs essentiellement les Etats-membres de l'Union Européenne. Seulement, il exige une mise en conformité des législations internes qu'il conviendra d'aborder[427]. Cette obligation est suivie par un Comité de l'OMC, mis en place à cette fin et chargé de recueillir les déclarations des Etats partie quant au déroulement du processus. Ce passage permettra d'appréhender le mécanisme et les adaptations dont il peut faire l'objet alors.

388. — Aussi, du travail de mise en conformité réalisé, il s'est révélé une action communautaire allant au-delà des exigences de l'AMP dans un sens de libéralisation (section 1). Cette adaptation communautaire de l'accord international manifeste un choix résolument politique et la construction d'une approche propre de l'Union sur la question. L'examen sera porté également sur une possible intégration de la Loi-type de la CNUDCI (section 2).

[427] Art. XXIV.5 de l'AMP ; http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf

SECTION 1. — L'INSERTION DE L'ACCORD SUR LES MARCHES PUBLICS

389. — La mise en conformité des différents droits nationaux en Europe résulte d'une obligation à la charge des Parties contenue dans l'Accord sur les Marchés Publics. A défaut, un autre Etat partie peut s'en plaindre auprès de l'Organe de règlement des différends qui procédera à une enquête. Elle s'est donc opérée par l'intermédiaire du droit communautaire dérivé dont les directives ont dû être adaptées (§1). Par ce mécanisme, les instances communautaires ont manifesté un choix politique en abordant les thèmes nécessitant des correctifs, tout en se dégageant de l'esprit de l'AMP et de certaines de ses dispositions précises, s'appropriant de la sorte le texte (§2).

PARAGRAPHE 1. — L'OBLIGATION DE MISE EN CONFORMITE

390. — La première influence a résidé dans le champ d'application des textes et les contrats concernés. L'Accord sur les Marchés Publics appréhende largement les contrats de marché public. Néanmoins, son intégration n'a recoupé qu'une fraction des contrats concernés par les directives communautaires. Il conviendra de s'intéresser aux éléments mis en conformité (I) avant d'aborder les modifications champ d'application (II).

I. — LES ELEMENTS DU DROIT COMMUNAUTAIRE MIS EN CONFORMITE

391. — Sur proposition de la Commission, un certain nombre d'éléments des directives communautaires relatives aux marchés publics ont été modifiés afin d'intégrer

diverses dispositions de l'AMP[428]. Ont donc été adoptées deux directives par le Conseil et le Parlement les 13 octobre 1997[429] et 16 février 1998[430]. Elles modifiaient les directives n° 92/50, 93/36, 93/37 et 93/38[431].

392. — Concernant la documentation relative à l'appel d'offres, ces informations déterminées par l'AMP doivent, en droit communautaire, être publiées dans l'appel d'offres. Le délai de soumission en droit communautaire a été modifié afin de permettre une réduction du délai lorsque l'information requise a été publiée l'année précédente[432].

Dans l'hypothèse où il y aurait une procédure de présélection dans le cadre d'un appel d'offres sélectif, l'AMP ne pose qu'une obligation générale d'assurer une concurrence effective optimale. La directive *Fournitures*[433] exige la sélection d'au moins cinq candidats. Il peut être prévu un maximum de vingt candidats. A cet égard, la directive *Réseaux* reste dans la généralité en indiquant que ce nombre doit « *tenir compte du besoin d'assurer une concurrence suffisante* [434] ». Il est regrettable qu'un maximum de participation puisse être fixé dans la mesure où il restreint la concurrence mise en œuvre et de la sorte, fait obstacle à l'égal accès à la commande publique. En effet, la sélection qui sera opérée ne pourra l'être que sur la base de critères extérieurs à la proposition que l'entreprise peut faire.

Par contre, la faculté prévue par l'AMP pour un candidat non inscrit sur la liste préalable, de se faire inscrire en cours de procédure n'a pas été reprise par les textes communautaires. Cela est regrettable et revêt une dimension discriminatoire injustifiée. Dans l'esprit de l'AMP, la liste de fournisseurs qualifiés est censée être une facilité administrative pour l'entité mais ne saurait être un critère de sélection en

---

[428] Henry LESGUILLONS, *Lamy – contrats internationaux: Lamy*, t.2, mise à jour 2001, p. 3/17

[429] Directive n° 97/52 du 13 octobre 1997: *JOCE*, 28/11/97, n° L.328/1

[430] Directive 98/4 du 16 février 1998: *JOCE*, 01/04/98, n° L.101

[431] Christine MAUGÜE et Philippe TERNEYRE, *Achèvement (ou presque) de la transposition des directives Marchés publics : RFDA*, n° 3, pp. 592 et s.

[432] Directive *Fournitures*, art. 10 et 11 ; Directive *Réseaux*, art. 26 ; http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html ; Conor QUIGLEY, *Droit communautaire des contrats : Bruylant-Kluwer*, trad. Crévecœur et O'Donoghe, 1998, pp. 352

[433] Art. 19 Directive *Fournitures* ; http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html

[434] Art. 31.3 Directive *Réseaux*: http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html

soi. Cela a donné lieu à une décision de la CJCE qui a considéré que toute discrimination entre ceux qui choisissent de s'inscrire sur une liste et ceux qui choisissent des moyens de preuve alternatifs est incompatible avec les dispositions des Directives[435]. Cette inscription doit n'être qu'une présomption d'aptitude[436].

393. — L'appel d'offres limité de l'AMP a été introduit dans des termes similaires par les directives *Réseaux* et *Fournitures*. Seules des différences terminologiques transparaissent[437]. Néanmoins, la directive *Réseaux* prévoit la possibilité d'y recourir par la formule générale suivante: « *lorsque aucune offre appropriée n'a été déposée*[438] ». L'AMP, par contre, donne un nombre limité de cas d'offres non appropriées[439]. Pour le reste, les directives prévoient les mêmes hypothèses.

394. — Enfin, les directives n'ont pas transposé l'interdiction des compensations de l'AMP. La question ne fut même pas débattue ; aucun amendement sur ce point n'a été proposé par la Commission, ni au Parlement Européen, ni au Conseil des Ministres[440].

II. — LE CHAMP D'APPLICATION

395. — Afin de cerner l'envergure de l'intégration, il est préférable de procéder en deux étapes. D'une part, la mise en conformité – exigée par l'AMP[441] – des directives communautaires. D'autre part, la transposition desdites directives en droit français. Ce processus révélera un élargissement de l'objet des marchés publics.

---

[435] CJCE, aff. : C-71/92, *Commission c. / Espagne: Rec.*, I.5923, para. 45

[436] Conor QUIGLEY, *Droit communautaire des contrats : Bruylant-Kluwer*, trad. Crévecœur et O'Donoghe, 1998, p. 359

[437] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 368

[438] Art. 20.2(a) Directive *Réseaux* ; http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html

[439] Art. XV.1(a) de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[440] Pierre DIDIER, *Op. Cit.*, p. 372

[441] Art. XXIV.5 de l'AMP ; http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf

396. — L'AMP est destiné à s'appliquer à tout marché. Néanmoins des dérogations individuelles ont été insérées de telle sorte que « *chaque signataire a limité sa concession par de nombreuses restrictions relatives au type de contrat ou entité concerné* [442] ». La Communauté Européenne signataire, devenue l'Union Européenne, a limité son engagement aux catégories d'achat couvertes par les directives communautaires ; à savoir les achats de fournitures, services et travaux tant dans les secteurs généraux qu'exclus. Ne sont donc pas concernés les armes, munitions et matériels de guerre, ni au regard de l'AMP, ni au regard du régime communautaire[443].

L'AMP couvre également une fraction des activités mentionnées[444] dans la directive *Réseaux*[445], à savoir:

- Concernant l'eau potable et l'électricité: la mise à disposition ou exploitation de réseaux fixes destinés à fournir au public un service dans le domaine de leur production, leur transport ou leur distribution;

- Concernant le transport: la mise à disposition des transporteurs, des aéroports, port maritimes et intérieurs ou autres terminaux de transports ; pour le service du public, les opérations de réseaux de transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramways, autobus, trolleybus ou câble

397. — La Communauté voulait que les entités concernées soient les mêmes qu'en droit communautaire[446]. Mais la question fut débattue d'inclure des entités privées et « *vu le refus de ses partenaires d'inclure des entités privées dans cette annexe [l'annexe 3], la Communauté refusa d'y engager ses propres entreprises privées de réseau*[447] ».

---

[442] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 330

[443] Christine MAUGÜE et Philippe TERNEYRE, *Achèvement (ou presque) de la transposition des directives Marchés publics : RFDA*, n° 3, pp. 592 et s.

[444] *Ibid*.

[445] Art. 2.2 Directive *Réseaux* ; http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html

[446] V. *infra*

[447] Pierre DIDIER, *Op. Cit*., p. 337

Néanmoins, lorsque celles-ci opèrent dans certains secteurs[448], elles sont *de facto* soumises à la discipline de l'AMP[449].

Cette détermination des entités concernées par l'AMP a donné lieu à de nombreuses discussions, si bien que la négociation a eu lieu entité par entité. Au final, des pans entiers d'activité économique et industrielle ont été laissés à l'écart[450] dont, notamment, le secteur des télécommunications[451].

398. — Au regard du champ d'application, les directives communautaires n'ont pas harmonisé certains achats. Parmi ceux-là et de façon classique, on compte pour exclus de la directive 93/36 d'achat de fournitures et de la directive 93/37 de travaux publics, les marchés déclarés secrets[452] ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'État membre l'exige[453]. A ceux-là s'ajoutent les marchés passés en vertu d'un accord international[454].

La directive *Services* comprend deux parties. L'une, l'annexe I.A, mentionne les services soumis à la procédure communautaire. L'autre, l'annexe I.B, fait état de ceux qui ne sont soumis qu'aux prescriptions de non-discrimination quant aux spécifications techniques et la publication optionnelle des résultats de l'adjudication[455].

Parmi les services soumis à la procédure prévue par la directive, certains en sont exclus et listés à l'article 1(a). On compte, entre autres, les marchés qui ont pour objet l'acquisition ou la location de terrains, bâtiments existants ou autres biens

---

[448] Les secteurs exclus ; il s'agissait d'inclure toutes les entités visées par les directives communautaires ; pour les entités privées concernées, V. *infra*

[449] Lucien RAPP, *Les marchés des entreprises publiques et les accords du GATT : AJDA*, 20/01/95, pp. 9 et s.

[450] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 341

[451] Lucien RAPP, Les *marchés des entreprises publiques et les accords du GATT : AJDA*, 20/01/95, pp. 9 et s.

[452] Christine MAUGÜE et Philippe TERNEYRE, *Achèvement (ou presque) de la transposition des directives Marchés publics : RFDA*, n° 3, pp. 592 et s.

[453] Art. 2.1(b) Directive *Fournitures* ; Art. 4(b) Directive *Travaux* ; http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html

[454] Art. 4 Directive *Fournitures* ; Art. 5 Directive *Travaux* ; http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html

[455] Pierre DIDIER, *Op. Cit*., p. 331

immeubles ; les marchés visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des marchés concernant les temps de diffusion ; les marchés visant les services d'arbitrage ou de conciliation;... Ces services forment donc une liste dérogatoire sans cohérence, reprise expressément dans l'AMP.

La directive *Réseaux*, par contre, couvre davantage de secteurs que l'AMP puisqu'il faut y ajouter les réseaux à destination du public de fourniture de gaz, de chaleur, de transport interurbain, de télécommunication ainsi que l'exploitation d'un aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire des combustibles.

399. — Les directives communautaires concernent toutes les entités publiques ou privées bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs[456]. Cela est le cas lorsqu'une entité privée peut « *jouir d'une procédure d'expropriation publique ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique pour mettre en place les équipements de réseau*[457] ». En ce qui concerne les entités publiques, il s'agit évidemment des pouvoirs publics et, « *en particulier, l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public* [458] ». Les entités sont donc plus largement visées par les textes communautaires[459] que celles mentionnées dans l'AMP.

Cela a nécessité un élargissement de la notion en droit interne qui, jusqu'à lors, ne définissait les marchés publics que comme « *des contrats passées dans les conditions prévues au présent code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services* [460] ». Ainsi, « *si l'on fait, pour le moment, abstraction des éléments spécifiques, liés à l'objet de la prestation, dans ces quatre définitions*

---

[456] Conor QUIGLEY, *Droit communautaire des contrats : Bruylant-Kluwer*, trad. Crévecœur et O'Donoghe, 1998, pp. 332

[457] Art. 2.3(a) Directive *Réseaux*: http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html ; Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 339

[458] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 339

[459] Christine MAUGÜE et Philippe TERNEYRE, *Achèvement (ou presque) de la transposition des directives Marchés publics : RFDA*, n° 3, pp. 592 et s. ; Conor QUIGLEY, *Op. Cit.*, pp. 333 et s.

[460] Art. 1Er de l'ancien CMP ; Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, pp. 333 et s., n° 499 et s.

[définitions figurant dans les directives communautaires] figure la mention du caractère onéreux du contrat, dans la définition du code l'acheteur est une personne morale de droit public, alors que dans les directives il s'agit d'un "pouvoir adjudicateur", dans la définition du code il est tenu compte de l'identité du prestataire (personne publique ou privée), alors qu'elle n'apparaît pas dans les articles premier des directives [461] ».

400. — L'AMP et le droit communautaire visent les mêmes instruments contractuels[462]. Sont concernés les marchés passés sous forme d'achat, de crédit-bail, location ou location-vente, avec ou sans option d'achat, et qu'ils portent sur des produits ou des services[463]. Mais il ne s'agit là que d'une liste indicative. Aussi, la directive *Travaux* porte mention des contrats de concession de travaux par lequel le concessionnaire a le droit d'exploiter l'ouvrage. L'AMP ne l'évoque pas mais en pratique, le principe de traitement national exige que les soumissionnaires bénéficiaires de l'AMP doivent être traités de la même manière que les soumissionnaires de l'Union[464] pour un tel contrat.

401. — La mise en conformité à l'AMP n'a concerné qu'une partie du champ appréhendé par le droit communautaire en matière de marchés publics. Dans un second temps, le droit communautaire dérivé a néanmoins nécessité de profonds changements dans sa transposition en droit interne.

PARAGRAPHE 2. — LA PLACE DE L'EGALITE DANS LA MISE EN CONFORMITE

402. — Le droit communautaire est influencé par l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) dont il tire certains éléments. Toutefois, celui-ci manifeste ses propres

---

[461] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 334, n° 500

[462] Conor QUIGLEY, *Droit communautaire des contrats : Bruylant-Kluwer*, trad. Crévecœur et O'Donoghe, 1998, pp. 333 et s.

[463] Art. I.2 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[464] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 343

orientations, dans une approche plus naïve des rapports de la concurrence et de l'entité adjudicatrice. Il manifeste donc un choix. On constate que le domaine appréhendé par le droit communautaire est bien plus large que celui de l'AMP. Le travail d'harmonisation des législations des États-membres a donc un champ vaste.

403. — Auparavant, et conformément à ses engagements, l'Union a eu à mettre en conformité ses directives *Marchés Publics* à l'AMP. Deux motivations y présidaient : d'une part, éviter toute discrimination des entrepreneurs communautaires au regard de ceux bénéficiant de l'AMP. Par conséquent, les ressortissants communautaires se trouvaient moins bien traités que les ressortissants d'Etats-tiers partie à l'Accord. D'autre part, il fallait garantir la cohérence entre les deux régimes juridiques ; les entités adjudicatrices devaient pouvoir être en conformité avec l'AMP en respectant les directives modifiées[465]. Sans cela, elles se trouvaient dans une situation de concours de normes dont la résolution aurait nécessité des compétences spécifiques. Tel n'étant pas le cas au sein de toutes les entités adjudicatrices, il y avait donc un souci judicieux de simplification.

404. — Mais dans cette démarche, la résultante fut que les directives communautaires sont allées dans les sens de la responsabilisation des acheteurs publics. Ce dernier « *n'apporte pas de progrès en vue d'une meilleure transparence et objectivité dans l'attribution des contrats*[466] », mais « *des progrès ont été faits qui concernent notamment les restrictions apportées au dialogue technique entre fournisseurs et acheteurs, une publication détaillée des critères de qualification, la prise en considération d'offres spontanées dans les procédures sélectives, l'obligation de nouveaux appels pour services de construction additionnels dépassant 50% du montant du marché principal, une définition plus précise de la notion d'offres appropriées, l'interdiction des compensations, l'indication obligatoire des avantages comparatifs de l'offre retenue et des procédures de contestation sur initiative privée*[467] ». Cela avait été évoqué[468] à propos de la méfiance du texte à l'égard de

---

[465] Lucien RAPP, *Les marchés des entreprises publiques et les accords du GATT : AJDA*, 20/01/1995, pp. 9 et s. ; Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 372

[466] Pierre DIDIER, *Op. Cit.*, p. 372

[467] Pierre DIDIER, *Op. Cit.*, p. 387

l'entité adjudicatrice, dans une volonté d'éviter tout détournement de procédure[469]. Le droit communautaire œuvre davantage dans le sens de la responsabilisation de l'acheteur public, et remet le respect du principe d'égalité dans les marchés publics aux principes d'égalité de traitement du Traité.

Sur nombre de ces points, la réforme du 7 janvier 2004 du Code des Marchés Publics en France rejoint les objectifs d'égalité de l'AMP en promouvant le dialogue compétitif, en laissant libre le contenu de la publicité, etc...

Concernant la mise en conformité communautaire, plusieurs de ces points n'ont pas été repris comme l'interdiction des compensations, la prise en considération des offres spontanées[470], la meilleure définition des circonstances de recours à l'appel d'offres restreint sans mise en concurrence préalable. Alors que justement, ces points traitent de l'égalité dans la concurrence des soumissionnaires et de l'égalité d'accès à la commande publique.

La réforme du Code des Marchés Publics en Janvier 2004 est donc une mise en adéquation du droit français au droit communautaire, lui-même adapté de l'AMP. Mais il reste encore certains points à modifier.

SECTION 2. — LA COMPATIBILITE DE LA LOI-TYPE ET DE L'ACCORD SUR LES MARCHES PUBLICS

405. — La Loi-type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International et l'Accord sur les Marchés Publics de l'Organisation Mondiale du Commerce résultent de deux approches. Celles-ci résultent des philosophies qui les animent (A) et, bien qu'assignés du même objectif, ces textes se révèlent incompatibles, sauf à s'éloigner de leur esprit (B).

---

[468] Cf. *supra : Partie 1*

[469] Cf. *supra*

[470] Conor QUIGLEY, *Droit communautaire des contrats : Bruylant-Kluwer*, trad. Crévecœur et O'Donoghe, 1998, p. 359

I. — LES PHILOSOPHIES DES TEXTES

406. — L'organisation Mondiale du Commerce (OMC) et la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) s'inscrivent dans deux philosophies distinctes dont le moyen d'action est l'ouverture aux échanges internationaux. Il sera question des objectifs de l'OMC à travers l'Accord sur les Marchés Publics (A) et de ceux de la CNUDCI par sa Loi-type (B).

A. — LA PHILOSOPHIE DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

407. — Sur une initiative américaine, au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, reprise par le Conseil Économique et Social de l'ONU, des négociations sont menées tendant à l'abaissement des tarifs douaniers, et, parallèlement, il charge une Commission préparatoire de 19 États de l'élaboration d'une Charte constitutive d'une future Organisation Internationale du Commerce qui prendra le nom de Charte de la Havane[471]. Celle-ci n'entrera jamais en vigueur par manque de signataires, si bien que 23 États réunis à Genève, en octobre 1947 décident de signer, après l'avoir extraite, la partie IV de la Charte intitulée « *Commerce et développement* ». Il entrera en vigueur le 1er janvier 1948. Les principes fondamentaux du GATT, puis de l'OMC, résident donc en « *libéraliser les relations commerciales internationales et lutter contre le protectionnisme et d'autre part, de multilatéraliser ces relations*[472] ». La désintégration du système GATT provint de l'octroi multiple de dérogations pour devenir un système à la carte et de la conclusion d'accords latéraux, notamment lors du cycle de Tokyo (ou Tokyo Round) dont un relatif aux marchés publics[473].

---

[471] Catherine COLARD-FABREGOULE, *L'essentiel de l'Organisation Mondiale du Commerce: Gualino éditeur*, coll. Les carrés, 2002, p. 15

[472] Catherine COLARD-FABREGOULE, *L'essentiel de l'Organisation Mondiale du Commerce: Gualino éditeur*, coll. Les carrés, 2002, p. 18

[473] Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique: Dalloz*, 1re éd., 2003, pp. 99-100, n° 270-272

Ces comportements conduisirent à un morcellement du droit international si bien que l'ancien directeur des services juridiques du GATT décrivit que celui-ci était devenu « *une société de nations commerçantes dans laquelle plus des deux tiers bénéficiaient des obligations assumées par une minorité de moins d'un tiers*[474] » par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée (CNPF) qui accorde donc les concessions, données à l'un, à tous les autres, sans réciprocité.

Le GATT évolue au fil des cycles ou rounds, et à l'occasion du Cycle d'Uruguay de 1986 à 1993, « *les États-membres adopte le 15 décembre 1993 un accord formellement signé le 15 avril 1994 instituant l'OMC*[475] ». Le GATT disparaît le 31 décembre 1994, et l'OMC, dans son préambule, reprend les objectifs du GATT fonctionnant également sur ses acquis.

408. — L'Accord sur les Marchés Publics (AMP) est un nouvel accord qui a élargit considérablement le champ de la concurrence internationale dans le domaine des marchés publics. Il a été signé le 15 avril 1994, dans le cadre de l'OMC et est entré en vigueur le 1er janvier 1996. Il a été approuvé par une décision n° 94/800/C.E.E du Conseil au nom de la Communauté. L'AMP est un accord plurilatéral et les membres de l'OMC ne sont pas *ipso facto* parties à l'AMP. Une acceptation spécifique ou une signature est requise[476]. Il concerne actuellement principalement les États-membres de l'Union Européenne individuellement et l'Union elle-même, ce qui restreint sa portée géographique. Elle vise l'égalité des concurrents afin de mettre en œuvre une concurrence effective.

Aussi elle tend à offrir un cadre institutionnel commun pour le commerce international et constitue l'enceinte unique pour les négociations commerciales multilatérales[477]. L'article III de ses statuts lui reconnaît ce monopole pour les domaines visés dans les accords qui lui sont annexés. Les marchés publics font donc

---

[474] F. ROESSLER, *The agreement establishing the World Trade Organization, in the Uruguay Round Results: College of Europe*, Bruxelles, 1995, p. 69

[475] Catherine COLARD-FABREGOULE, *Op. Cit.*, p. 24

[476] Art. XXIV de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[477] Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique: Dalloz*, 1re éd., 2003, p. 59, n° 162

l'objet d'un Accord Plurilatéral, à nouveau débattu aujourd'hui[478], ainsi que les aéronefs civils, le secteur laitier et la viande bovine qui, ainsi, ne créent de droits et d'obligations que pour les seuls membres qui l'ont acceptés[479]. Il s'agit donc d'Accords partiellement intégrés au système OMC.

409. — Cet AMP jouit d'un succès relatif puisqu'il ne lie que 23 États dont 16 au titre des Communautés Européenne qui en constituent la majeure partie[480]. Aussi se manifeste le clivage juridique Nord-Sud dans la mesure où les États du Sud se montrent hostiles à celui-ci.

Une distinction s'opère alors entre les marchés publics de services par les organes gouvernementaux pour les seuls besoins des pouvoirs publics, qui demeureront exclus de négociations multilatérales, et ceux relevant de l'économie marchande qui font actuellement l'objet de ces négociations et qui n'ont pas encore abouti[481].

B. — LA PHILOSOPHIE DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

410. — Le texte fondateur de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) est la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 11 décembre 1966. Il lui assigne une mission dans le *''droit du commerce international''* et « *aux termes de cette résolution, elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit du commerce international*[482] ».

---

[478] Conférence ministérielle de Doha 2001 sur la transparence des marchés publics: http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/brief_f/brief14_f.htm

[479] Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Op. Cit.*, p. 119, n° 329

[480] *Ibid*.

[481] Conférence ministérielle de Doha 2001 sur la transparence des marchés publics: http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/brief_f/brief14_f.htm ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Op. Cit*, pp. 119 et s., n° 330 et s.

[482] Hugues KENFACH, *La limitation des textes de la C.N.U.D.C.I. aux relations internationales : LPA*, 18/12/2003, n° 252, p. 75

411. — Elle « *répondait à la nécessité de disposer de ''lois bien conçues et modernes propres à assurer l'égalité des échanges commerciaux internationaux''*[483] » dans l'élaboration d'un droit uniforme du commerce international à l'instar des initiatives sectorielles existantes jusqu'à lors[484]. Dénonçant l'autorité limitée des organisations existantes et la faible participation de nombreux pays en voie de développement aux activités entreprises, la CNUDCI en a tiré sa composition. Monsieur Philippe Fouchard rapporte qu' « *en élisant ses 29 Etats membres, l'Assemblée Générale devait respecter une répartition géographique déterminée*[485]*, et tenir compte ''de la représentation adéquate des principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que des pays développés et des pays en voie de développement*[486] ».

412. — Un autre impératif tenait à ce que la CNUDCI doive tendre à l'universalité en restant exclusivement sur le terrain juridique et éviter de heurter les sensibilités politiques. Monsieur Hugues Kenfach souligne que « *la C.N.U.D.C.I. devait représenter tous les pays du monde, qu'ils soient développés ou en voie de développement, de libre entreprise ou à économie planifiée. L'objectif était de viser l'ensemble des systèmes juridiques du monde* ». D'où ses missions d'unification, consistant à favoriser l'adoption par les Etats d'une règle juridique commune, et d'harmonisation, permettant de modifier les législations internes des Etats.

413. — La CNUDCI dispose donc d'une approche qui lui est propre du droit du commerce international. Elle œuvre dans une optique de progression, pour reprendre sa formule, et de la sorte ménage les Etats en abordant des thèmes nécessaires au développement du commerce international, tout en proposant des textes d'un niveau accessible pour tous les systèmes juridiques ; dont l'adoption résulte de l'initiative de chacun d'entre eux.

---

[483] *Ibid.*

[484] *Ibid.*

[485] 7 sièges pour les Etats d'Afrique, 5 pour ceux d'Asie, 4 pour ceux d'Europe orientale, 5 pour les Etats d'Amérique latine, 8 pour les Etats d'Europe occidentale et les autres Etats

[486] Philippe FOUCHARD, *La C.N.U.D.C.I. et la défense des intérêts du commerce international : LPA,* 18/12/2003, n° 252, p. 37

II. — L'INCOMPATIBILITE DES TEXTES

414. — Jusqu'à présent, des différences de moyens des instruments internationaux se sont manifestées selon qu'il s'agisse de dispositions de la Loi-type ou de l'AMP. Ces divergences, bien qu'ayant trait au même point, ne peuvent se comprendre que par l'appréhension des philosophies sous-jacentes.

415. — Les instruments internationaux ont mis au cœur de leur réflexion la concurrence suite au constat du cloisonnement des marchés. Aussi, convergent-ils vers une recherche d'égalité au sens et de portée différents. Ces différences de gestion de la question s'inscrivent également dans les politiques d'action différentes des organes les ayant élaborés. Ainsi, la Loi-type tendra en premier lieu à égaliser la relation contractuelle en rapprochant les parties, tandis que l'AMP intervient aussi dans l'égalité entre les concurrents.

416. — En effet, l'AMP s'inscrit dans la perspective d'un marché mondialisé et d'une suppression des mesures protectionnistes. La Loi-type semble davantage adaptée au contexte des pays en voie de développement en préservant les marchés locaux. L'accès au marché par la concurrence internationale ne constitue pas le centre de gravité du texte ; au contraire, il permet une discrimination positive au profit des soumissionnaires locaux. Il appartient à l'entité adjudicatrice d'apprécier l'opportunité, en fonction des impératifs locaux, de cette accessibilité. La Loi-type est donc un texte riche de flexibilité, adapté à la souplesse nécessaire à ces pays dont l'économie est instable. A l'inverse, l'élément central de l'AMP est constitué du principe de traitement national des soumissionnaires étrangers, rédigé en termes impératifs. Ce caractère lui est par ailleurs reproché par les Etats refusant d'y adhérer ; lesquels invoquent la spécificité de leur situation. Ces griefs expliquent la faculté de négocier des dérogations dont il faut justifier de la légitimité.

417. — Il transparaît de l'examen de ces textes qu'il n'est possible de les combiner en leur état. L'AMP étant une convention internationale, l'usage des réserves semblerait excessif afin de coordonner celui-ci à la Loi-type. La Loi-type ayant vocation à inspirer les législations, il sera vraisemblablement pourvu à l'incompatibilité par une inspiration lointaine. Si les instruments peuvent se coordonner sur la lettre, l'exercice

est plus difficile sur l’esprit du texte et des objectifs qu’il s’assigne. Dès lors, un choix est rendu nécessaire.

CONCLUSION CHAPITRE 1

418. — L'Union Européenne est donc tenue de se mettre en conformité avec l'AMP auquel elle est partie en raison d'une disposition de l'Accord lui en faisant obligation. A cet égard, un Comité, spécifiquement mis en place à cette fin, est en charge d'assurer le contrôle du respect de l'obligation.

De plus, le constat de différences de traitement entre soumissionnaires européens et d'Etats-tiers a justifié des mesures d'adaptation sur la base de la non-discrimination et de l'alignement sur le niveau de libéralisation de l'AMP. Et il était *a fortiori* contraignant d'avoir un concours de normes au niveau des entités adjudicatrices et par là même des modes de passation différents selon la valeur du marché et par conséquent, les instances communautaires ont édictés les Directives des 13 octobre 1997[487] et 16 février 1998[488], modifiant les directives n° 92/50, 93/36, 93/37 et 93/38[489].

419. — L'AMP a été influent sur le droit communautaire dans la mesure où il a abordé des thématiques reprises par les instances européennes en raison de l'obligation de se mettre en conformité de l'Accord. La réforme de Janvier 2004 du Code des Marchés Publics français en est l'illustration, puisque ses origines sont communautaires ; elles-mêmes tirées des dispositions de l'AMP. L'orientation a été celle de la responsabilisation de l'acheteur public. Mais champ d'application des Directives est beaucoup plus vaste et concerne davantage de contrats que l'AMP.

420. — Les rapports de l'AMP et de la Loi-type révèlent une incompatibilité résultant pour une large part d'une approche de la question de l'ouverture des marchés publics différente. Les analyses du contexte et des possibilités d'ouverture divergent et se manifestent dans la mise en perspective des instruments et dans leurs objectifs. La CNUDCI adopte une démarche consensuelle et flexible. L'AMP tend à supprimer les

---

[487] Directive n° 97/52 du 13 octobre 1997: *JOCE*, 28/11/97, n° L.328/1

[488] Directive 98/4 du 16 février 1998: *JOCE*, 01/04/98, n° L.101

[489] Christine MAUGÜE et Philippe TERNEYRE, *Achèvement (ou presque) de la transposition des directives Marchés publics : RFDA*, n° 3, pp. 592 et s.

mesures protectionnistes. Seules des situations justifiées peuvent bénéficier de dérogations, elles-mêmes pour une durée déterminée.

CHAPITRE 2. — LES RECOURS CONTRE LA VIOLATION DE L'EGALITE

421. — L'Accord sur les Marchés Publics attache une importance certaine à l'égalité de traitement des soumissionnaires et à l'égal accès à la commande publique. Aussi, la question de l'effet direct de l'Accord et de son invocabilité devant les juridictions communautaire a fait l'objet de discussions. L'inaction de l'Etat partie quant à la mise en conformité sera susceptible d'un recours devant l'organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation Mondiale du Commerce ; il présente la particularité d'être une enceinte ouverte uniquement aux Etats partie et fonctionne sur plainte d'une autre partie.

422. — L'égalité des soumissionnaires peut encore être rompue par des pratiques de corruption : l'attribution pouvant en dépendre[490]. En effet, « *les pratiques de corruption entravent le développement du commerce international, en faussant la concurrence, en majorant les coûts de transactions et en restreignant le fonctionnement des marchés libres et ouverts. D'autre part, leurs effets dévastateurs sur la bonne gestion des affaires publiques sont bien connus ; […]. En plus, dans les pays en développement, la corruption peut être la cause d'une mauvaise allocation de ressources, des fonds initialement destinés à des écoles ou à des hôpitaux étant détournés par des responsables publics qui reçoivent des paiements illicites et canalisés vers des projets de moindre importance*[491] ».

423. — Il sera alors question l'effet direct et l'invocabilité dudit accord devant les juridictions communautaires (section 1) et des différents moyens mis en place afin de

---

[490] Catherine YANNACA-SMALL, *Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre : AFDI*, 1994, pp. 792 et s.

[491] *Ibid.*

lutter contre la corruption, notamment par l'amélioration de la coopération entre les États et la définition substantielle de celle-ci (section 2).

SECTION 1. — LE CONTENTIEUX DE L'ACCORD SUR LES MARCHES PUBLICS

424. — En raison de la nature de contrat administratif du marché public, le juge administratif dispose de la compétence pour trancher les litiges afférents. Il y a, en France, plusieurs types de recours selon le stade d'avancement de la procédure de passation et la finalité poursuivie. Mais il sera principalement question de la possibilité d'invoquer l'AMP devant ces juges (I). Par ailleurs, lorsqu'il apparaît un différend relatif à l'Accord sur les Marchés Publics (AMP), l'OMC a prévu un organe de règlement des différends, dit ORD (II).

I. — L'INVOCABILITE DE L'ACCORD SUR LES MARCHES PUBLICS DEVANT LES JURIDICTIONS

425. — La question de la possibilité d'invoquer l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) s'intègre dans celle, plus globale, de l'invocabilité du GATT en son temps, de l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce aujourd'hui. De toutes les annexes à l'OMC, l'AMP est perçu comme « *celui qui, a priori, peut justifier le mieux une plaidoirie en faveur de l'effet direct et parce que, à un certain moment, la Commission avait donné l'impression d'être en faveur de cette position alors que, comme la suite l'a montré, il n'en est rien* [492] ».

La possibilité d'invoquer un accord consiste pour une personne privée ou publique de faire état de l'existence d'un accord en vigueur pour tenter d'obtenir satisfaction d'une revendication[493]. Cette invocation peut être opérée tant devant une juridiction

---

[492] Philippe MANNIN, *A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclu par la Communauté européenne: RTDEur.*, juil-sept. 1997, p. 399

[493] *Ibid.*

que devant une administration. Toujours est-il qu'il est également question de l'effet direct de l'accord international dont il s'agit[494].

426. — La jurisprudence communautaire à l'égard du GATT ne semble pas remise en question par la succession de l'OMC. La Cour de Justice des Communautés Européennes, saisie d'une question préjudicielle, avait posé que « *dans le cas de l'invalidité [du règlement communautaire à l'Accord] est invoquée devant une juridiction nationale, il faut en outre que cette disposition soit de nature à engendrer pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir* [495] » et conclut que tel n'étant pas le cas, la validité des règlements ne saurait être affecté par cet Accord.

Cependant, cela ne prive pas la Cour du pouvoir d'interpréter les termes de l'Accord. « *Il résulte en effet clairement de l'arrêt rendu dans les affaires SPI et SAMI*[496] *que si le juge national demande seulement à la Cour de l'éclairer sur le sens d'une disposition d'un accord, celle-ci est pleinement compétente pour ce faire et n'a pas à se demander au préalable si la disposition en cause est d'effet direct* [497] ».

Cette position a ensuite été assouplie dans le cadre d'un contentieux introduit par un particulier en permettant un contrôle de légalité du droit communautaire dérivé aux accords internationaux[498]. C'est la décision *RFA c. / Conseil*[499] qui a permis la synthèse. Cet arrêt distingue, en premier lieu, le point de savoir si la Communauté est liée par un accord et celle de la portée juridique du GATT dans l'ordre juridique communautaire[500]. En second lieu, il affirme que « *ces particularités de l'Accord général relevées par la Cour pour constater qu'un justiciable de la Communauté ne*

---

[494] Olivier GONFRIER, *L'introduction des normes OMC dans l'ordre juridique de la Communauté européenne et dans ceux des Etats membres : Mémoire de DEA*, Paris II, 2000, pp. 77 et s.

[495] CJCE, 12 déc. 1972, aff.: 21 à 24/72, *International Fruit: Rec.*, p. 1219, spéc. §8 et s.

[496] CJCE, 16 mars 1983, aff.: 267 à 269/81, *SPI* et *SAMI: Rec.*, p. 801

[497] Philippe MANNIN, *A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclu par la Communauté européenne: RTDEur.*, juil-sept. 1997, p. 404

[498] CJCE, 22 juin 1989, aff.: 70/87, *FEDIOL: Rec.*, p. 1781 ; CJCE, 7 mai 1991, aff.: C-69/89, *Nakajima: Rec.*, p. I.2069

[499] CJCE, 5 oct. 1994, aff.: C-280/93, *RFA c./ Conseil: Rec.*, p. I.4973

[500] Philippe MANNIN, *A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclu par la Communauté européenne: RTDEur.*, juil-sept. 1997, p. 406

peut pas s'en prévaloir en justice afin de contester la légalité d'un acte communautaire, s'opposent également à ce que la Cour prenne en considération les dispositions de l'Accord général pour apprécier la légalité d'un règlement dans le cadre d'un recours introduit par un État membre au titre de l'article 173 premier alinéa, du Traité ».

427. — Le Conseil[501] avait donc pris la précaution d'introduire « *dans la position commune qu'il a arrêté le 19 décembre 1996 en vue de l'adoption d'une directive du Parlement et du Conseil modifiant la Directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications un amendement au premier considérant précisant que "cet accord" (l'AMP) "n'a pas d'effet direct"*[502] ». A cet égard, une réponse ministérielle du gouvernement français a clairement posé le principe que l'AMP n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires ou des États-membres[503].

428. — De plus, l'AMP fait partie de l'annexe 4 de l'Accord instituant l'OMC qui comporte quatre accords plurilatéraux. Ceux-ci ne sont contraignants et ne créent de droits et d'obligations que pour ceux qui les ont acceptés[504]. L'AMP prescrit l'adaptation des législations des Etats partie[505] et l'intégration dudit Accord au droit interne. On peut en déduire que « *les dispositions [...] témoignent, à notre avis, de la volonté des parties que l'accord soit "d'application indirecte" – par l'intermédiaire des réglementations internes – et non d'application directe. Ceci devrait suffire à exclure qu'il puisse être considéré comme d'effet direct* [506] ».

---

[501] Décision du Conseil n° 94/800/CE portant adoption des accords conclu dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay

[502] Philippe MANNIN, *A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclu par la Communauté européenne: RTDEur.*, juil-sept. 1997, p. 400

[503] *Rép. Min. J.O.A.N.Q.*, 18 août 1995, p. 3706

[504] Art. II.3 de l'Accord OMC: http://www/wto.org

[505] Art. XXIV.5 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[506] Philippe MANNIN, *A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclu par la Communauté européenne: RTDEur.*, juil-sept. 1997, p. 425

Cependant, l'article XX.2 de l'AMP requiert la mise en place de procédures permettant de contester de prétendues violations de l'Accord ; dont on peut déduire l'effet direct consécutif. Mais l'objectif de la disposition est la création d'un recours en contestation s'il fait défaut.

La volonté des parties telle qu'elle apparaît dans le corps de l'AMP laisse sérieusement à penser que celui-ci est pourvu d'un effet indirect. Il fait peser à la charge des Etats partie l'obligation de mise en conformité de leur droit interne, suivie par un Comite mis en place à cet effet. A défaut, l'organe de règlement des différends saisi par un autre Etat partie aura la charge de sanctionner la défaillance[507]. Les individus ne peuvent pas invoquer l'Accord sur les Marchés Publics devant les juridictions communautaires ou françaises.

II. — LA PROCEDURE DE CONTESTATION DE L'ACCORD SUR LES MARCHES PUBLICS

429. — L'AMP comporte une procédure de contestation préalable[508] avant toute saisine de l'ORD. En effet, l'Accord renvoie[509] au Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends en cas d'échec de la contestation amiable.

430. — Ainsi l'AMP incite le fournisseur à formuler sa plainte auprès de l'entité contractante[510]. L'article XX.1 dispose que « *En cas de plainte [...] pour violation du présent accord dans le cadre de la passation d'un marché, chaque Partie encouragera ce fournisseur à chercher à régler la question en consultation avec l'entité contractante* [511] ». Il ajoute que « *en pareil cas, l'entité contractante*

---

[507] Philippe MANNIN, *A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclu par la Communauté européenne: RTDEur*., juil-sept. 1997, pp. 425-426

[508] Art. XX de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[509] Art. XXIII de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[510] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 377

[511] Art. XX.1 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

examinera la plainte avec impartialité et rapidement, d'une manière qui n'entravera pas l'adoption de mesures correctives dans le contexte du mécanisme de contestation[512] ». Aussi, la voie amiable est, de la sorte, privilégiée doublée d'une exigence de diligence de la part de l'entité à l'égard du plaignant afin de solutionner le différend. Il s'agit donc de corriger les défectuosités de la procédure de passation que le candidat pointe.

431. — Cette contestation peut ensuite suivre un chemin contentieux dont la détermination précise est laissée au libre-arbitre des Etats partie à l'Accord. Sa détermination est une exigence de l'AMP dont il requiert quelques éléments essentiels, à savoir que la procédure de contestation doit être rapide, transparente, efficace[513] et permettre « *de contester de prétendues violations de l'Accord* [514] ». Une condition, dans la logique du texte, est posée de ne pas être une procédure discriminatoire.

Il faudra par ailleurs que la procédure soit établie par écrit et accessible, à défaut son inutilité serait manifeste et surtout priverait les soumissionnaires de voir leurs droits respectés en vertu de l'Accord. Le caractère international de la soumission, en pareil cas, se caractérise par une méconnaissance du système juridique considéré, aussi une certaine diligence est requise à leur égard afin de les informer des moyens à leur disposition en vue de faire respecter les droits qui leurs sont conférés.

432. — Ils disposent donc d'un délai minimum de dix jours pour formuler leur plainte avec l'obligation potentielle prévue de procéder à la notification de l'entité contractante dans des délais spécifiés. La plainte reçue subira alors un examen régulier dans la mesure où elle sera traitée par « *un tribunal ou [...] un organe d'examen impartial et indépendant n'ayant aucun intérêt dans le résultat de l'adjudication et dont les membres sont à l'abri d'une influence extérieure pendant la durée du mandat* [515] ».

---

[512] Art. XX.1 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[513] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant*, 1997, p. 377

[514] Art. XX.2 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[515] Art. XX.6 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

433. — L'AMP se montre à cet égard très ouvert puisque tout mode de règlement est visé mais au cas où il ne s'agirait pas d'un tribunal étatique, l'organe en question devra faire l'objet d'un examen judiciaire ou bien devra appliquer une procédure prévoyant certains principes tirés de la procédure juridictionnelle.

En effet, les participants doivent pouvoir être entendus avant toute décision, ainsi que les témoins. Ils doivent avoir accès à toute la procédure, laquelle pourra être publique, et s'y faire représenter et accompagner. Les documents devront être communiqués à l'organe d'examen. Les opinions ou décisions devront être rendus par écrit, assorties d'un exposé des motifs.

434. — En ce qui concerne les sanctions prévues, elles rejoignent les mesures connues de notre droit interne (à la différence que l'AMP n'y est pas invocable[516]), à savoir que l'organe pourra procéder à la correction de la violation pour sauver la procédure ou compenser des pertes et dommages subis lesquels pourront être limités aux frais de soumission ou de contestation. L'AMP envisage encore la suspension du processus mais en pondération des intérêts en jeu, dont l'intérêt public[517]. En tous les cas, l'exigence principale réside dans le choix de mesures transitoires rapides et une procédure « *achevée sans tarder* » en « *vue de la protection des intérêts commerciaux et autres concernés* »[518]. Monsieur Petersmann souligne que « *these challenge procedures are clearly inspired by the provisions of relevant Community Directives*[519] ».

Il va sans dire que la condition de rapidité répond à un impératif de la procédure même de passation dont les délais courent d'une part, et d'autre part, au fait que les parties n'apprécient guère la publicité qui peut résulter d'un différend qui présente alors un caractère infamant pour les parties, laborieux à suivre et négatif au regard des tiers.

---

[516] Cf. *supra*.

[517] Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne: Bruylant,* 1997, p. 365

[518] Art. XX de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[519] Ernst-Ulrich PETERSMANN, *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System: Kluwer Law International*, Studies in transnational law, vol. 11, 1997, p. 447

435. — L'ORD concerne les Etats parties, c'est à dire que les candidats à un marché public ne peuvent le saisir. Il concerne en premier lieu, l'irrespect de l'Accord par un Etat partie, ainsi que la perte pour l'un d'eux de l'avantage qu'aurait procuré l'Accord ou la déficience d'un autre État au regard de ses obligations en vertu dudit AMP. En pareille hypothèse, les États en opposition devront « *faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres Parties qui, à son avis, sont en cause* [520] » lesquelles devront, ensuite être notifiées à l'ORD.

436. — L'ORD peut, alors, constituer des groupes spéciaux qui auront le mandat d'examiner la question portée devant l'ORD « *à la lumière des dispositions pertinentes du présent accord* [521] » et mettre l'organe de règlement des différends en mesure de formuler des recommandations ou statuer sur la question, ce dont il suivra l'exécution.

Les membres des groupes spéciaux devront évidemment être « *des personnes qualifiées dans le domaine des marchés publics* [522] » et celui-ci devra rendre son rapport dans les quatre mois après sa constitution. En cas de retard, ce délai est porté à sept mois. L'ORD, quant à lui, disposera d'un délai de sept mois pour rendre sa décision contre neuf dans les autres cas[523] et de treize mois à compter de l'établissement du groupe spécial.

Concernant le suivi de la décision de l'ORD, le groupe spécial en charge devra rendre sa décision dans un délai de 60 jours relativement à la compatibilité ou l'existence des mesures prises en conséquence.

437. — On constate une contraction de tous les délais, à chaque moment de la procédure de contestation d'Etat partie dans le but d'assurer d'un traitement rapide et efficace du différend. Cette voie est donc réservée aux Etats parties à l'égard des autres parties afin d'assurer la pertinence mais surtout l'opportunité de l'Accord pour ceux-ci. La déficience de l'un suscitant le désintérêt d'un autre mais surtout l'inutilité des concessions acceptées. Aussi, les Etats parties se contrôlent-ils mutuellement et

---

[520] Art. XXII.2 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[521] Art. XXII.4 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[522] Art. XXII.5 de l'AMP: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf ; *Annexe*

[523] Art. 20 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des procédures

disposent d'un organe en charge de résoudre le conflit d'intérêts les opposant. Il peut à cet égard envoyer des personnes sur le terrain afin d'expertiser la question posée et de suivre le respect des prescriptions de l'Organe. La contraction des délais manifeste la sensibilité du domaine qu'il vaut mieux traiter de façon énergique.

438. — La première affaire dont a eu à traiter l'ORD fut consécutive à une plainte des États-Unis contre la Corée[524] concernant des pratiques suivies par les entités responsables de la passation de marchés publics pour la construction d'un aéroport. Il fallait déterminer si ces entités concernées étaient des « *entités visées* » au sens de l'AMP, si les pratiques étaient incompatibles avec les obligations souscrites au titre de l'AMP et si elles annulaient ou compromettaient des avantages que les États-Unis tenaient de cet Accord. Le Groupe Spécial en a conclu que les États-Unis n'avaient pas démontré l'existence d'une erreur qui leur aurait permis de formuler une allégation de perte d'avantage en situation de non violation.

439. — Aussi, mais d'un autre ordre, la sensibilité des marchés publics se manifeste par les infractions pénales dont ils peuvent faire l'objet.

SECTION 2. — LA CORRUPTION INTERNATIONALE

440. — La motivation de la pratique réside dans l'extraction de la concurrence du marché public au profit du corrupteur qu'elle opère et dans la stérilité des actions isolées[525]. Dès lors, différents instruments tendent à sa répression à l'échelle internationale jusqu'alors difficile en raison de la territorialité du droit pénal. Aussi, la lutte contre la corruption internationale a fait l'objet aujourd'hui d'une prise de conscience (§ 1) et est assortie de sanctions dissuasives (§ 2).

(mémorandum d'accord): http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf

[524] Groupe Spécial, 1er mai 2000, WT/DS163/R, *Mesures affectant les marchés publics (Etats-Unis c. / Corée): JDI*, 2001, n° 3, p. 912

[525] Sylvie ROUQUIE, *La convention de l'O.C.D.E du 17 décembre 1997 sur la corruption des agents publics étrangers: mythe ou réalité?: LPA*, 03/08/2000, n° 154, p. 17

PARAGRAPHE 1. — LA PRISE DE CONSCIENCE

441. — Les législations comportent souvent l'incrimination de la corruption d'agents publics nationaux, mais leurs dispositions ne s'appliquaient pas expressément à la corruption d'agents publics étrangers[526]. La Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997[527] a donc été une nouveauté en droit français en en permettant la sanction (II). Mais elle ne règle pas toutes les difficultés liées au caractère international de l'infraction[528] (I).

I. — LE CONTEXTE DE LA CORRUPTION

442. — La corruption à l'échelle internationale, en matière de passation de marchés publics, naît dans les pays les plus pauvres, des faibles revenus des agents publics quand ils ont « *la chance* » d'être payés.

Dans les pays riches, ce sont les différentes classes sociales qui participent à la tentation. Ces facteurs se combinent à une dévalorisation du rôle de l'agent public. Aussi, dans les pays les plus pauvres, la corruption va produire des effets néfastes par l'achat à un seuil plus onéreux des produits ou des biens, surcoût supporté par la collectivité[529]. De plus, la commission de ce type d'infraction contrevient à l'égalité entre les concurrents mise en place par la procédure de passation et tend à une extraction de son auteur du jeu de la concurrence. Dès lors, il rompait de ce fait l'égalité dans la concurrence.

---

[526] Catherine YANNACA-SMALL, *Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre : AFDI*, 1994, pp. 792 et s.

[527] Convention de l'OCDE *sur « la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales » : Mon. TP*, 13/06/97, p. 454 ; *Rev. Marchés Publ.*, 1997, n° 3, p. 14 ; Ratifiée par la France par la Loi n° 99-424 du 27 mai 1999 : JO, 28/05/99, p. 7858

[528] Marie-Elisabeth CARTIER et Cristina MAURO, *La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption) : Rev. Sc. Crim.*, 2000, n° 4, pp. 737 et s.

[529] Catherine KESSEDJAN, La norme juridique est-elle apte à lutter contre la corruption? *In Varii auctoris, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle: Litec*, Mél. en l'honneur de Philippe Kahn, vol.20, 2000, p. 608

L'O.C.D.E a mené un inventaire des éléments existants dans les législations nationales de ses membres et démontra l'absence de dispositions expresses relatives à la corruption de fonctionnaires étrangers, tandis qu'une incrimination existait pour celle de fonctionnaires nationaux. Le deuxième constat résida dans le traitement fiscal des paiements illicites ; « *ainsi ces paiements [étaient] souvent traités comme d'autres sources d'imputation ou de déduction – souvent, en fait, comme des dépenses déductibles*[530] ». En France, la signature de la Convention de l'O.C.D.E a entraîner une modification[531] de l'article 39 du Code Général des Impôts afin « *d'exclure la déduction des bénéfices soumis à l'impôt les sommes versées ou les avantages octroyés au profit d'un agent public ou d'un tiers pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu dans des transactions commerciales internationales*[532] ». Et ce, à compter de l'entrée en vigueur sur le territoire de la convention sur la lutte contre la corruption[533].

443. — La France a donc dû adapter sa législation fiscale en la matière puisque auparavant, elle permettait la déduction des commissions ainsi versée. Jusqu'en 1993, « *il suffisait d'avoir recours à la technique dite du confessionnal, procédure de routine consistant à demander une autorisation de déduction fiscale des commissions à l'exportation, à un bureau spécialisé de la direction générale des douanes du ministère des Finances* [534] ». A partir de 1993, deux conditions étaient requises, à savoir la justification d'une contrepartie effective au versement de ces sommes et un montant conforme aux usages du monde des affaires, c'est à dire représentant 5 à 15% du contrat. L'actuel article 39-2 bis du CGI va donc au-delà de la disposition pénale en ne requérant pas d'élément intentionnel.

---

[530] Catherine YANNACA-SMALL, *Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre : AFDI*, 1994, pp. 792 et s.

[531] Art. 32 de la Loi de finance rectificative pour 1997

[532] Marie-Elisabeth CARTIER et Cristina MAURO, *La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption) : Rev. Sc. Crim.*, 2000, n° 4, pp. 737 et s.

[533] *Ibid.*

[534] Sylvie ROUQUIE, *La convention de l'O.C.D.E du 17 décembre 1997 sur la corruption des agents publics étrangers: mythe ou réalité?: LPA*, 03/08/2000, n° 154, p. 17

II. — L'EXTRA-TERRITORIALITE DE LA CORRUPTION

444. — Le droit pénal est d'application territoriale, aussi la corruption pratiquée à l'extérieur de son champ d'application ne pouvait être réprimée bien que faite par un national. La convention de l'O.C.D.E est intervenue suite à des négociations du 21 novembre 1997 pour être signée le 17 décembre 1997. Elle est entrée en vigueur en France le 15 février 1999 et est relative à la « *lutte contre la corruption d'agents publics étranges dans les transactions commerciales internationales* ». En 2000, 15 États l'avaient déjà ratifiée. Elle s'intègre dans une prise de conscience internationale et à la suite d'initiatives comme celle de la Banque Mondiale exigeant le remboursement des sommes, par elle, prêtées si sont établies des pratiques illicites ou des marchés publics irréguliers.

445. — L'application de la Convention n'est pas subordonnée à la ratification par tous les États-membres mais elle prévoit qu'elle s'effectuera après celle « *des cinq pays qui comptent parmi les dix premiers pays, pour la part des exportations et qui représentent à eux cinq au moins des 60% des exportations totales cumulées de ces dix pays* [535] » correspondant aux pays représentant 80% du commerce international des États-membres de l'O.C.D.E[536].

446. — Ainsi, la nécessité d'une coopération internationale s'imposant, les articles 9 et 11 de la Convention traitent de l'entraide judiciaire tandis que l'article 10 est relatif à l'extradition qui, sur le plan international, « *constitue l'élément de base traditionnel de la collaboration interétatique* [537] ». Relativement à l'entraide judiciaire, l'article 9 pose que « *chaque partie accorde, autant que permettent ses lois et ses instruments internationaux pertinents, une entraide prompte et efficace...* » et l'alinéa 3 précise que le secret bancaire ne peut être mis en avant pour la refuser.

La convention fixe donc une norme minimale qui n'est pas d'application directe. Elle nécessite donc une intégration en droit interne, opérée en France par la Loi n°

---

[535] Sylvie ROUQUIE, *La convention de l'O.C.D.E du 17 décembre 1997 sur la corruption des agents publics étrangers: mythe ou réalité?: LPA*, 03/08/2000, n° 154, p. 17

[536] *OCDE*: Organisation de Coopération et de Développement Économiques

[537] Sylvie ROUQUIE, *La convention de l'O.C.D.E du 17 décembre 1997 sur la corruption des agents publics étrangers: mythe ou réalité?: LPA*, 03/08/2000, n° 154, p. 17

2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption.

447. — Concernant l'infraction, aucune preuve propre au droit national ne doit être ajoutée au texte conventionnel, « *il s'agit donc d'une définition autonome n'exigeant aucune preuve additionnelle en vertu du droit de l'État dont l'agent public en cause est ressortissant ou de celui sur le territoire duquel l'infraction a été perpétrée* [538] ».

448. — Les juges français sont donc compétents pour les infractions commises totalement ou partiellement en France ; ce qui est une application classique du principe de territorialité. La poursuite des actes de corruption de fonctionnaire étranger est donc possible dès lors que la promesse ou la remise de don ou d'un avantage a lieu en France[539]. Mais le seul fait que l'entreprise corruptrice soit établie en France est insuffisant ; mais l'acte de corruption réalisé à l'étranger par une entreprise ayant son siège en France peut relever des tribunaux français en vertu du principe de compétence personnelle active[540] et donc extraterritoriale. Il existe cependant deux limites pour les délits[541], à savoir que l'infraction doit être sanctionnée par la loi du pays où les faits ont été commis : c'est le principe de double incrimination[542], et que la poursuite doit être précédée d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis[543].

---

[538] Catherine KESSEDJAN, La norme juridique est-elle apte à lutter contre la corruption? *In Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle: Litec*, vol.20, Mél. en l'honneur de Philippe Kahn, 2000, p. 604

[539] Marie-Elisabeth CARTIER et Cristina MAURO, *La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption) : Rev. Sc. Crim.*, 2000, n° 4, pp. 737 et s.

[540] *Ibid.*

[541] Art. 113-6 et 113-8 du Code Pénal

[542] Catherine YANNACA-SMALL, *Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre : AFDI*, 1994, p. 802

[543] Marie-Elisabeth CARTIER et Cristina MAURO, *La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption) : Rev. Sc. Crim.*, 2000, n° 4, pp. 737 et s.

PARAGRAPHE 2. — LA VOLONTE DE DISSUASION

449. — Pour être efficace, l'incrimination doit être assortie de sanctions dissuasives, aussi elle a soulevé la question de la responsabilité pénale de la personne morale qui n'est pas reconnue dans tous les États, et du type de sanction considéré comme adapté (II). Les éléments constitutifs de corruption (I) révèlent une conception large de la notion d'agent public étranger et est circonscrite à la corruption active dans le cadre de la Convention O.C.D.E. Il faut se référer à la Convention du Conseil de l'Europe pour trouver la répression de la corruption passive, alors que le droit pénal français poursuit les deux chefs.

I. — LA CARACTERISATION DE L'INFRACTION

450. — La corruption est une infraction appréhendée notamment par la Convention de l'O.C.D.E. Elle stigmatise la corruption active d'un agent public (A). C'est à l'échelle européenne qu'il faut rechercher la répression de la corruption passive. Suivant le texte de l'OCDE, les Etats, ainsi qu'il en est de la France, sont invités à permettre d'engager la responsabilité pénale des personnes morales[544] (B).

A. — LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

L'infraction visée par la Convention comprend une définition large de l'agent public étranger et comprend les personnes détenant un mandat législatif, administratif ou judiciaire. Elle concerne la corruption active de fonctionnaires étrangers dans le cadre du commerce international en raison du constat que les entreprises multinationales constituent la source la plus importante de pots-de-vin[545] ; « *toutefois, les entreprises considèrent qu'elles se trouvent confrontées à des demandes de pots-de-vin pour obtenir de gros contrats à l'étranger. Selon ces*

[544] Marie-Elisabeth CARTIER et Cristina MAURO, *La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption) : Rev. Sc. Crim.*, 2000, n° 4, pp. 737 et s.

[545] Catherine PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics: LGDJ*, 2002, p. 139

entrepreneurs, la corruption passive ne serait alors pas suffisamment prise en compte par la Convention[546] ». Cette allégation est très probable dans la mesure où il m'a été permis de constater ces pratiques pour de simples actes quotidiens alors que je vivais à l'étranger. Il s'agit d'une omission regrettable de la Convention de l'O.C.D.E.

451. — Il n'est par ailleurs pas nécessaire d'être présent physiquement dans le pays considéré puisque l'infraction peut être commise par un simple appel téléphonique, une télécopie ou un message électronique. La corruption active de la Convention de l'OCDE est donc définie de façon plus limitée que celle de la Convention signée entre les Etats-membres de l'Union Européenne en 1995 et 1997 puisque *« seuls les actes de corruption commis '' en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international doivent être condamnés au titre des articles 435-3 et 435-4 du code pénal*[547] ».

452. — Toujours est-il qu'est constitutif d'une telle infraction, l'acte qui a été commis intentionnellement, le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu, à un agent public pour lui-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions. Le corrupteur peut être une personne morale de droit privé[548].

453. — Ces deux textes visent toutes les catégories d'agents publics étrangers et explicitement les membres élus exerçant au niveau local, régional ou national englobant ceux de tous les États sans en limiter la portée à ceux d'Etats parties à ces conventions.

La Convention du Conseil de l'Europe vise en sus la corruption passive d'agents publics définie, dans les mêmes conditions, comme le fait pour celui-ci de les solliciter ou de les recevoir, ou d'en accepter l'offre ou la promesse. Et sont compris

---

[546] Catherine PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics: LGDJ,* 2002, p. 139

[547] Marie-Elisabeth CARTIER et Cristina MAURO, *La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption) : Rev. Sc. Crim*., 2000, n° 4, pp. 737 et s.

[548] Leila LANKARANI, La lutte contre la corruption. *In.* H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, *Droit international pénal: éd. A. Pedone,* 2000, p. 604, n° 12

les agents exécutifs ou parlementaires des organisations internationales et supranationales car « *rares sont les législations qui sanctionnent leurs nationaux pour les actes commis à l'étranger en leur qualité de dépositaire d'autorité au sein d'une organisation internationale* [549] ».

B. — LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES

454. — Le décret n° 2000-948 du 28 septembre 2000 reproduit le texte de la Convention de l'O.C.D.E et dispose expressément, en son article 3, que la sanction doit être efficace proportionnée et dissuasive. Aussi, y est mentionné que dans l'hypothèse où un pays ne reconnaît pas la responsabilité pénale des personnes morales, celui-ci doit faire en sorte que « *les personnes morales soient passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires, en cas de corruption d'agents publics étrangers* ».

455. — En France, l'article 435-6 du Code Pénal prévoit la responsabilité pénale, dans pareille hypothèse, des personnes morales et renvoie à l'article 121-2. Ce dernier précise que « *les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises , pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ». Les organes ou représentants s'entendent des organes collectifs (conseil d'administration, assemblée générale,...), des organes individuels (président du conseil d'administration, gérant,...) et des représentants agissant en vertu d'une délégation de pouvoir[550]. A l'exception de l'État, toutes les personnes morales de droit public ou de droit privé peuvent être poursuivies.

456. — L'infraction sera ensuite imputée à la personne morale si elle a été commise pour son compte, c'est à dire à son bénéfice, à son profit ou en son nom. Aussi la responsabilité pénale de la personne morale ne sera pas engagée dans la mesure où l'organe ou le représentant a agit pour son propre compte de telle sorte que « *la*

---

[549] Leila LANKARANI, La lutte contre la corruption. *In.* H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, *Droit international pénal: éd. A. Pedone*, 2000, p. 605, n° 15

[550] Cass. Crim, 26 juin 2001: *Bull,* n° 161 ; *D.* 2001.IR.2461 ; *Rev. Sc. Crim*. 2002.99, obs. Bouloc

commission de l'infraction pour son compte personnel n'engagera donc que la responsabilité personnelle de l'agent[551]

457. — Le bénéfice s'entend aussi bien de la réalisation d'une économie que de celle de son profit[552]. La responsabilité pénale des personnes morales est surtout envisagée dans des cas de « *situations illicites diffuses, difficilement imputables sans artifice à une personne déterminée, et que l'on peut rattacher plus facilement à l'organisation humaine, économique, et administrative d'une personne morale* [553] ». Mais, en raison de l'impossibilité de sanctionner d'une peine de prison celles-ci, les sanctions doivent leur être adaptées.

II. — LES SANCTIONS

458. — Le droit pénal des affaires présente la spécificité de permettre le cumul des peines. Aussi, la personne morale peut se voir sanctionnée de peines d'amende et de sanctions complémentaires. Elle n'exclut aucunement la répression des actes des personnes physiques, alors s'opère soit un cumul, soit une alternative réglée souvent, en pratique, par le choix du Parquet quant à la poursuite.

459. — La corruption active de fonctionnaires de l'Union Européenne est punie, en vertu de l'article 435-2 du Code Pénal par application de la Convention faite à Bruxelles le 26 mai 1997, de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 € d'amende pour les personnes physiques. Les peines encourues par application de la Convention de l'O.C.D.E, prévue par l'article 435-3 du Code Pénal, sont les mêmes[554] avec un texte concernant spécifiquement la corruption de fonctionnaires hors Union Européenne.

---

[551] Rapport MARCHAND, *JOAN*, n° 896, séance du 02/10/1989

[552] Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires: Dalloz*, Coll. mémento, 5e éd., 2002, p. 99

[553] Catherine PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics: LGDJ*, 2002, p. 217

[554] Marie-Elisabeth CARTIER et Cristina MAURO, *La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption) : Rev. Sc. Crim.*, 2000, n° 4, pp. 737 et s.

460. — Les peines encourues par les personnes morales sont prévues à l'article 435-6 du Code Pénal consistent en une amende au maximum du quintuple de celle encourue par les personnes physiques, soit 750.000 €, et les possibles: interdiction d'exercer directement ou indirectement l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, le placement sous surveillance judiciaire, la fermeture de l'établissement, l'exclusion des marchés publics, l'interdiction de faire appel public à l'épargne ou d'émettre des chèques et, enfin, la confiscation de la chose qui a servi, était destinée ou est le produit de l'infraction. Cela pour une durée maximale de cinq ans.

461. — Les peines ainsi encourues sont substantielles dans l'activité d'une entreprise et par là même dissuasives car, il est possible de constater que la société concernée se retrouve, sous cette condamnation, dans un *''état végétatif''* en ayant une activité réduite à son minimum, si elle n'est pas obligée de fermeture et ainsi condamnée *''à mort''*. Ces peines consistent donc à ôter ses possibilités d'activités à l'entreprise par analogie à la privation de liberté de mouvement des personnes physiques.

462. — Désormais, la corruption en vue de l'obtention de marchés étrangers est un délit passible des mêmes peines que la corruption d'agents publics nationaux.

CONCLUSION CHAPITRE 1

463. — Dès lors, l'Accord sur les Marchés Publics, bien qu'étant une norme supérieure au droit communautaire dérivé[555], constitue une fraction du champ desdites Directives. Il ne peut être invoqué devant les juridictions communautaires. Dès lors, le justiciable doit se fonder sur les Directives le transcrivant pour que sa demande soit reçue.

464. — L'Accord ne peut donc être invoqué que par un Etat partie à l'encontre d'un autre Etat signataire pour manquement. A cette fin, un Organe de Règlement des Différends (ORD) a été institué afin de recueillir ces plaintes. Il dispose d'un pouvoir d'enquête sur l'existence de la violation alléguée. Les groupes spéciaux constitués à cet égard communique leur rapport à l'ORD qui déterminera les sanctions susceptibles d'être prononcées.

465. — La corruption internationale est une réalité pour laquelle la prise de conscience fut tardive. Elle résida dans la déloyauté du procédé et sa dimension de rupture de l'égalité dans la concurrence. Aussi, des textes internationaux la répriment et lui confère un caractère extraterritorial nécessaire à sa répression. Mais surtout, elle s'assortit de mécanismes de coopération judiciaire indispensables.

Les sanctions sont dissuasives et concernent tant les personnes physiques que les personnes morales. Et, à l'égard de ces dernières, sont particulièrement lourdes puisqu'elles peuvent aboutir à la peine capitale pour la société, à savoir la dissolution. Une sanction complémentaire existe dans l'exclusion des marchés publics, faisant interdiction de participer à toute procédure d'appel d'offres. Au même titre que toutes les peines de restriction d'activités, celles-ci peuvent mettre l'entreprise en état végétatif.

La volonté de lutte est explicite, la coordination des moyens organisée face à un phénomène silencieux rompant l'égalité en extrayant le corrupteur du jeu de la concurrence.

---

[555] Olivier GONFRIER, *L'introduction des normes OMC dans l'ordre juridique de la Communauté européenne et dans ceux des Etats membres : Mémoire de DEA*, Paris II, 2000, pp. 77 et s.

466. — Il convient d'atténuer cette perspective dans la mesure où, dans la très grande majorité des cas, « *les pots-de-vin sont versés à des sociétés écrans logées dans des paradis fiscaux, on voit mal comment l'administration fiscale pourra apporter la preuve que derrière ces sociétés se cachent un fonctionnaire ou un tiers dépendant*[556] ». Aussi, la portée de la mesure anti-corruption doit être pondérée[557].

[556] Rémi GOUYET, *Fisc et corruption internationale: la lutte du pot de fer contre les pots-de-vin: LPA*, 1er-2/5/2003, n° 87-88, pp. 3-4

[557] *Ibid.*

CONCLUSION TITRE 1

467. — En France, un marché public à caractère international sera soumis de façon concurrente aux règles de l'AMP, des directives communautaires et du Code des Marchés Publics. Aussi, l'intégration de l'AMP s'est fait par un mécanisme à double détente ; à savoir la mise en conformité du droit communautaire puis la transposition de celui-ci. Néanmoins, le droit communautaire a opté pour la responsabilisation de l'acheteur public en se remettant au principe d'égalité de traitement du Traité afin de sanctionner les manquements y afférent. L'AMP contenait à cet égard des dispositions assurant cette égalité. L'accord international influe donc sur les orientations communautaires. Celles-ci harmonisent les points par lui traités tout en ayant un champ encore plus vaste. En d'autres termes, l'AMP constitue une fraction de l'harmonisation communautaire. Cependant celui-ci ne peut pas être invoqué devant les juridictions nationales ou communautaires, il est d'effet indirect.

468. — Par contre, la prise de conscience de l'effet inacceptable de la corruption a permis l'adoption d'une convention destinée à sanctionner de tels comportements. Auparavant tolérés dans la mesure où les rigidités administratives dans certains États privaient, de façon discriminatoire, une entreprise de remporter un marché, la corruption est aujourd'hui poursuivie. Elle fait l'objet d'un système d'entraide judiciaire permettant la diffusion des informations d'un État à l'autre.

469. — La contrainte de l'acheminement constitue par ailleurs un élément à apprécier dans une soumission puisqu'il n'est pas sans risque. Si le régime d'indemnisation est clarifié par les conventions internationales, il n'en demeure pas moins qu'il peut provoquer des retards dans l'exécution du marché public. A cet égard, l'émergence croissante d'initiatives locales crée une compétition nouvelle que les multinationales ont appréhendée par la sous-traitance. De là, deux conséquences positives ressortent: la première politique par la relation de collaboration ainsi formée ; l'autre économique, par les économies réalisées en raison des différentiels de coût.

TITRE 2. — PAR LA LIQUIDATION DES DIFFERENDS

471. — Compte tenu du caractère spécifique de la relation contractuelle et en prévision du différend, les parties peuvent envisager le recours à une instance indépendante des protagonistes qu'est l'arbitrage. Ceci n'a pas été reconnu sans difficulté compte tenu de la particularité de la personnalité morale de droit public. Il s'agit de tenir compte des impératifs et des intérêts propres dont elle a la charge. Néanmoins les deux parties se rejoignent sur la volonté de traiter rapidement tout litige et liquider de la sorte les différends. Dans ce cas, sont insérés des réserves et des commentaires dans la proposition afin d'en permettre la négociation lors de l'établissement du contrat[558].

472. — Aussi, une autre question fait l'objet de controverse ; à savoir quel est le droit applicable à un contrat entre une personne privée et une personne publique. Les sentences arbitrales ne semblent pas traduire une grande cohérence entre elles car des différences substantielles empêchent de tirer des conclusions. De même, la doctrine est partagée et traduit un débat passionné. Néanmoins, certains éléments sont apparus nécessaires à développer afin de tenter d'extraire une perspective.

473. — Le débat semble reposer sur le postulat que les parties sont placées sur un pied d'égalité d'une part et d'autre part, sur les prérogatives juridiques de la personne publique. Or, l'on regrettera que cette égalité initiale dans des domaines différends – économique pour le contractant privé et juridique pour le contractant public – se trouve rompu par la neutralisation du pouvoir normatif de l'État et de ses immunités. Or, pareille neutralisation n'est pas réalisée pour le pouvoir économique du cocontractant de l'Administration. Dès lors, une relation globalement déséquilibrée

---

[558] Xavier BIRBES, *L'objet des négociations : RTDCom.*, 1998, n° 3, pp. 471 et s.

se fait jour. Déséquilibre accentué par l'identification des États concernés par cette pratique contractuelle.

474. — Ces différents points seront successivement abordés au travers de la question de l'arbitrabilité[559] du différend (chapitre 1) et de son arbitrage (chapitre 2)

[559] Arbitrabilité : faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage. Définition de J.-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public : LGDJ, 1999, pp. 25 et s. Cité *In.* Bernard Hanotiau, *L'arbitrabilité : RCADI*, 2002, n° 296, p. 40

CHAPITRE 1. — LA PREVISION DU REGLEMENT DU DIFFEREND

475. — L'arbitrage est utilisé pour traiter des différends entre les parties. Ce litige a trait au contrat. Or, le recours à ce mécanisme en matière de marché public ne constitue pas une évidence car, ainsi que le fait remarquer Monsieur Bernard Hanotiau, « *bien que la compétence juridictionnelle soit un attribut essentiel de l'Etat, les parties peuvent, si elles en expriment la volonté, attribuer compétence à des arbitres aux fins de trancher leurs litiges. L'Etat conserve toutefois le pouvoir d'interdire le règlement, en dehors des juridictions étatiques, de catégories de contestations. L'on dit alors que le litige n'est pas arbitrable. Si une convention d'arbitrage est néanmoins conclue, elle sera dépourvue de validité. L'arbitrabilité est en effet une condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres*[560] ».

476. — Il y a d'une part une société, ce qui ne pose pas de difficulté et l'on sait qu'elles apprécient ce mode de résolution des conflits en raison de sa discrétion et de sa rapidité. Mais il y a d'autre part une personne publique. Or, de nombreuses législations prohibe l'arbitrabilité des différends intéressant une personne publique. Parmi celles-ci on compte la France[561]. Une célèbre controverse s'est déroulée à ce propos entre la Cour de Cassation et le Conseil d'État, dont nous verrons la lecture qu'il est possible d'en faire ; il s'agira de relever que n'étaient pas en jeu les mêmes contrats. Cette approche permettra par ailleurs de déceler que le critère organique de non-arbitrabilité est insuffisant.

---

[560] Bernard Hanotiau, *L'arbitrabilité : RCADI*, 2002, n° 296, p. 39

[561] Michel BAZEX et Sophie BLAZY, *L'arbitrage en droit administratif : LPA*, 06/08/2003, n° 156, pp. 4 et s.

477. — Une intervention législative a clos le débat en ouvrant la faculté aux personnes publiques de soumettre leur différend à l'arbitrage[562]. Mais celle-ci est réservée aux contrats internationaux[563]. Vraisemblablement, il s'agissait en filigrane de ne pas entraver les relations économiques internationales et de permettre aux personnes publiques de répondre aux demandes des entreprises étrangères. Il importera donc de développer l'aspect conventionnel régissant ce mode de résolution des litiges. Il sera alors question de la pratique contractuelle de renonciation aux immunités qui fait l'objet d'analyses différentes ; mais aussi de la mise en place du tribunal arbitral par l'instrument contractuel. Ces points révéleront la grande liberté laissée aux parties. Nous aborderons donc la faculté de compromettre (section 1) et les impératifs préalables au règlement du différend par la voie de l'arbitrage (section 2).

SECTION 1. — LE RECOURS A LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

478. — La personnalité morale de droit public interfère sur la possibilité d'inclure une clause compromissoire dans le contrat : il s'agit de la question de l'arbitrabilité subjective[564]. Cette faculté n'est pas systématique, et en France, une loi est intervenue en 1986[565] afin de l'autoriser dans des hypothèses néanmoins circonscrites. Aussi, il importera de distinguer préalablement les implications de la personnalité morale de droit public (§1) avant d'aborder la faculté de compromettre (§2).

PARAGRAPHE 1. — LES IMPLICATIONS DE LA

[562] Art. 9 de la Loi n° 86-972 du 19 août 1986 qui prévoit la possibilité d'insérer des clauses compromissoires: « par dérogation à l'article 2060 du Code Civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et à l'interprétation de ces contrats » ; Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, pp. 295 et s., n° 446 et s.

[563] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, pp. 295 et s., n° 446 et s.

[564] Bernard Hanotiau, *L'arbitrabilité : RCADI*, 2002, n° 296, p. 43 et pp. 240-242

[565] Loi n° 86-972 du 19 août 1986

PERSONNALITE MORALE DE DROIT PUBLIC

479. — La personnalité morale de droit public d'un des contractants rend le contrat spécifique dans la mesure où celui-ci poursuit un but d'intérêt général. Toutefois, cette activité n'est pas systématique et l'État ou les collectivités territoriales peuvent se livrer à des activités commerçantes. Il conviendra donc de distinguer les activités de cette personne morale au regard de leur finalité (I). Cependant, une tentation existe d'avoir une vision *"schizophrénique"* de la personnalité même de ces entités alors qu'il s'agit de la même personne (II).

I. — LA SPECIFICITE DU LIEN CONTRACTUEL

480. — Certains auteurs caractérisent les contrats d'Etat au regard de la présence d'une personne morale de droit public et de la présence de clauses atypiques comme de gel de législation, d'arbitrage, de renonciation aux immunités. Il nous semble préférable de distinguer d'un point de vue objectif, à savoir la nature du contrat (A) et d'un point de vue subjectif en considération de l'influence du lien de nationalité (B).

A. — LA DISSOCIATION DES ACTIVITES PAR LA FINALITE

481. — La dissociation des activités selon leur finalité implique que la personne morale de droit public peut avoir un rôle différent de celui qu'on lui confère ; c'est à dire se livrer à une activité de commerçant comme une personne de droit privé. On parle alors d'activité *jure gestionis* (1). Celle-ci se distingue de sa poursuite de l'intérêt général constitutive de son activité *jure imperii* (2).

1. — LES ACTIVITES JURE GESTIONIS

482. — Les activités de personnes publiques comprennent pour une part des actes conclus *jure gestionis*. Ils concernent ceux par lesquelles l'État, ou ses subdivisions, agit comme un commerçant ; « *les contrats d'État passés jure gestionis, dans*

lesquels l'Etat partie agit telle une personne privée, sont analysés par la doctrine majoritaire comme conclus par un État, sujet de droit des gens auquel sa souveraineté aurait permis de renoncer à ses attributs souverains pour adopter l'attitude d'un simple particulier [566] ».

483. — L'État entrepreneur ou État commerçant « *prend des formes juridiques (constitutionnelles ou législatives) extrêmement variées suivant les pays pour des motifs juridiques ou plus souvent pour des raisons d'opportunité pratique et commerciale* [567] ». Certains auteurs assimilent les entreprises publiques à l'Etat et de là « *est sans doute une des raisons de la confusion qui règne sur le statut juridique des contrats d'État* [568] ». Ainsi Monsieur J.-F. Lalive inclut parmi les contrats d'État, ceux passés par les entreprises étatiques ou publiques au sens économique du terme[569].

Cette appréciation extensive paraît excessive dans la mesure où « *la main gauche ne se confond pas avec la main droite ; chacune d'elle agit dans son rayon d'action ; chaque être juridique vit sa vie propre. En l'occurrence, la société nationale contracte au même titre qu'une personne privée* [570] ». Il suffit de l'illustrer par une hypothèse de responsabilité: la société nationale qui voit engagée sa responsabilité contractuelle et devient redevable d'une indemnité, « *l'État actionnaire unique (ou majoritaire) supportera directement les conséquences pécuniaires, mais c'est la société d'État qui sera juridiquement responsable*[571] ». On ne peut confondre l'entreprise et l'actionnaire, ni assimiler l'un à l'autre. A cet égard, la Cour Internationale de Justice (CIJ) a déclaré à propos d'une société multinationale mais dont on peut transposer le raisonnement que: « *si la société n'est autre chose qu'un moyen pour les actionnaires de poursuivre leurs propres fins économiques, elle n'en possède pas moins, tant qu'elle subsiste, une existence indépendante. C'est pourquoi*

---

[566] Sophie LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé: thèse de doctorat*, Paris I, 1999, p. 125

[567] Maurice KAMTO, *La notion de contrat d'État: une contribution au débat: Rev. Arb*., 2003, n° 3, pp. 719 et s.

[568] *Ibid*.

[569] Maurice KAMTO, *La notion de contrat d'État: Une contribution au débat: Rev. Arb.*, 2003, n° 3, p. 723

[570] Maurice KAMTO, *La notion de contrat d'État: Une contribution au débat: Rev. Arb*., 2003, n° 3, p. 727

[571] *Ibid*.

les intérêts des actionnaires peuvent être distingués de ceux de la société et s'en distinguent en fait, de sorte que l'on ne pourrait nier la possibilité d'une divergence entre les uns et les autres[572] ». En effet, le droit privé connaît le principe de distinction entre la personne morale et ceux qui la compose : « *la personne morale est indépendante par rapport à ses membres*[573] ».

484. — Mais encore faut-il que les deux personnes soient autonomes l'une de l'autre. Aussi, suite à la sentence *Sapphire* du 15 mars 1963[574], ayant donné lieu à une décision de la Cour de District de La Haye du 15 avril 1965, puis à une décision d'annulation en appel par la Cour d'Appel de La Haye en date du 28 juin 1968, celle-ci avait considéré que la société nationale iranienne de pétrole *(NIOC)* – considérée comme le *"bras séculier"* de l'Iran dans le secteur pétrolier – était une personne privée ayant agi *jure gestionis*. En l'espèce, le doute pouvait se manifester au regard de l'autonomie de la *NIOC* vis-à-vis de la politique en la matière de l'État.

Toujours est-il que par le fait « *qu'il descend dans l'arène des intérêts privés, et il se soumet implicitement au droit commun des contrats* [575] ». Dès lors, ces contrats ne doivent pas être distingués de ceux conclus par deux personnes privées, au seul motif qu'un des contractant est une personne publique.

2. — LES ACTIVITES JURE IMPERII

485. — Les personnes publiques connaissent de façon plus classique des activités *jure imperii*. Elles se distinguent des activités *jure gestionis* en matière contractuelle dans la mesure où l'État peut valablement invoquer ses immunités à l'égard du juge étranger[576]. Les actes se caractérisent par deux éléments: « *il s'agit alternativement, soit de la présence d'une clause exorbitante du droit commun, soit de la constatation*

---

[572] CIJ, 5 févr. 1970, *Barcelona Traction: Rec.*, 1970, p. 36, cf. § 45

[573] Yves GUYON, *Droit des affaires : Economica*, 11e éd., 2001, p. 133, n° 127

[574] Sent., 15 mars 1963, *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company: RJAI*, vol. III, 1945-1988, p. 284

[575] Maurice KAMTO, *La notion de contrat d'État: Une contribution au débat: Rev. Arb.*, 2003, n° 3, p. 725

[576] Sophie LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé: thèse de doctorat*, Paris I, 1999, pp. 25 et s.

que l'acte a été pris dans l'intérêt d'un service public, deux critères qui évoquent à s'y méprendre ceux qu'utilise le droit français pour définir le contrat administratif [577] ». Cependant, le critère de l'intérêt du service public est entendu de façon « *beaucoup plus large que son homologue de droit interne* [578] ». Le critère organique s'avérant insuffisant, il convient de lui joindre celui de la nature de l'acte: à savoir s'il y a exercice d'un service public[579].

486. — Sont qualifiés de contrats d'État, les contrats qui « *font intervenir des pouvoirs étatiques dont ne disposent pas les particuliers* [580] » parmi lesquels on songe « *à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'État, à son pouvoir de modification unilatéral, ou encore au droit de contrôle des activités de l'entreprise contractante, l'accent est toujours mis sur les prérogatives de puissance publique* [581] ».

---

[577] Sophie LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé: thèse de doctorat*, Paris I, 1999, pp. 25 et s.

[578] Pierre MAYER, note sous CA Rouen, 13 novembre 1984: *Rev. Crit. DIP*, 1985, p. 672

[579] Ce qui n'est pas sans rappeler le droit interne. Sur ce point, V. Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, pp. 84 et s., n° 108 et s.

[580] Sophie LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé: thèse de doctorat*, Paris I, 1999, pp. 125 et s.

[581] *Ibid.*

B. — L'INFLUENCE DU LIEN DE NATIONALITE

487. — Mais la différence fondamentale entre le soumissionnaire local et le soumissionnaire étranger réside dans le lien de nationalité. Si la relation Administration-administrés est déséquilibrée, il n'en demeure pas moins que le soumissionnaire étranger ne fait pas partie des administrés de l'Etat contractant. Par analogie avec l'illustration[582] de Monsieur Mayer définissant le contrat d'État[583], nous pouvons dire que l'entreprise étrangère contracte avec l'administration de l'État souverain.

488. — L'expression de sa souveraineté se manifestera différemment avec cocontractant étranger. En effet, il existe un risque politique, ainsi que cela a pu être mis en évidence avec les contrats de concessions pétrolières libyennes et iraniennes au cours des années 70. Ce n'est pas tant le concessionnaire qui évincé mais le représentant d'un autre État, perçu comme un colonisateur.

489. — Pourtant, ces sociétés connaissent les risques qu'elles encourent à contracter dans des pays instables, que ce soit dans une relation de droit privé, ou de droit public. Il va sans dire que l'aléa existe, mais il s'agit d'un risque accepté dans la présentation de son offre dans le cadre d'un marché public. Et s'il est plus important dans certains États, il n'est pas non plus nul dans des États stables politiquement et survient après des signes avant-coureurs.

490. — La relation entre les deux parties est autrement plus délicate à manier en raison des répercussions diplomatiques susceptibles d'intervenir en cas de différends. En effet, ce ne sont pas tant les arguments avancés tels que le fait que les chefs d'entreprises accompagnent les délégations diplomatiques à l'étranger qui font du contrat, un contrat international.

Tout différend entre les parties est susceptible de faire intervenir par la voie diplomatique le Ministère des Affaires Étrangères de l'État de l'entreprise. Celui-ci tachera alors de négocier avec l'Etat contractant une renégociation, ou une issue au

---

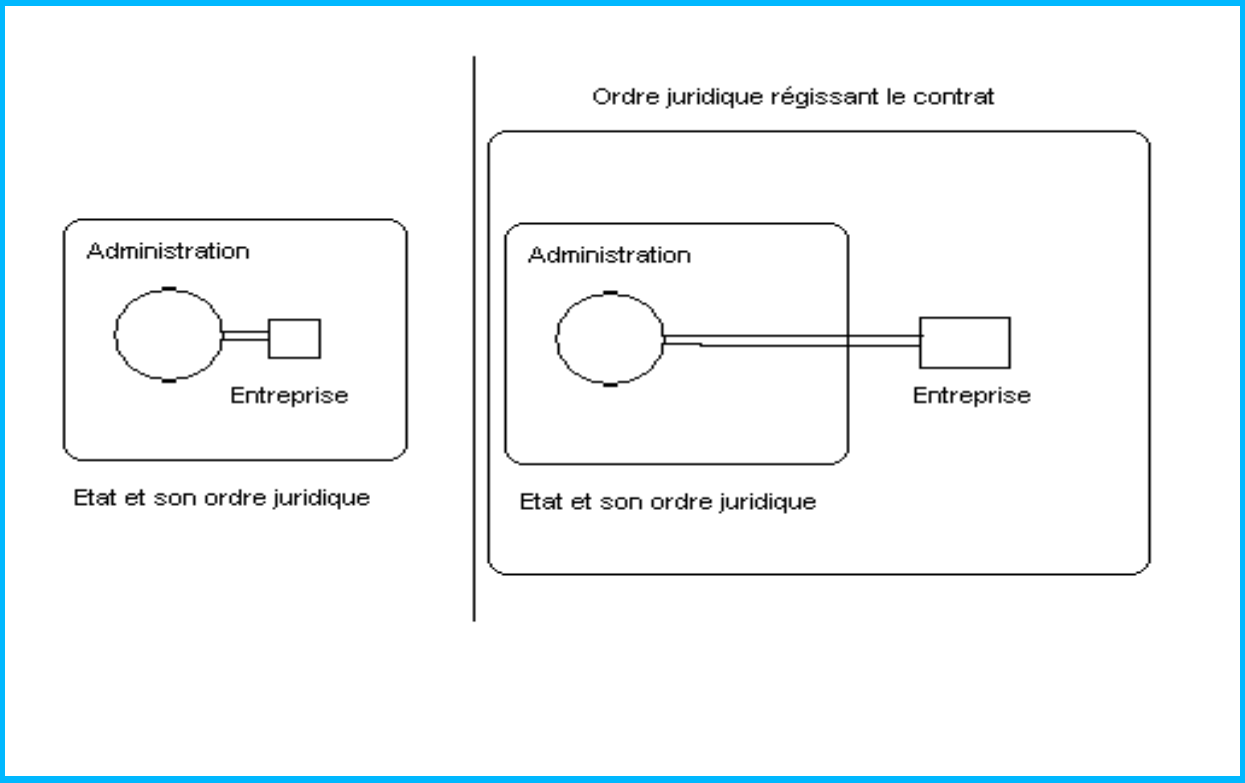
[582] Pierre MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État: JDI*, 1986, p. 13

[583] Contrat d'Etat : Contrat conclu entre un Etat et une entreprise étrangère caractérisé par la présence de clauses de type compromissoire, de renonciation aux immunités, de gel, de stabilisation et d'intangibilité de législation

litige. Dès lors, la nationalité des parties n'est pas indifférente et laisse penser que le traitement national prôné par l'Accord sur les Marchés Publics constitue un excès. En effet, cet Accord inclut en sus une obligation d'information sur demande de l'État de l'entreprise contractante sur le respect dudit Accord. Il s'agit là d'une combinaison excessive par le jeu du traitement national et des relations diplomatiques. Il eût été préférable alors d'exiger un traitement national dont l'application aurait été contrôlée par l'Organisation Mondiale du Commerce et donc, un retrait de l'appui diplomatique. Ou alors, maintenir l'appui diplomatique, sans exiger de traitement national mais une simple égalité de traitement.

491. — Leur association donne à la relation contractuelle un caractère politique, si bien que l'Etat contractant doit conserver à l'esprit les possibles conséquences diplomatiques de ses actions. Cela constitue une pression manifeste assortie d'une certaine méfiance, nuisible à une relation d'affaires.

Enfin, cela conforte l'entreprise contractante dans la mesure où elle n'est pas démunie face au comportement de l'Administration étrangère contractante puisqu'elle peut solliciter une intervention diplomatique de son État d'origine.



Légende: Le trait double signifie la relation contractuelle

492. — De la sorte, par ce schéma, on comprend que l'entreprise étrangère contracte avec un État souverain. Toutefois, elle ne contracte pas avec la qualité de souverain de l'État mais, ainsi qu'un soumissionnaire local, avec l'administration de cet État. Il n'y a alors pas de raison de distinguer selon la nationalité du soumissionnaire, ni même exiger un traitement distinct ou plus sécurisé.

II. — L'INDISSOCIABILITE DE LA PERSONNE MORALE

493. — De la double activité précédemment étudiée, certains écrits retranscrivent la dualité dans la perception de la personne morale, notamment à propos des contrats d'État. Elle distingue alors l'Etat souverain de l'Etat administration (A) ; on tâchera de rapporter qu'il s'agit dans les deux hypothèse de la même personne (B).

A. — LA TENTATION DE LA DUALITE

494. — Monsieur Pierre Mayer[584] a ainsi dégagé une analyse juridique distinguant les activités *jure gestionis* des activités *jure imperii* à partir de la distinction théorique séparant l'État personne de droit international et l'État personne de droit interne[585] ; « *celui-ci est ce qu'on appelle l'Administration (en anglais Government) auquel a à faire le contrat administratif alors que celui-là est l'État sujet de droit international (en anglais State)* [586] ». Cette théorie est reprise par Mademoiselle Sophie Lemaire, dans sa thèse, qui conçoit l'État comme une dualité entre l'État-administration et l'État-souverain. De la sorte, elle considère que « *dans l'hypothèse de l'application au contrat conclu par l'État de son droit national, ce n'est pas l'État, sujet de droit international qui s'est engagé, mais son homonyme, simple administration nationale, dont on ne doutera pas de la qualité de sujet de droit interne* [587] ». Elle ajoute que « *si l'on considère qu'une règle ne peut être dite juridique que si elle est hétéronome par rapport au sujet auxquels elle s'applique, il apparaît en conséquence qu'un droit étatique (...) ne peut avoir pour objet la personne dont il émane* [588] ».

495. — De la sorte, Mademoiselle Lemaire considère que l'État qui veut le droit ne peut pas vouloir un acte contraire au droit et d'autre part, que le droit qu'il incarne ne l'assujettit pas. Nous en comprenons que l'État serait au-delà du droit et que toutes ses volontés seraient conformes à son droit. Cette perception de l'État paraît dangereuse dans la mesure où elle valide tous les comportements des agents agissant au nom de l'État. Car l'État agit au moyen de ses représentants[589], les actes de ces représentants étant par le droit attribués à l'État. Le danger réside dans la validation consécutive de violation du droit par l'État comme l'a pu tristement illustrer l'Histoire.

---

[584] Pierre MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État: JDI*, 1986, pp. 14 et s.

[585] Charles LEBEN, *L'évolution de la notion de contrat d'État: Rev. Arb.*, 2003, n° 3, p. 634

[586] *Ibid*.

[587] Sophie LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé: thèse de doctorat*, Paris I, 1999, pp. 76 et s.

[588] *Ibid*.

[589] Hans KELSEN, *Théorie pure du droit: Bruylant-LGDJ*, trad. Ch. Eisenmann, 1999, p. 285

Selon Monsieur Charles Leben, « *si on maintient, en effet, à la fois que l'État a une double personnalité juridique (interne et internationale) et qu'il s'agit bien du même et seul État, il faudrait admettre qu'il existe une substance de l'État indépendante de sa personnalité juridique*[590] ». Cet auteur renchérit en disant que « *on pourrait même imaginer, pourquoi pas, que ces deux France puissent contracter entre elles... Toutes conséquences qu'il est difficile de prendre au sérieux*[591] ».

496. — Enfin, Mademoiselle Sophie Lemaire considère que les contrats *jure gestionis* passés en droit interne ne souffre pas de renonciation aux attributs de souveraineté mais sont conclus par l'État-administration, sujet de droit interne[592] illustré par les contrats administratifs. Or, il est concevable de penser que les contrats administratifs de droit interne sont également conclu avec l'État souverain dans la mesure où un droit spécifique – le droit administratif – organise les rapports entre l'administration et les administrés et donc répartit l'exercice des prérogatives de l'État. Ce dernier n'en est pas privé, elles sont seulement encadrées et pondérées avec les intérêts de l'administré.

B. — LE REJET DE DUALITE

497. — Monsieur Hans Kelsen rejetait la théorie du *"double aspect"* ou de la *"double nature"* de l'État dite « *Zwei-Seiten-Theorie* » et répudiait donc totalement toute idée de double personnalité, interne et internationale, de l'État[593]. Ainsi que le souligne Monsieur Leben, Hans Kelsen distingue « *un ordre juridique partiel, qui est l'État au sens étroit du terme, à savoir "l'appareil bureaucratique de fonctionnaires, avec à sa tête le gouvernement". [...] Ce concept matériel plus étroit présuppose forcément le*

---

[590] Charles LEBEN, Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etats. *In. Varii Auctoris, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle: Litec*, Mél. en l'honneur de Philippe Kahn, vol. 20, 2000, p. 125

[591] *Ibid.*

[592] Charles LEBEN, *L'évolution de la notion de contrat d'État: Rev. Arb.*, 2003, n° 3, p. 634

[593] Charles LEBEN, Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etats. *In. Varii Auctoris, Op. Cit.,* p. 125

concept formel de l'État en tant qu'ordre juridique total. [...] L'attribution à l'État au sens étroit implique l'attribution à l'État au sens large [594] ».

Cet auteur confirme encore que Monsieur Hans Kelsen « *ne parle que d'emboîtements d'ordres juridiques* [595] » de sorte que l'État-administration n'est qu'une fraction de l'État souverain, il l'incarne nécessairement ; et inversement, que l'État souverain comprend pour une part, l'État administration. De telle sorte qu'il n'existe aucune dualité de l'État, ni de risque de schizophrénie.

PARAGRAPHE 2. — LA FACULTE DE COMPROMETTRE

498. — La faculté de compromettre pour une personne publique agissant *jure imperii* ne constitue pas une évidence dans la mesure où il s'agit de confier à un juge privé le traitement de l'affaire. Or, les juges étatiques sont davantage formés à la question de ces contrats. Concernant cette faculté, on peut dire que selon les systèmes juridiques celle-ci est reçue ou non. Les Pays-Bas ne connaissant pas notre distinction droit public-droit privé, n'y voient, par exemple, aucune objection. Il importera de s'attacher à la question de la validité de la clause compromissoire (I), à laquelle la jurisprudence n'est pas parvenue sans difficulté, avant d'aborder son régime et plus précisément, son autonomie (II). La convention d'arbitrage, par dépeçage du contrat, pouvant être soumise à une loi distincte de celle du contrat principal, cela nous fonde à l'aborder préalablement à la détermination de la loi du contrat. Nous présumerons ici qu'elle est régie par la loi française.

---

[594] Charles LEBEN, Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etats. *In. Varii Auctoris, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle: Litec*, Mél. en l'honneur de Philippe Kahn, vol. 20, 2000, p. 126

[595] *Ibid.*

I. — LA VALIDITE DE LA CLAUSE

499. — En France, la question de la validité de la clause compromissoire d'un contrat auquel l'État était partie a suscité un désaccord entre les juridictions suprêmes (A). Si bien qu'il a rendu nécessaire l'intervention du législateur (B) sur ce point.

A. — LA SUPPRESSION DU DESACCORD DES JURIDICTIONS SUPREMES

500. — Comme l'a souligné Monsieur Jean-Bernard Auby, « *lorsqu'une personne publique conclut un contrat avec un sujet de droit relevant d'un autre ordre juridique, ce contrat reste dans l'orbite de son droit national, et son contentieux relève des juges nationaux [...]. Pourtant, [...] on constate bien aujourd'hui un phénomène d'internationalisation du droit des contrats publics*[596] ». Cette controverse s'est manifestée en effet au travers d'une divergence entre la Cour de Cassation et le Conseil d'État sur le point de savoir l'arbitrabilité d'un contrat conclu par l'État et ses subdivisions et une entreprise étrangère.

501. — La divergence en question résultait pour une part des textes. L'article 1004 de l'ancien Code de Procédure Civile, tel que rédigé en 1806, disposait que l' « *on ne peut compromettre [] sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public* » et l'article 83 de ce même code qui disposait que « *les causes [...] qui concernent [...] l'État, le domaine, les communes, les établissements publics [devaient] être communiqués au procureur de la République* ». De leur combinaison, la jurisprudence en a déduit l'invalidité des conventions d'arbitrage et des clauses compromissoires conclues par l'État et les collectivités publiques[597].

Avec l'entrée en vigueur du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC), ces textes ont disparu mais l'article 2060 du NCPC maintenait la prohibition. Celui-ci

---

[596] Jean-Bernard AUBY, *L'internationalisation du droit des contrats publics: Dr. Adm*., 08-09:2003, pp. 5 et s.

[597] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 330, n° 534

était rédigé de la façon suivante: « *on ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics* ». Pour l'heure, l'interdiction demeure pour tous les contrats de droit interne.

502. — Ce qui fut présenté comme une divergence entre les Cours Suprêmes résulte de l'arrêt *San Carlo* du 14 avril 1964 de la Cour de Cassation, se fondant sur les articles 1004 et 83 de l'ancien Code de Procédure Civile. Elle a considéré que « *la cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette prohibition générale, édictée dans les contrats internes, devrait encore s'appliquer à un contrat international de droit privé, passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime*[598] ». Cette position fut reprise, sans référence à la nature de droit privé du contrat par la Cour de Cassation, le 2 mai 1966, dans un arrêt *Galakis*[599]. Ce dernier, rédigé dans des termes plus généraux, affirme l'arbitrabilité du contrat international[600]. De la sorte, les contrats de droit privé des personnes morales de droit public sont arbitrables[601] puisqu'il faut encore que la juridiction judiciaire soit saisie[602].

503. — Le Conseil d'État, a adopté une position différente dans un avis[603] *Eurodisneyland* relatif à l'aménagement d'un parc de loisirs à Marne-la-Vallée. Le contrat liait d'une part, l'État français, le département de Val-de-Marne, et la Ville nouvelle de Marne-la-Vallée ainsi que d'autre part, la société étrangère Walt Disney Productions. L'avis du Conseil d'Etat avait été sollicité sur la demande de la Société Walt Disney Productions de faire figurer une clause compromissoire dans le contrat. Le Conseil d'État y était réticent et considérait le contrat comme relevant de l'ordre juridique interne français. Une loi fut promulguée afin de permettre l'insertion de la

---

[598] Cass. Civ. 1Re, 14 avr. 1964, *San Carlo*: *JCP*, 1965II.14406, note Level ; *JDI*, 1965.646, note Goldman ; *Rev. Crit. DIP*, 1966.68, note Battifol ; *D.*, 1964.637, note Robert ; *Rev. Arb*., 1964.82

[599] Cass. Civ. 1Re, 2 mai 1966, *Galakis: JCP*, 1966.II.14798, note Ligneau ; *JDI*, 1966.648, note Level ; *Rev. Crit. DIP*, 19667.553, note Goldman ; *D.*, 1966.575, note Robert

[600] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 297, n° 449

[601] TC, 19 mai 1958, *Société Myrtoon Steamship: Rec.*, n° 793 ; *D.*, 1958.699, note Robert

[602] Laurent RICHER, *Op. Cit.*, p. 297, n° 449

[603] CE avis, 6 mars 1986, *Eurodisney: EDCE*, 1987.178

clause litigieuse[604]. La loi de 1986 subordonne donc le recours à l'arbitrage à « *la réalisation d'opérations d'intérêt national* ». En l'occurrence, cet intérêt national se trouvait définit au sein du Code de l'Urbanisme aux articles R.121-13 et L.121-12 comme « *tout projet d'ouvrage, de travaux ou de protection présentant un caractère d'utilité publique et répondant aux conditions suivantes: 1° Etre destiné à la réalisation d'une opération d'aménagement ou d'équipement, au fonctionnement d'un service public, à l'accueil des populations défavorisées, à la protection du patrimoine naturel ou culturel [...] 2° Avoir fait l'objet : a) Soit d'une délibération ou d'une décision d'un des intervenants définis ci-après, arrêtant le principe et les conditions de réalisation du projet, et mise à la disposition du public ; b) Soit d'une inscription dans un des documents de planification prévus par les lois et règlements approuvé par l'autorité compétente et ayant fait l'objet d'une publication. .. Ont la qualité d'intervenants, au sens de l'article L. 121-12 du présent code, l'État, les régions, les départements, les communes, les groupements de collectivités, les établissements publics et les autres personnes ayant la capacité d'exproprier* ».

Dès lors, et sur la base de ce texte, les marchés publics répondant à ces conditions, peuvent faire l'objet d'un arbitrage.

504. — Il s'ensuit que cette opposition était artificielle dans la mesure où la Cour de Cassation n'évoquait que les contrats de droit privé des personnes morales de droit public. La seule objection existante était celle du Conseil d'État. La promulgation d'un texte spécial a ouvert la faculté de compromettre de ces personnes morales mais celle-ci demeurait circonscrite à des hypothèses précises. Par conséquent, l'intervention législative par la Loi du 19 Août 1986[605] permit de lever les ambiguïtés sur la prohibition pour les contrats internationaux.

---

[604] L'article 9 de la loi du 19 août 1986 dispose que « par dérogation à l'article 2060 du Code Civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour les opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats »

[605] Art. 9 de la Loi n° 86-972 du 19 août ; Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, pp. 295 et s., n° 446 et s.

B. — UNE INTERVENTION UNIFICATRICE

505. — Cette distinction entre les contrats de droit privé et les contrats de droit public n'est pas choquante au regard de la faculté de recourir à l'arbitrage. Certains auteurs considèrent encore, à juste titre, que « *le caractère administratif du contrat n'est pas incompatible avec l'objet de commerce international et il paraîtrait normal que le juge administratif retienne la même solution que la Cour de Cassation* [606] ».

506. — En matière internationale, certaines interrogations avaient été exprimées à propos la position du Conseil d'État. La France avait ratifié la Convention de Genève du 21 avril 1961 et la Convention de Washington du 18 mars 1965. La première relative à l'arbitrage commercial international admet la possibilité d'y recourir aux personnes morales de droit public[607]. Or, ce texte concerne les différends mettant en jeu les intérêts du commerce international. Si l'on peut dire que c'est le cas pour les contrats conclus *jure gestionis*, il n'en va pas de même avec les contrats conclus *jure imperii*.

La seconde, concernant les différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, rend possible par mention expresse dans le contrat, l'arbitrage par le CIRDI. La faculté de compromettre des personnes publiques y est donc implicite et ressort de sa vocation à traiter des affaires mixtes entre une personne publique et une personne privée. Dès lors que le contrat est relatif au commerce international, l'avis du Conseil d'État était critiquable[608]. Mais il s'agit d'une faculté laissée à une décision discrétionnaire de la personne publique. Alors, il était préférable de lever la prohibition afin de laisser place à une faculté.

---

[606] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 297, n° 449

[607] Art. 2 de la Convention de Genève du 21 avril 1961 relative à l'arbitrage commercial international dispose, sous la rubrique *''Capacité des personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage''* que :

« 1. Dans les cas visés à l'article 1, paragraphe 1, de la présente convention, les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de personnes « morales de droit public » ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage.

2. Au moment de signifier ou de ratifier la présente convention ou d'y adhérer, tout Etat pourra déclarer qu'il limite cette faculté dans les conditions précisées dans sa déclaration ».

[608] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 297, n° 449

507. — C'est ce qui s'est produit avec l'article 9 de la Loi n° 86-972 du 19 août 1986 qui prévoit la possibilité d'insérer des clauses compromissoires: « *par dérogation à l'article 2060 du Code Civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et à l'interprétation de ces contrats* »[609]. Dès lors, la prohibition ne concerne plus que les contrats administratifs de droit interne. L'arbitrage ne saurait cependant porter sur les questions pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, c'est à dire les actes unilatéraux. En matière de marchés publics, cela concernera le contentieux objectif. Mais en ce cas, il s'agit d'une inarbitrabilité objective[610].

II. — L'AUTONOMIE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

508. — Dès lors qu'est admis la possibilité de compromettre pour la personne publique, la clause compromissoire ainsi insérée dans un contrat d'État doit suivre un régime identique à celle d'un contrat entre personnes privées. Elle serait donc autonome. Il convient alors de rappeler le principe de cette autonomie.

509. — L'autonomie de la clause compromissoire s'entend de son indépendance par rapport au sort du contrat. Peu importe en effet que le contrat principal n'ait pas été conclu, soit nul, résolu ou résilié[611]. Mais elle signifie également que la convention d'arbitrage peut être soumise à un droit distinct de celui du contrat principal par dépeçage du contrat. L'arbitre statuant sur sa propre compétence lui appliquera la loi, en l'occurrence, qui lui a été assignée par les parties. A défaut, elle sera régie par la *lex contractus*. Le cas échéant, il incombera à l'arbitre de déterminer le droit applicable.

---

[609] Laurent RICHER, *Op. Cit,*, pp. 295 et s., n° 446 et s.

[610] Bernard Hanotiau, *L'arbitrabilité : RCADI*, 2002, n° 296, pp. 64 et s.

[611] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 225, n° 410

510. — Ce caractère autonome n'est pas explicitement consacré par les textes internationaux mais est généralement reconnu par les droits étatiques[612]. A cet égard, la Loi-type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) reprend en son article 16, les termes de l'article 21 de son règlement d'arbitrage ; à savoir qu' « *une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire* [613] ».

511. — Les sentences relatives aux concessions pétrolières libyennes ont fait application de ce principe. De façon implicite dans la sentence du 10 octobre 1973[614], l'affirmation est davantage exprimée dans la sentence du 27 novembre 1975[615]. Monsieur Dupuy, dans une sentence préliminaire sur la compétence a rejeté la thèse du Gouvernement libyen selon laquelle la nationalisation ayant mis à néant les contrats de concession, cet effet devait s'étendre aux clauses compromissoires qu'ils contenaient[616]. Et l'arbitre Monsieur Mahmassani, dans l'affaire *Liamco*[617] a considéré qu'« *il est généralement admis en pratique et en droit international qu'une clause d'arbitrage survit à la résiliation unilatérale par l'État du contrat où elle figure et qu'elle reste en vigueur même postérieurement à cette résiliation* ».

---

[612] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec,* 1996, p. 218, n° 398

[613] Art. 21 de la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ; *Annexe*

[614] Sent., 10 oct. 1973, *BP Exploration Company v. Libya, extraits, Rev. Arb*., 1980.117 ; cf. Brigitte STERN, *Trois arbitrage, un même problème, trois solutions: Rev. Arb.*, 1980, pp. 3 et s.

[615] Sent. 27 nov. 1975, *Texaco c. / Lybie, extraits, Rev. Arb*., 1980, p. 9: cf. *Brigitte STERN, Trois arbitrage, un même problème, trois solutions: Rev. Arb.*, 1980, pp. 3 et s.

[616] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op. Cit*., p. 223, n° 406

[617] Sent., 12 avr. 1977, *Liamco c. / Lybie: Rev. Arb.*, 1980.132 ; cf. Brigitte STERN, *Trois arbitrage, un même problème, trois solutions: Rev. Arb.*, 1980, pp. 3 et s.

SECTION 2. — LES PREALABLES A LA PROCEDURE DE REGLEMENT

512. — La clause compromissoire anticipe sur le mode de résolution du différend entre les parties au contrat. Dès lors, une des parties étant un État, il est doté de certains attributs de souveraineté reconnus par le droit international public ; si bien qu'il soulève la question de savoir du sort de ces attributs lorsqu'il est recouru à l'arbitrage. En effet, le rapport de force juridique différera selon les cas. Il convient donc de savoir dans quelle mesure l'État renonce à ses immunités (I) avant d'envisager comment se déroule l'arbitrage en pareille hypothèse (II).

I. — LA RENONCIATION CONVENTIONNELLE AUX IMMUNITES

513. — L'État est doté de l'immunité de juridiction et de l'immunité d'exécution. Celles-ci lui sont reconnues en qualité d'État-souverain ; de telle sorte qu'il s'agit là d'attributs de souveraineté, de prérogatives de puissances publiques. Il sera donc question de la source de ces immunités et de leur définition (A) pour, dans un second temps, examiner de quelle manière peut s'opérer la renonciation (B).

A. — LA SOURCE DES IMMUNITES

514. — Les immunités créent inégalité de nature juridique dans la mesure où le droit international public les reconnaît à l'État, ils sont des attributs de la souveraineté. Ainsi que le souligne Monsieur Kamto, entre l'État-contractant et l'entreprise, c'est « *une inégalité juridique bien plus qu'économique et financière, les entreprises étrangères, multinationales ou transnationales étant souvent bien plus puissantes que les États en développement avec lesquels elles contractent, même si les rapports*

de force ont quelquefois fluctué[618] » ; car il y a d'un côté la puissance souveraine dotée de ses attributs dont les immunités.

515. — « *L'objet des immunités n'est pas tant d'empêcher les tribunaux d'un État de connaître d'une cause qui l'opposerait à un autre État que d'empêcher qu'un État ne se voie jugé dans le litige qui l'oppose à une personne privée par les tribunaux d'un autre État*[619] » et se fonde sur le respect de la souveraineté des États. Les immunités sont donc de deux ordres: l'immunité de juridiction empêchant d'attraire un État devant une juridiction étrangère, et l'immunité d'exécution faisant « *obstacle à la mise en œuvre de mesures ordonnées au bénéfice d'un créancier privé et portant sur des biens [...] dont l'État prétendument ou effectivement débiteur disposerait à l'étranger*[620] » puisque l'on considère que ces biens sont affectés à une activité de service public.

1. — L'IMMUNITE DE JURIDICTION

516. — L'immunité de juridiction est accordée à un État, reconnu ou non par le droit du for, « *dans toute action dirigée contre lui à l'occasion d'agissements de ses organes, de ses agents ou de ses services, centraux ou extérieurs* [621] ». Le bénéfice du privilège profite à l'État mais encore aux organismes publics d'un État dépourvus de personnalité juridique, tel un ministère, et même, en France, aux organismes pourvus d'une personnalité juridique propre distincte de l'État[622]. En tous les cas, sont concernés les actes de puissance public ou à fin de service public qui constituent des manifestations de souveraineté[623] et ainsi, en sont affectés les contrats de marché public.

---

[618] Maurice KAMTO, *La notion de contrat d'Etat: Contribution au débat: Rev. Arb*., 2003, n° 3, p. 730.

[619] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Droit du commerce international: Dalloz*, 2e éd., 2000, p. 287, n° 441

[620] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Op. Cit.*, p. 287, n° 441

[621] Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public: Montchrestien*, 4e éd., 1999, p. 243

[622] Cass. Civ. 1Re, 3 nov. 1952, *Rev. Crit. DIP* 1953.423, note Freyria ; *JDI* 1953.654, note JBS ; Cass. 1Re civ., 19 mai 1976, *Banque du Japon: Rev. Crit DIP* 1977.359, note Battifol ; JDI 1976.687, note Kahn

[623] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Droit du commerce international: Dalloz*, 2e éd., 2000, p. 291, n° 447-448

517. — En effet, « *le fondement de ces immunités, même s'il est quelque peu déplacé vers, ou que s'y est ajouté, l'idée de courtoisie internationale et de convenances, peut difficilement s'abstraire de celles de souveraineté et d'indépendance, lesquelles ressortissent au droit international public*[624] ». La Cour de Cassation avait dès 1849 considéré que « *le droit de juridiction qui appartient à chaque Etat pour juger les différends nés à l'occasion des actes émanés de lui est un droit inhérent à son autorité souveraine, qu'un autre gouvernement ne saurait s'attribuer sans s'exposer à altérer leurs rapports respectifs*[625] ».

Elle repose sur un constat et un principe d'égalité des États, ce qui « *exclut que l'un d'entre eux soit soumis à des actes d'autorité, y compris juridictionnels, d'un autre État conformément à la maxime selon laquelle "par in parem non habet jurisdictionem"* [626] ».

518. — Dès lors, une part importante des marchés publics sont réalisés dans le cadre d'une mission de service public ; pour reprendre la distinction précédente, ils sont conclus *jure imperii*. Par conséquent, l'entreprise contractante ne peut attraire devant des tribunaux autres que ceux de l'État contractant, son partenaire. La pratique contractuelle a donc mis au point des clauses par lesquelles la personne publique renonce à ses immunités. Nous verrons ensuite comment il est procédé à une telle renonciation.

519. — Parallèlement, l'entreprise contractante nourrit une certaine méfiance à l'endroit des juridictions étatiques. Elle s'avère quelquefois fondée, mais l'office du juge demeure toujours de dire le droit et la protection de l'intérêt général existe dans tous les systèmes juridiques. Surtout ces juridictions n'abondent pas dans un sens qui lui soit aussi favorable que les sentences arbitrales. Arguant de cette partialité, ces personnes privées requièrent le recours à l'arbitrage pour le traitement du différend afin d'interposer un tiers neutre et une loi neutre.

---

[624] Jacques MOURY, *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger: D.*, 2001.chron.2139

[625] Cass. Civ., 22 janv. 1849, *S.* 1849-1-81. Cité *In*. Henry LESGUILLONS, *Lamy – Contrats internationaux : Lamy*, 1991, t. 2, mise à jour 2001, p. 3/282

[626] Jacques MOURY, *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger: D.,* 2001.chron.2139

2. — L'IMMUNITE D'EXECUTION

520. — L'immunité d'exécution « *protège les biens de l'ensemble des personnes bénéficiant du privilège de juridiction, et de la façon la plus générale. Elle s'étend en effet aux biens du sujet qui ne sont pas en sa possession au moment où elle est invoquée et inversement aux biens qui ne lui appartiennent pas mais sont utilisés par lui ou sont en sa possession à ce moment* [627] ».

521. — En France, si la partie au contrat est l'État, les biens sont présumés affectés à l'activité publique, « *l'immunité d'exécution dont jouit l'État étranger est de principe*[628] » à l'inverse du cas où s'il s'agirait d'un organisme distinct de l'État[629] et rappelé par l'article 1er alinéa 3 de la loi du 9 juillet 1991[630].

Les immunités de l'État « *sont destinées à garantir le respect de sa souveraineté lorsque ses agents, sa législation ou ses biens sont en rapport direct avec la souveraineté territoriale d'un autre État* [631] ». Elles trouvent ainsi leur source dans la souveraineté des États ; elle-même reconnue par le droit international public. Elle est d'autant mieux admise qu'elle « *est réciproque et reçue depuis fort longtemps par le droit international coutumier* [632] ».

---

[627] Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public: Montchrestien*, 4e éd., 1999, p. 243

[628] Cass. Civ. 1re, 14 mars 1984, *Eurodif: JDI* 1984.598, note Oppetit ; *Rev. Crit. DIP* 1984.644, note Bischoff ; *JCP* 1984.II.20205, note Synvet

[629] Cass. Civ. 1re, 1er oct ; 1985, *Sonatrach: Rev. Crit. DIP* 1986.527, note Audit ; *JDI* 1986.170, note Oppetit ; *JCP* 1986 .II.20566, concl. Gulphe, note Synvet

[630] Art. 1Er, al. 3 de la loi du 9 juillet 1991: « l'exécution forcée et les mesures conservatoires [...] ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient de l'immunité d'exécution »: http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=10212&indice=1&table=CONSOLIDE&ligneDeb=1

[631] Quoc Dinh NGUYEN, Patrick DAILLIER et Antoine PELLET, *Droit international public: LGDJ*, 6e éd., 2001, p. 446, n° 289

[632] Quoc Dinh NGUYEN, Patrick DAILLIER et Antoine PELLET, *Droit international public: LGDJ*, 6e éd., 2001, p. 446, n° 289

B. — LA RENONCIATION AUX IMMUNITES

522. — L'immunité fait l'objet d'une reconnaissance à la personne publique ; la Cour de Cassation a justement fait la distinction entre les activités en considérant que le principe de l'immunité de juridiction ne s'appliquait pas « *aux activités constituant des actes de commerce auxquelles le principe de souveraineté des États demeure étranger* [633] ». Lorsqu'une personne publique agit comme un particulier, elle ne bénéficie de ses immunités. De même, lorsque ses biens sont affectés à une activité économique ou commerciale relevant du droit privé, l'immunité d'exécution doit être écartée[634].

523. — Pour s'en prévaloir, il faut qu'elle ait agi *jure imperii*. Opposer ses immunités serait une manifestation de mauvaise foi pour se dégager de ses obligations. La Cour d'Appel d'Égypte avait, à ce propos, affirmé que l'immunité accordée à l'État étranger pour un acte accompli en dehors de son action publique « *serait la négation de la justice puisqu'elle priverait du secours de celle-ci des individus dont les intérêts se trouvent en conflit avec les intérêts privés dudit État*[635] ».

Certains auteurs y ont vu le passage d'une immunité absolue à une immunité restreinte. Or, cette distinction est « *sujette à caution. Le fait est que, dès que le besoin s'en est fait sentir, la jurisprudence s'est mise à tenir compte de l'activité* [636] ». En réalité, « *l'illusion vient de ce que l'on a cru restreindre l'immunité alors que c'est l'activité de l'État qui s'est accrue* [637] ». C'est donc en 1969 que le critère d'attribution a été clarifié par une approche fonctionnelle: étaient visés les actes de puissance publique et ceux accomplis dans l'intérêt d'un service public[638].

---

[633] Cass. Req., 19 févr. 1929, *Soviets: D.P.*, 1929.I.73, note Savatier ; *S.* 1930.I.49, note Niboyet ; *Clunet (JDI)*, 1929, p. 1043

[634] Henry LESGUILLONS, *Lamy – Contrats internationaux : Lamy*, 1991, t. 2, mise à jour 2001, p. 3/303

[635] Cour d'Appel d'Égypte, 1920, Capitaine Hall, commandant "le Sumatra" c./ Capitaine Bengoa, commandant "le Mercédès": JDI, 1921.271. Cité *in*. François KNOEPFLER, *Immunité d'exécution contre les Etats: Rev. Arb.*, 2003.1017

[636] Philippe Théry. Cité in. Sophie LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé: thèse de doctorat*, Paris I, 1999, p. 289

[637] *Ibid.*

[638] Civ. 1Re, 25 févr. 1969, *Société Levant Express Transport c./ Chemins de fer du gouvernement iranien: Rev.*

524. — L'Etat, sujet plénipotentiaire du Droit International Public, a le pouvoir de renoncer au bénéfice de ses immunités[639], *a fortiori* dans la mesure où elles sont destinées à le protéger[640].

525. — Il est avancé que « *la question de l'immunité de l'État étranger ne se pose pas en matière d'arbitrage, au motif que l'immunité serait destinée à protéger un État des juridictions des autres États*[641] ». Cette analyse semble excessive et confère une interprétation restrictive à la notion. Il semble davantage que le but de l'immunité de juridiction soit d'assurer le traitement par les juridictions nationales des litiges intéressant l'administration de l'Etat considéré et donc de protéger des juridictions extranationales. En effet, l'Etat attrait devant une juridiction étrangère ou une instance arbitrale peut craindre l'influence de considérations politico-économique. A l'inverse, le traitement des contentieux par ses propres juridictions lui sera certes avantageux mais, celles-ci ne pourront pas céder au protectionnisme. En effet, l'institution risquerait d'être discréditée pour sa partialité, des répercussions diplomatiques peuvent s'ensuivre ainsi qu'une crise de confiance de la part des autres investisseurs. Dès lors, l'avantage dénoncé ne serait pas nécessairement fondé.

526. — Toujours est-il que la renonciation doit demeurer possible en ce qu'elle peut constituer un argument attractif pour de potentiels contractants. On exige de la renonciation à l'immunité de juridiction qu'elle soit expresse. Ce peut être par écrit[642] ou tacite par le comportement de l'État mais ne saurait aucunement se présumer[643].

Crit. DIP, 1970, p. 102, note Bourel ; *Grands Arrêts*, n° 47, p. 372

[639] Pour une analyse de droit comparé et de droit international public, I. Pingel, *Les immunités des États en droit international*, Paris I, 1993, pp. 279 et s., n° 63 et s.

[640] Henry LESGUILLONS, *Lamy – Contrats internationaux : Lamy*, 1991, t. 2, mise à jour 2001, p. 3/289

[641] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 405, n° 642

[642] Art. 23 de la *Convention Européenne sur l'immunité des États: RTDEur* 1973, signée à Bâle le 16 mai 1972, p. 313

[643] Quoc Dinh NGUYEN, Patrick DAILLIER et Antoine PELLET, *Droit international public: LGDJ*, 6e éd., 2001, p. 358, n° 237

A cet égard, « *la stipulation d'une clause compromissoire [...] est considérée aujourd'hui comme valant renonciation à "l'immunité de juridiction à l'égard des arbitres et de leur sentence jusques et y compris la procédure d'exequatur*[644]" [645] ».

Cependant, la renonciation à l'immunité d'exécution doit émaner d'une autre volonté, de façon autonome par rapport à l'immunité de juridiction. « *La renonciation au seul bénéfice de l'immunité de juridiction n'a jamais été interprétée comme emportant renonciation au privilège d'exécution* [646] », c'est-à-dire que les deux immunités sont autonomes l'une de l'autre[647]. La jurisprudence française a été très claire : « *"l'État étranger qui s'est soumis à la juridiction arbitrale a, par là même, accepté que le sentence puisse être revêtue de l'exequatur, lequel ne constitue pas, en lui-même, un acte d'exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'État considéré"* [648]. *Cette situation a permis d'affirmer, en 1996, qu'il est constant que le fait de consentir à une convention d'arbitrage n'affecte en rien le jeu de l'immunité d'exécution*[649] ». Elle ne peut résulter de la signature de la clause d'arbitrage[650], en raison de la fréquence de ce type de clause dans les contrats internationaux ne permettant pas de penser à la manifestation d'une renonciation expresse[651]. En effet, une mesure conservatoire ou d'exécution sur ses biens constitue une atteinte grave à la souveraineté de l'État[652].

---

[644] Cass. 1Re civ., 18 nov. 1986, *État yougoslave c./ SEEE: JDI* 1987, p. 120, note Oppetit ; Sentence CCI, 25 mars 1984, aff.: 3879, *Westland: JDI* 1985, p. 232

[645] Jacques MOURY, *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger: D.*, 2001.chron.2139

[646] Jacques MOURY, *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger: D.*, 2001.chron.2139

[647] Henry LESGUILLON, *Lamy – Contrats internationaux : Lamy*, 1991, t. 2, mise à jour 2001, p. 3/294

[648] Cass., 11 juin 1991, *SOABI c./ État du Sénégal: JDI*, 1991.1005, note Gaillard ; *Rev. Arb.*, 1991.637, note Briches ; *Rev. Crit. DIP*, 1992.331, note Lagarde

[649] François KNOEPFLER, *Immunité d'exécution contre les États: Rev. Arb.*, 2003.1029

[650] Cass. 1Re civ., 6 juil. 2000, *Creighton: Bull. Civ.I*, n° 207 ; *JDI* 2000, p. 1054, note Pingel-Lenuzza ; *D.*,2000.IR.209

[651] Jacques MOURY, *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger: D.*, 2001.chron.2139

[652] Jacques MOURY, *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger: D.*, 2001.chron.2139

II. — LA COMPETENCE DE L'ARBITRE

527. — L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des différends qui présente la caractéristique d'être une instance juridictionnelle. Les parties recourent à un juge *"privé"*. Aussi ses décisions, dénommées *"sentences"*, sont dotées de l'autorité de chose jugée et les arbitres sont en mesure de statuer sur leur propre compétence ainsi qu'une juridiction étatique.

528. — L'arbitre est en mesure de statuer sur sa propre compétence et sa décision sur ce point est qualifiée de « *simple constatation* » ou d' « *intimation* »[653]. Ce principe est dit de « *compétence-compétence (Kompetenz-Kompetenz)* » et est aujourd'hui reconnu par les principales conventions internationales, la plupart des législations modernes sur l'arbitrage, comme par la plupart des règlements d'arbitrage[654]. La Convention de Washington instituant le CIRDI comporte un article 41 analogue. Il permet au tribunal arbitral de « *poursuivre sa mission même si l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage est contestée par une des parties pour des causes qui affectent directement la clause compromissoire ou le compromis et pas seulement par simple conséquence de l'éventuelle nullité du contrat principal* [655] ».

529. — Il procèdera au contrôle de la validité de la convention d'arbitrage sachant que « *l'insertion d'une clause d'arbitrage dans une convention devra normalement conduire les arbitres à faire régir le contrat par un droit qui valide cette clause*[656] ». Il s'agit en effet « *d'imputer aux parties à un contrat la volonté implicite de choisir la loi qui valide celui-ci plutôt que celle qui ne lui donne aucun effet*[657] ».

530. — Cependant, l'arbitre ne peut trancher que des litiges *inter partes*. Il dispose d'un pouvoir limité par rapport au juge étatique. Ils disposent certes, tous deux, de la *jurisdictio*, le pouvoir de dire le droit, auquel s'ajoute pour le premier l'*imperium*, le

---

[653] Antonio DIMOLITSA, *Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz »: Rev. Arb.*, 1998, n° 2, p. 320, n° 15

[654] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 411, n° 653

[655] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op. Cit.*, p. 413, n° 658

[656] Bernard Hanotiau, *L'arbitrabilité : RCADI*, 2002, n° 296, p. 66

[657] *Ibid.*

pouvoir de faire respecter sa décision. En d'autres termes, « *la sentence n'a en effet en elle-même de force exécutoire dans aucun pays [...]. Pour faire l'objet d'une exécution forcée, la sentence arbitrale a besoin de la force coercitive de l'Etat requis pour la faire exécuter* [658] ».Il faut donc se référer à la différenciation des litiges relevant du contentieux objectif et ceux du contentieux subjectif.

« *Certains types de litiges paraissent devoir rester globalement soustraits à l'arbitrage ; (...) l'exclusion est liée à des raisons de fond: elle concerne le contentieux de la légalité entraînant l'annulation ou la réformation des actes administratifs contraires à la règle de droit. Seul le juge étatique, et spécialement le juge administratif, est compétent en la matière. Le juge privé qu'est l'arbitre ne peut lui être substitué* [659] » dans la mesure où il excèderait les pouvoirs qui lui sont dévolus par le contrat[660]. Il s'agit donc des cas dans lesquels « *les décisions sont réservées parce qu'elles participent intimement à l'exercice d'un pouvoir nettement teinté d'autorité publique, d'imperium – de nature administrative ou pénale –, et valent généralement erga omnes, à la différence de la majorité des décisions judiciaires*[661] ».

Le contentieux de la légalité doit donc être écarté de l'arbitrage « *tant par voie d'action que par voie d'exception*[662] » mais celui, subjectif, de la formation, de l'exécution du contrat doit pouvoir être soumis à l'arbitre[663].

531. — Cette distinction est d'autant plus importante que le tribunal arbitral est une juridiction et sa sentence a l'autorité de chose jugée. L'article 1500 du Nouveau Code de Procédure Civile renvoie pour les sentences « *rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international* » à la disposition de l'article 1476 du même Code selon

---

[658] Éric LOQUIN, *L'exécution des sentences arbitrales internationales au début du troisième millénaire: RDAI*, 2003, n° 7, p. 747

[659] Conseil d'État, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative: La documentation française*, 1993, p. 89

[660] Sophie LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé: thèse de doctorat*, Paris I, 1999, p. 553

[661] Bernard Hanotiau, *L'arbitrabilité : RCADI*, 2002, n° 296, p. 113

[662] Bernard Hanotiau, *L'arbitrabilité : RCADI*, 2002, n° 296, p. 241

[663] Sophie LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé: thèse de doctorat*, Paris I, 1999, p. 553

laquelle « *la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* ». Par conséquent, la même contestation ne peut ensuite être portée devant les juridictions françaises de premier degré. La demande est irrecevable[664]. Seule la voie de l'appel est possible.

532. — La seule possibilité de saisir une juridiction du premier degré serait alors l'annulation de la sentence ou le refus d'exequatur (que nous verrons par la suite)[665].

---

[664] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 792, n° 1419

[665] *Ibid.*

CONCLUSION CHAPITRE 1

533. — La faculté de compromettre d'une personne morale de droit public fait l'objet d'une reconnaissance variable selon les États. En France, le principe a longtemps été celui de la prohibition jusqu'à l'ouverture opérée par la loi de 1986. En effet, elle en porte expressément mention dans le cadre délimité des contrats internationaux. Il s'agissait de ne pas entraver l'activité économique internationale de ces personnes morales au regard des requêtes des potentiels cocontractants. Néanmoins, demeureront exclus du champ de l'arbitrage le contentieux objectif du contrat de marché public dans la mesure où ils constituent des actes unilatéraux et ne peuvent que faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il y a là une compétence étatique exclusive[666] qui dépasserait le pouvoir de l'arbitre. Ce dernier est limité au litige *inter partes*, et donc au contentieux subjectif.

534. — L'insertion d'une clause compromissoire résulte de la méfiance des entreprises étrangères au regard des juridictions étatiques. Elles considèrent que celles-ci sont plus enclines à la protection des intérêts étatiques et préjugent de la sorte à la solution du litige. Aussi, l'arbitrage apparaît comme une solution neutre entre des intérêts divergents et manifestant une plus grande indépendance. Il est exact qu'un arbitre international sera moins sensible aux circonstances contemporaines et locales du différend. La personne morale de droit public se met de la sorte au niveau juridique de son cocontractant. Néanmoins, on ne peut pas considérer qu'il s'agisse là d'une nécessité et cela ne peut résulter que d'une volonté libre de la personne publique ; c'est, en quelque sorte, l'expression d'une certaine diligence à l'égard du contractant privé.

535. — Cependant, on constate en pratique qu'il y est recouru dans les contrats conclus avec des États disposant d'un faible pouvoir de négociation. C'est à dire ceux qui sont dans la dépendance de la conclusion du contrat. Dès lors, la décision de l'opportunité de ce type de clause de la part de la personne publique n'est pas totalement libre. En pareil cas, elle est bien souvent exclue.

---

[666] Sophie LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé: thèse de doctorat*, Paris I, 1999, pp. 548 et s.

536. — L'un des effets de cette clause est d'instaurer une relation de confiance entre les parties, sachant que tout litige sera traité de façon extérieure. Cela peut même être déterminant du consentement de la personne privée. Car, la clause compromissoire extériorise le différend. Dès lors, il n'est guère possible de se dégager en invoquant les dispositions étatiques privant la personne publique de la possibilité de compromettre.

537. — Le raisonnement peut être transposé quant à la renonciation aux immunités. Nous avions évoqué la situation initiale. Les parties sont aussi puissantes l'une que l'autre mais dans des domaines différents. Économiquement, la personne privée jouit d'un pouvoir pouvant bien souvent excéder celui d'un État. Juridiquement, l'État ou ses subdivisions, disposent de prérogatives telles que la personne privée peut se trouver sans recours contre lui. Aussi, les renonciations conventionnelles aux immunités, les clauses compromissoires ont vocation à mettre à égalité juridique les contractants. Mais l'on peut se demander ce qu'il advient de la puissance économique. Juridiquement, nous parvenons à une égalité des parties qui, globalement, aboutit à une relation déséquilibrée au profit de la personne privée. Au final, cette pratique contractuelle touche des États déjà en situation de faiblesse qu'elle accentue.

538. — L'autre effet de la clause compromissoire est concret. Il s'agit de la mise en place de l'arbitrage. A cet égard, une totale liberté est laissée aux parties quant au fonctionnement et au déroulement de l'instance arbitrale, quant à la désignation de l'arbitre. Néanmoins, le pouvoir est reconnu à ce dernier de statuer sur sa propre compétence. La clause est autonome par rapport au contrat principal. De la sorte, la nullité du second n'emporte pas celle du premier. La convention d’arbitrage peut tout à fait être régie par une loi distincte de la *lex contractus*, auquel cas l’arbitre déterminera l’arbitrabilité du différend au regard de celle-ci.

CHAPITRE 2. — LE REGLEMENT DU DIFFEREND

539. — Que la matière soit de droit public ou de droit privé, on considère « *en général que l'organisation et le fonctionnement du tribunal arbitral relèvent des article 1444 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC), [...] elles ne s'imposent pas impérativement. Il en résulte que les règles applicables sont déterminées par la volonté des parties dans le cadre de quelques principes jurisprudentiels* [667] ». L'exequatur doit être délivrée par le tribunal administratif. La sentence est également susceptible d'appel[668] devant le Conseil d'État. Ce dernier, dans son rapport de 1993[669], promeut la généralisation de l'arbitrage en matière de marchés, entre autres.

En matière de contrats internationaux, le Conseil d'État avait pris une position restrictive vis-à-vis du recours à l'arbitrage d'une personne publique qui a été évincée par la loi, ouvrant la faculté de compromettre.

540. — Aussi, les arbitres internationaux ont en la matière à déterminer le droit applicable à la relation contractuelle, ce qui n'est pas sans difficulté en considération de l'atypisme d'un des contractants. La question réside principalement dans la détermination du système de droit fondant le contrat mais les décisions s'accordent pour laisser une large place à la volonté des parties.

541. — Il s'agira de développer la recherche du droit applicable au contrat en considération de la doctrine et des sentences rendues à ce propos (section 2), après avoir exposé la mise en place du tribunal arbitral (section 1).

---

[667] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs: LGDJ*, 3e éd., 2002, p. 299, n° 451

[668] CE, 4 janvier 1957, *Lamborot: AJDA*, 1957,II,108

[669] Conseil d'État, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative: La documentation française*, 1993, pp. 83 et s.

SECTION 1. — L'ORGANISATION DE L'ARBITRAGE

542. — L'organisation de l'arbitrage est essentiellement contractuelle. Il appartient aux parties de déterminer les éléments de l'instance. Cependant, l'arbitre peut les suppléer. Il existe donc un libre choix du fonctionnement de l'arbitrage (§1). Mais afin d'en assurer l'utilité, la Convention de New York est intervenue afin d'uniformiser les exigences relatives à la circulation des sentences (§2). Elle fut prisée largement par les États, si bien qu'elle compte aujourd'hui 133 ratifications.

PARAGRAPHE 1. — LE LIBRE-CHOIX DU FONCTIONNEMENT

543. — L'arbitrage commercial international fait une large place à la volonté des parties (I). Elles déterminent de l'opportunité et du déroulement de la procédure d'arbitrage. Son intérêt est d'offrir une solution rapide et discrète au différend que ne permettent pas nécessairement les juridictions étatiques. La sentence ainsi rendue requiert un exequatur afin de circuler (II).

I. — LA LIBERTE D'ORGANISATION PROCEDURALE

544. — Les parties ne disposent pas nécessairement du temps et de la créativité à l'élaboration d'un règlement d'arbitrage. Aussi, certaines instances spécialisées en la matière ont mis au point et à leur disposition des règlements d'arbitrage pré-établis (A). Son application est subordonnée à un renvoi par clause contractuelle ou au sein de la convention d'arbitrage si celle-ci est distincte. Mais le lieu du siège de l'instance peut influer sur son déroulement (B).

A. — LES PROCEDURES ARBITRALE TYPES

545. — Les parties peuvent se référer à une loi de procédure qu'elles auront désignée librement[670].

546. — Les parties peuvent encore renvoyer directement à un centre d'arbitrage permanent qui appliquera son propre règlement[671]. Ce peut être le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) ou la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Elles présentent l'avantage de fournir un « *minimum d'infrastructure aux arbitrages qui se dérouleront sous son égide* [672] ».

547. — Une autre alternative réside dans les règlements pré-établis par les Chambres de Commerce International ou par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International. Ils répondent à un souci pratique et de rapidité car il demeure toujours délicat de mettre au point un règlement d'arbitrage qui encourt de surcroît le risque de souffrir de lacunes. Aussi, cette option est rarement retenue. En cas de silence de la convention d'arbitrage, ou justement de lacunes, il appartient aux arbitres de déterminer eux-mêmes les règles de procédure[673].

548. — Parmi ces procédures arbitrales-type, on compte le règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui constitue un instrument fréquemment utilisé. Il requiert une référence écrite des parties et est susceptibles de modifications convenues entre elles[674].

---

[670] Conseil d'État, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative: La documentation française*, 1993, pp. 83 et s.

[671] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Droit du commerce international: Dalloz*, 2e éd., 2000, p. 361, n° 553

[672] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Op.Cit.*, p. 318, n° 489

[673] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Op. Cit.*, p. 361, n° 554

[674] Art. 1er.1 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

B. — L'INFLUENCE DU LIEU DU SIEGE

549. — Le rôle de la loi du lieu du siège du tribunal arbitral tend à s'amoindrir. Néanmoins, elle conserve une influence en requérant l'application de règles de procédure impératives de cet État[675]. Les parties déterminent donc de plus en plus souvent, elles-mêmes, le siège de l'arbitrage dans la convention d'arbitrage[676]. A défaut, il est fixé par le tribunal arbitral.

550. — Le droit français a, sur ce point, une position libérale et n'admet pas cette intervention impérative de la loi du siège. Les parties peuvent donc « *régler elles-mêmes l'intégralité des questions de procédure dans leur convention. Le droit français de l'arbitrage leur donne ainsi toute liberté "d'inventer une procédure"* [677] ». il sera le plus souvent fait référence à un règlement pré-établi. Celui de la CNUDCI est par ailleurs celui retenu par le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) concernant les différends entre États et personne privée étrangère dans le cadre d'investissements.

II. — LA SESSION DU TRIBUNAL ARBITRAL

551. — Le tribunal arbitral est rarement une instance permanente. Il n'est mis en place que le temps de régler le différend et un arbitre est désigner à cette fin (A). Aussi, il a vocation à n'exister que pour une durée déterminée (B).

---

[675] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec,* 1996, p. 690, n° 1239

[676] *Ibid*.

[677] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op.Cit.*, p. 665, n° 1202

A. — LA DESIGNATION DES ARBITRES

552. — Les parties sont libres de déterminer la procédure d'arbitrage et de désigner le(s) arbitre(s)[678] « *sans avoir besoin d'une référence à une loi étatique* [679] ». C'est ce qui résulte, en France, de la combinaison des articles 1493, alinéa 1, 1494 et 1495 du Nouveau Code de Procédure Civile. Cette liberté est également de principe en droit comparé et dans la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, adoptée le 21 juin 1985[680]. Elle invita l'Assemblée Générale des Nations Unies « *à recommander aux États de prendre en considération la loi-type lorsqu'ils promulgueront ou réviseront leur législation pour répondre aux besoins actuels de l'arbitrage commercial international* ». Cette Loi-type eu un certain succès puisque s'en sont inspirés des États de tous les continents et de tous les systèmes juridiques, démontrant son universalité[681].

S'agissant ainsi des arbitrages *ad hoc*, constitués spécifiquement pour le litige considéré, les parties peuvent choisir le nombre d'arbitre. Ce peut être un arbitre unique ou un collège d'arbitres, sachant que l'imparité exigée en droit interne ne l'est pas en droit international[682]. Aucune condition de nationalité ou de capacité n'est posée quant au choix des arbitres. C'est donc une liberté totale laissée aux parties.

Suivant le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, il sera en principe nommé trois arbitres, à charge pour chacune d'elles d'en désigner un, lesquels choisiront leur arbitre-président[683]. Les parties peuvent néanmoins convenir qu'il n'y aura qu'un seul arbitre[684] dans les quinze jours de la notification. Auquel cas, chaque partie propose à

---

[678] Xavier BIRBES, *L'objet des négociations : RTDCom.*, 1998, n° 3, pp. 471 et s.

[679] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 468, n° 750

[680] Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985

[681] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op.Cit.*, p. 120, n° 205

[682] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op. Cit.*, p. 476, n° 771

[683] Art. 7 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[684] Art. 5 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

l'autre le nom d'une ou plusieurs personnes afin d'arbitrage ou le nom d'institutions susceptibles de procéder à la nomination de celui-ci[685].

553. — Quelques limites demeurent dans le souci d'une bonne administration de la justice, les arbitres choisis doivent être indépendants et impartiaux[686].

Tout arbitre en vue de nomination est susceptible d'être récusé[687] par l'autre partie dès lors qu'il « *existe des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance* [688] ». Il a lui-même l'obligation de signaler aux parties toute circonstance de nature à soulever des doutes sur ces qualités[689]. Si la récusation est rejetée par l'autre partie, ou si l'arbitre refuse de se déporter, il appartient alors à l'autorité de nomination de prendre la décision définitive[690].

554. — Parmi les arbitrages institutionnels, et donc permanents, on compte notamment le Centre d'arbitrage permanent pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux (CIRDI). Il a été institué par la Convention de Washington du 18 mars 1965[691]. Il est prévu que les organes du centre interviendront si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord. Ainsi, à défaut de la constitution du tribunal arbitral dans les 90 jours, le Président du Conseil Administratif du CIRDI, « *à la demande de la partie la plus diligente et si possible après consultation des parties, nomme l'arbitre ou les arbitres non encore désignés*[692] ». Les arbitres sont alors pris dans une liste et ne doivent pas être d'une nationalité autre que celle des parties. Cette règle est assouplie lorsque les parties désignent elles-mêmes l'arbitre[693]. Il en va de même pour le remplacement des

---

[685] Art. 6 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[686] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 481, n° 784

[687] Art. 9 à 12 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[688] Art. 10 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[689] Art. 9 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[690] Art. 12 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[691] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op.Cit.*, p. 547, n° 936

[692] Art. 38 de la Convention de Washington du 18 mars 1965: http://www.doc.diplomatie.fr/BASIS/pacte/webext/multinde/sf

[693] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op. Cit.*, p. 547, n° 937

arbitres. Cependant, afin d'éviter toute manœuvre dilatoire, il est prévu que l'arbitre démissionnaire, sans l'assentiment du tribunal arbitral, devra être remplacé par le Président du Conseil Administratif[694].

B. — LE DEVELOPPEMENT DE LA SESSION

555. — En droit français, il n'existe aucun délai impératif pour la procédure arbitrale ; il n'est autre que celui stipulé par les parties[695]. Il peut également résulter du règlement d'arbitrage ou de la loi étatique choisie pour régler la procédure. La référence à la loi française rendra applicable un délai subsidiaire de six mois[696]. Le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) fixe également le délai à six mois. Ce délai peut être prorogé sur demande motivée de l'arbitre ou d'office. Cette décision relève du pouvoir souverain de la Cour Internationale d'Arbitrage qui n'a pas à informer les parties de son intention, ni même à motiver sa décision[697]. L'arbitrage offre donc une grande souplesse aux parties avec un encadrement minimal.

556. — Si les parties n'ont pas déterminé de mécanisme de délai elles-mêmes, le droit français ne prescrit aucun délai de session aux arbitres. La Loi-type de la CNUDCI[698], afin de conserver son efficacité à la procédure arbitrale, prévoit que lorsque l'arbitre ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable sans se déporter, et à défaut d'accord des parties pour mettre un terme à sa mission, l'une d'elles peut requérir de la juridiction étatique chargée de la mise en place du tribunal arbitral de se prononcer, par une décision susceptible de recours, sur la cessation du mandat de cet arbitre.

---

[694] Art. 57 et 58 de la Convention de Washington du 18 mars 1965: http://www.doc.diplomatie.fr/BASIS/pacte/webext/multinde/sf

[695] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 695, n° 1246

[696] Art. 1456, al. 1 du NCPC

[697] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op. Cit.*, p. 768, n° 1383

[698] Art. 14 de la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

557. — Si les parties ont fixé un délai spécifique, il peut être prorogé d'un commun accord des parties[699]. Par contre, l'arbitre ne peut s'en affranchir sans entacher leur sentence d'une nullité. La Cour de Cassation a ainsi considéré que « *le principe selon lequel le délai fixé par les parties, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage, et dans lequel les arbitres doivent accomplir leur mission, ne peut être prorogé par les arbitres eux-mêmes traduit une exigence de l'ordre public aussi bien interne qu'international en ce qu'il est inhérent au caractère contractuel de l'arbitrage* [700] ».

558. — Les parties sont donc maîtresses du temps et doivent contribuer à leur œuvre commune. Nous verrons par la suite que la sentence rendue après l'expiration du délai court le risque d'être annulée pour avoir été rendue sur une convention expirée ; ainsi qu'une « *sentence rendue à l'étranger dans de telles conditions pourrait se voir refuser l'exequatur en France sur le même fondement*[701] ».

559. — Suivant le règlement de la CNUDCI, la procédure d'arbitrage débute à la date de la notification à l'autre partie[702]. Cette dernière « *est réputée être arrivée à destination le jour d'une telle remise* [703] », c'est à dire par remise soit en mains propres au destinataire, soit à sa résidence habituelle, son établissement ou son adresse postale ; à défaut et après une enquête raisonnable à la dernière résidence ou au dernier établissement connu du destinataire[704].

Le principe est posé de l'égalité des parties dans le déroulement de l'instance arbitrale[705]. La procédure est orale sur demande d'une des parties, à défaut de laquelle le tribunal arbitral décide de son opportunité[706]. La langue de l'instance doit être fixée

---

[699] CA Paris, 26 juin 1987, *Rev. Arb.*, 1990.905, obs. Moreau ; CA Paris, 8 juin 1990, *Rev. Arb.*, 1992.625, obs. Pellerin ; CA Paris, 17 janv. 1992, *Rev. Arb.*, 1992.625, obs. Pellerin

[700] Cass., 15 juin 1994, *Degrémont: Rev. Arb.*, 1995.88, 2e espèce, note Gaillard

[701] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 772, n° 1388

[702] Art. 3 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[703] Art. 2 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[704] Art. 2 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[705] Art. 15.1 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[706] Art. 15.2 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

dès le commencement de la procédure et il peut en être retenues plusieurs[707]. Cette disposition est pertinente compte tenu du pouvoir de la langue et met en mesure les parties d'exposer et d'entendre les arguments avec les nuances de rigueur.

Le demandeur dépose une requête portant certaines mentions prédéfinies dans le règlement d'arbitrage dont l'objet de la demande et les points litigieux[708]. Le défendeur doit adresser sa réponse dans un délai fixé au demandeur et à chacun des arbitres[709]. Ces documents peuvent être modifiés, sauf opposition du tribunal arbitral[710].

Après demande auprès des parties si elles ont encore des preuves à présenter, des témoins à produire ou des déclarations à faire, le tribunal arbitral peut déclarer la clôture des débats ; sachant qu'il peut prononcer la réouverture de ceux-ci à tout moment avant le prononcé de la sentence[711].

Enfin, le comportement des parties importe puisque le non-respect d'une disposition du règlement d'arbitrage en sa connaissance et sans son opposition vaut renonciation à son droit de faire objection[712].

PARAGRAPHE 2. — LA CIRCULATION DES SENTENCES

560. — L'intérêt de recourir à l'arbitrage est fait de sa discrétion, de sa neutralité, et de sa rapidité ; mais celui-ci serait dénué de sens si les parties se trouvaient pourvues d'une décision non reconnue et dont la circulation ne serait pas possible. A cet égard, la Convention de New York relative à cette circulation a connu un grand succès et a favorisé la circulation des sentences (I) en uniformisant les exigences de l'exequatur (II).

---

[707] Art. 17 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[708] Art. 18 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[709] Art. 19 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[710] Art. 20 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[711] Art. 29 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[712] Art. 30 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

I. — L'IMPORTANCE DE LA CONVENTION DE NEW-YORK

561. — La Convention de New York du 10 juin 1958 relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales est un des instruments les plus ratifiés avec 133 signatures. Elle ne concerne que les États parties à la Convention. Elle connaît donc un succès certain (A) et demeure d'une certaine modernité dans teneur (B).

A. — SON SUCCES

562. — Sa vocation est de s'appliquer aux sentences étrangères entendues comme celles rendues dans un État étranger ou bien, localement mais dont la cause présente des éléments d'extranéité[713]. A cet égard, la définition de la notion de sentence est laissée aux soins des Etats parties ; ils conservent également la faculté d'exprimer des réserves de réciprocité et de commercialité.

La Convention exige l'égalité de traitement des sentences étrangères aux sentences considérées comme nationales en posant qu' « *il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales* [714] ». Lorsqu'il n'existe pas de procédure spécifiquement applicable aux sentences étrangères dans l'État d'exécution, cela veut dire que ce sont les procédures d'exequatur des sentences internes qui, du fait de la Convention, se trouvent applicables[715].

563. — La Convention a substantiellement modifié le régime existant jusqu'à lors. Notamment au regard de ce qu'il était convenu d'appeler la "double exequatur" de la Convention de Genève de 1927. En effet, il fallait, selon ce texte, que la sentence soit

---

[713] Art. I[er]. 1 de la Convention de New-York: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe ;* Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, pp. 981 et s., n° 1667 et s.

[714] Art. III de la Convention de New-York: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[715] Cour d'Appel de Tokyo, 14 mars 1963, *Niroshi Nishi c./ Compania di navigazione e commercio: Rev. Arb.*, 1964.102 ; Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op. Cit.*, p. 982, n° 1671

définitive dans l'État où elle avait rendue - État d'origine ; c'est à dire qu'elle ne soit plus susceptible d'appel ou de pourvoi en cassation. Cela requerrait d'obtenir l'exequatur dans l'État d'origine[716].

La Convention de New York se contente d'une sentence obligatoire pour permettre la demande d'exequatur dans le pays d'accueil. Seulement une controverse a agité la doctrine sur le point de savoir le sens à donner au qualificatif *"obligatoire"*. L'assimilation des termes *"obligatoire"* et *"définitif"* a été rapidement abandonnée. Il y a lieu de penser qu'il est entendu que le terme réponde à une définition autonome et corresponde à une sentence non susceptible de faire l'objet de voies de recours ordinaires – tendant à sa réformation – même si elles sont encore exposées aux voies de recours extraordinaires[717] – incluant les recours en annulation[718]. La Convention de New York a donc connu son succès grâce à l'allégement de formalisme qu'elle propose et donc, offre une meilleure flexibilité aux parties dégagées de contraintes procédurales. Elle permet une meilleure circulation des sentences.

564. — L'annulation de la sentence ne peut être prononcée qu'au regard de la loi du lieu du siège du tribunal ou la loi régissant l'arbitrage. Les autres systèmes juridiques ne peuvent qu'en refuser de reconnaître les effets[719]. La décision fait alors perdre le bénéfice de la Convention mais rien n'empêche la reconnaissance ou l'exécution au titre du droit commun de l'État où elle est demandée[720]. Si l'instance en annulation ou en suspension est pendante au moment de la demande de reconnaissance ou d'exécution, la Convention a laissé aux juridictions des Etats parties le soin d'apprécier les griefs invoqués. Il y a certes un risque d'interprétation divergente

---

[716] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 987, n° 1677

[717] TGI Paris, 15 mai 1970, *Rev. Arb*., 1971.108, comm. Oppetit ; *JDI*, 1971.312, note Kahn

[718] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op. Cit.*, p. 987, n° 1677

[719] Art. V §1.e) de la Convention de New York: la reconnaissance et l'exécution sont refusées lorsque la partie qui s'y oppose rapporte la preuve que « la sentence n'est pas encore devenue obligatoire ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue » ; http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[720] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN *Op.Cit.*, pp. 994 et s., n° 1688 et s.

puisqu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire ; mais c'est là « *une limite inhérente au fonctionnement de la Convention* [721] ».

B. — SA TENEUR

565. — La Convention pose deux règles importantes: l'un attrait à la charge de la preuve, l'autre à l'office du juge.

566. — La Convention fixe des griefs pouvant faire obstacle à la reconnaissance et l'exécution[722]. Avec la Convention de Genève, il appartenait au demandeur à l'exequatur d'établir que la sentence présentait toutes les conditions requises[723]. La Convention de New York renverse le principe en n'exigeant de lui que la preuve de l'authenticité de la décision et fait peser sur la partie contre laquelle la sentence est invoquée, la preuve d'une cause de refus de reconnaissance et d'exécution. Par conséquent, on peut avancer que la reconnaissance et/ou l'exécution est de principe sauf preuve d'une cause de refus.

567. — Le deuxième point important réside dans l'office du juge de l'État d'accueil[724]. Il appartient à la partie faisant la demande de rapporter[725] : « *a) l'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour sont authenticité ; b) l'original de la convention [d'arbitrage] ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité* ». Si les documents sont établis dans une autre langue, ladite partie aura à produire la traduction. Celle-ci « *devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire* [726] ».

---

[721] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 998, n° 1692

[722] Cf. Art. V de la Convention de New York:http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[723] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Op.Cit.*, p. 983, n° 1673

[724] *État d'accueil:* État dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées

[725] Art. IV de la Convention de New York:http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[726] Art. IV.2 de la Convention de New York:http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

Le rôle du juge réside dans le contrôle de la régularité de la décision. Il procède à un contrôle qualifié d'irrégularités internes de la sentence arbitrale. Mais le juge contrôle des points plus importants pour l'État d'accueil car pouvant porter atteinte à ses conception fondamentales[727] ; il s'agit de l'arbitrabilité du litige et la contrariété à l'ordre public qui seront développés par la suite.

568. — Selon la Convention de New York, il y a lieu de distinguer entre les griefs devant être invoqués par la partie s'opposant, de ceux pouvant être relevés d'office.

La partie s'opposant à la reconnaissance et/ou à l'exécution de la décision doit apporter la preuve[728]:

- de l'invalidité de la convention d'arbitrage[729] ; elle peut résulter de l'incapacité de l'une des parties ou d'un vice de fond de la convention d'arbitrage (erreur, violence,...) ; ou
- de la violation du contradictoire[730] dans la mesure où une des parties n'a été mise à même de faire valoir ses moyens ; ou
- du dépassement des termes de la convention d'arbitrage[731] sanctionnant la sentence rendue sans convention d'arbitrage ; ou
- de l'irrégularité affectant la composition du tribunal arbitral ou la procédure[732] compte tenu de l'influence du la loi du lieu du siège notamment et qui n'est plus pris en considération par le droit interne.

La Convention ajoute[733] que « *la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la*

---

[727] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 984, n° 1674

[728] Art. V de la Convention de New York: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[729] Art. V §1 a) de la Convention de New York: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe ;* correspond à l'art. 1502.1°) du NCPC

[730] Art. V §1 b) de la Convention de New York: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe ;* correspond à l'art. 1502.4°) du NCPC

[731] Art. V §1 c) de la Convention de New York: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe ;* correspond à l'art. 1502.1°) du NCPC

[732] Art. V §1 d) de la Convention de New York: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe ;* correspond à l'art. 1502.2°) du NCPC

reconnaissance et l'exécution sont requises constate: a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

569. — La Convention de New York tire donc sa modernité dans le fait d'avoir « *fixé les griefs qui peuvent être développés devant le juge de l'État requis pour paralyser l'exécution de la sentence et d'avoir écarté la possibilité pour le juge de cet État de refuser l'exequatur de la sentence au motif que le fond de la décision ne le satisfait pas* [734] ». De même, « *en unifiant le seuil du contrôle des sentences étrangères dans l'État requis, [elle] a sécurisé l'exécution des sentences internationales* [735] ».

II. —LA PROCEDURE D'EXEQUATUR

570. — L'exequatur « *fait entrer la sentence dans un ordre juridique quels que soient les effets que l'on prétend en tirer* [736] ». En France, le contrôle de l'exequatur est moins sévère que celui de la Convention de New York, les parties ont donc intérêt à se placer sur le droit commun[737]. A cette fin, il est procédé à un examen de la sentence opérant un contrôle minimum (A) dans lequel intervient l'ordre public (B).

A. — LE CONTROLE MINIMUM

571. — L'exequatur est un moyen d'obtenir la reconnaissance, certes mais surtout l'exécution forcée de la décision. Les causes d'annulation ou de refus d'exequatur sont au nombre de cinq. Elles sont énoncées de façon limitative à l'article 1502 du

---

[733] Art. V §2 de la Convention de New York: http://www.uncitral.org/fr-index.htm ; *Annexe*

[734] Éric LOQUIN, *L'exécution des sentences arbitrales internationales au début du troisième millénaire: RDAI,* 2003, n° 7, p. 749

[735] *Ibid.*

[736] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec,* 1996, p. 981, n° 1667

[737] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Droit du commerce international: Dalloz*, 2e éd., 2000, p. 383, n° 583

Nouveau Code de Procédure Civile. Elles tiennent à l'absence, la nullité ou l'expiration de la convention d'arbitrage, à l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral ou de la désignation de l'arbitre unique, l'absence de conformité de la décision de l'arbitre à sa mission, à la violation du principe de la contradiction et à la contrariété à l'ordre public international.

Les juridictions chargées d'exercer le contrôle ont une totale liberté d'appréciation des circonstances de la cause, tant en fait qu'en droit[738].

572. — Le contrôle repose sur les cinq cas limitativement envisagés à l'article 1502 du Nouveau Code de Procédure Civile[739].

Le premier consiste à contrôler que la sentence a été rendue sur une convention d'arbitrage valide[740]. Elle subit alors un triple test, à savoir son existence, sa validité et sa temporalité[741]. L'existence appelle peu de remarques ; la validité implique que soit contrôlé l'arbitrabilité du litige et les vices de type vices du consentement, défaut de capacité, etc... ; enfin, la temporalité peut faire défaut par l'expiration du délai d'arbitrage[742].

Le second point contrôlé est celui de la régularité de désignation ou de constitution du tribunal arbitral[743]. Souvent, les difficultés auxquelles elles peuvent donner lieu entraîne la saisine du juge étatique qui statue sur ce point. Par voie de conséquence, cela réduit l'intervention du juge sur ce domaine[744].

---

[738] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 939, n° 1605

[739] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Droit du commerce international: Dalloz*, 2e éd., 2000, p. 389, n° 593

[740] Art. 1502.1° du NCPC

[741] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Op. Cit.*, p. 390, n° 594

[742] *Ibid*.

[743] Art. 1502.2° du NCPC

[744] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, O*p. Cit.*, p. 390, n° 595

En troisième lieu, la mission de l'arbitre est limitée par la convention des parties. Dès lors, si celui-ci excède sa compétence et/ou ne respecte pas les règles de procédure et de fond choisies par les parties[745], la sentence ne recevra pas l'exequatur.

Le principe de la contradiction doit être respecté[746] en sa qualité de « *principe supérieur indispensable au déroulement d'un procès équitable* [747] » ; mais aussi en tant que composante de l'ordre public international[748]. Il implique, sans exhaustivité, que « *les parties auront un accès égal aux éléments d'information sur la base desquels le litige sera tranché, que ces éléments soient des éléments de fait ou des éléments de droit. Un temps utile devra également leur être laissé afin de s'informer et de réagir* [749] ».

Enfin, le dernier point de contrôle est celui de la non contrariété à l'ordre public international[750].

573. — Sont donc exclus les griefs tirés de la dénaturation ainsi que ceux entraînant le juge à effectuer une révision au fond de la sentence[751]. Il en résulte un contrôle classique mais minimum au sein duquel on trouve celui de l'ordre public international qui sera ensuite développé.

B. — LE ROLE DE L'ORDRE PUBLIC

574. — Le contrôle du juge de l'exequatur tourne surtout en pratique autour de la contrariété à l'ordre public international. Ce dernier reçoit une définition différente de l'ordre public interne ; son champ est plus restreint. N'y sont comprises que les

---

[745] Art. 1502.3° du NCPC ; Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Droit du commerce international: Dalloz*, 2e éd., 2000, p. 391, n° 596

[746] Art. 1502.4° du NCPC

[747] Cass. Civ. 1Re, 5 févr. 1991, *Almira: Rev. Arb.*, 1991.625, note Idot

[748] CA Paris, 27 nov. 1987, *Rev. Arb.*, 1989.62, note Couchez

[749] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Op. Cit.*, p. 393, n° 597

[750] Art. 1502.5° du NCPC

[751] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Op. Cit.*, p. 389, n° 593

dispositions considérées comme essentielles du système juridique français: l'ordre public international est le cœur de l'ordre public interne.

575. — De la sorte, « *l'ordre public international français ne saurait reconnaître l'efficacité d'une sentence arbitrale rendue à l'issue d'une procédure qui n'aurait pas respecté les exigences élémentaires de justice*[752] », parmi lesquels on compte le respect du contradictoire, des droits de la défense. Il s'agit alors des conditions d'élaboration de la sentence. Mais cela peut tenir également à la substance de la sentence: la solution en doit pas être contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique français[753] comme peut l'être une sentence fondée sur une discrimination raciale ou religieuse.

576. — Par conséquent, le « *jeu de l'ordre public international se justifie ici car il s'agit d'accorder en France une pleine efficacité à une décision (la sentence arbitrale) qui ne résulte pas de l'activité de l'organe de l'ordre juridictionnel français* [754] ».

SECTION 2. — LA RECHERCHE DU DROIT APPLICABLE

577. — Le droit applicable à ce type de contrat international qu'est notamment le contrat d'État constitue une recherche difficile dans la mesure où les intérêts en jeu sont divers. Ils ne sont pas comparables et les motifs du différend nombreux. Les parties en présence défendent chacune un intérêt légitime[755]. Aussi, il conviendra d'étudier la position prise dans les sentences arbitrales afin de résoudre la question du droit applicable au contrat (§1), avant d'aborder les éléments auxquels se rattachent ces différentes sentences (§2). Ces éléments révèlent une certaine cohésion traduisant une conception de ce type de rapport.

---

[752] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, p. 972, n° 1652

[753] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Droit du commerce international: Dalloz*, 2e éd., 2000, p. 394, n° 599

[754] Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Op. Cit.*, p. 393, n° 598

[755] Prosper WEIL, *Écrits de droit international: PUF*, coll. Doctrine juridique, 2000, pp. 303 et s.

PARAGRAPHE 1. — LA POSITION DES SENTENCES ARBITRALES INTERNATIONALES

578. — L'arbitrage commercial international est détaché des systèmes juridiques mais s'en inspire dans ses sentences. Il manifeste une cohérence dans ses sentences relatives à notre objet par la préservation de l'autonomie de la volonté (I), laissant aux parties le soin de déterminer le droit applicable à leur contrat, mais les supplée en cas de défaut de choix (II) en tâchant de résoudre le différend au regard des intérêts en présence.

I. — LE FONDEMENT DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

579. — Les arbitres ont fait le choix de laisser la volonté des parties décider de la loi applicable à leur contrat. C'est donc l'appel à l'autorégulation qui est préconisé sans toutefois laisser à cette volonté tout pouvoir (A) dans la mesure où ce choix est encadré dans certaines limites (B). Il sera donc question de la marge de liberté ainsi laissée aux parties.

A. — UNE ORIGINE NON THEORISEE

580. — La problématique peut se résumer au point de savoir quel est l'ordre juridique qui confère à l'accord de volontés le caractère d'un acte juridique générateurs de droits et d'obligations , donne aux parties la faculté de choisir les règles de droit appelées à régir leurs relations[756]? En d'autres termes, quel serait l'ordre juridique de base du contrat ; sachant que celui se distingue de la loi applicable au contrat. Messieurs Weil[757] et Leben[758] considèrent qu'il s'agirait du droit international. Madame Lankarani El-Zein[759] conclut à l'inverse.

---

[756] Prosper WEIL, *Ecrits de droit international: PUF*, coll. Doctrine juridique, 2000, p. 359

[757] Prosper WEIL, *Op.Cit.*, pp. 351 et s.

581. — Selon Messieurs Weil et Leben, le contrat serait par nature de droit international dans la mesure où il serait conclu avec l'État souverain. Certains éléments permettant de le caractériser comme la présence d'une clause compromissoire, des clauses de stabilisation ou d'intangibilité de la législation, accompagnement des hommes d'affaires aux déplacements des chefs d'État, etc... Ce conception fut même reprise explicitement par Monsieur Dupuy dans la sentence *Texaco*[760] dans les termes suivants: « *l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat » est le droit international lui-même, cependant que "la loi qui régit le contrat" est le système de droit à double degré mis au point par les parties dans l'article 28* ».

Cependant, on relèvera une incohérence dans cette sentence. A savoir que l'ordre juridique de base étant le droit international, la qualification du contrat aurait dû être réalisée au moyen de celui-ci. Tel ne fut pas le cas puisque l'arbitre a retenu que le contrat était un contrat de droit privé au regard de la loi libyenne, loi de l'Etat partie au contrat. On en déduit que la qualification du contrat a été opérée au moyen de la loi étatique libyenne[761]. Ce n'est que dans un second temps qu'il a confronté la qualification au droit international.

Toujours est-il que suivant cette doctrine, le contrat tirerait sa force obligatoire du principe *Pacta sunt servanda*. Celui-ci serait différent de celui des traités et issu d'un naissant droit international des contrats rattaché au droit international public[762].

582. — Cependant, la règle *Pacta sunt servanda* se trouve établie dans toutes les nations[763]. Et « *voir dans le respect du contrat entre État et particulier une prétendue obligation du droit international public, qui engagerait l'État non seulement à l'égard du particulier, mais vis-à-vis de la communauté internationale* [764] » paraît excessif. On comprend alors moins bien le besoin de se référer au droit international ;

---

[758] Charles LEBEN, *L'évolution de la notion de contrat d'Etat: Rev. Arb*., 2003, n° 3, pp. 629 et s.

[759] Leila LANKARANI EL-ZEIN, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international: Bruylant*, coll. Droit international, 2001

[760] Sent., 19 janv. 1977, *Texaco-Calasiatic: JDI*, 1977, p. 350, comm. Lalive ; *AFDI*, 1977, p. 452 ; *Annexe*

[761] *Ibid*.

[762] Prosper WEIL, *Ecrits de droit international: PUF*, coll. Doctrine juridique, 2000, pp. 303 et s.

[763] Leila LANKARANI EL-ZEIN, *Op. Cit.*, p. 123

[764] Leila LANKARANI EL-ZEIN, *Op.Cit.*, p. 120

si ce n'est pour maîtriser l'aléa législatif. Les droits internes demeurent en mesure de donner au contrat sa force obligatoire.

B. — LE ''CHOIX'' DU DROIT PAR LES PARTIES

583. — Les parties peuvent donc choisir le droit applicable à leur relation contractuelle[765]. L'arbitre appliquera le droit déterminé par les parties.

L'État étant souverain, il ne peut être soumis à une loi étrangère. D'ores et déjà, l'alternative du recours à une loi tierce doit être rejeté. D'autant plus que le contrat poursuit l'intérêt général. Il semblerait que seul la loi de l'État partie puisse être requise de façon à ne pas traiter de façon différente les soumissionnaires locaux et étrangers.

Cependant, cette solution soulève la question de ce que Monsieur Weil a nommé « *l'aléa de souveraineté… qui dérive de la faculté pour l'Etat d'accueil d'user lors de l'exécution de l'accord, des pouvoirs qui en découlent, non pas de sa qualité de cocontractant mais de celle d'Etat souverain*[766] ».

584. — Pourtant cette solution est préférable parce qu' « *il est clair que certains États n'acceptent pas ce type de référence [au droit international]. C'est vrai, en particulier, des États du Moyen-Orient, d'Afrique du Nord, d'Amérique latine ou des États d'Europe Occidentale (Royaume-Uni, Norvège). Il est clair que la référence au droit international est obtenue auprès d'États qui ont un bargaining power*[767] *plus faible: États d'Afrique noire, d'Europe de l'Est, d'Asie du Sud-est* [768] ». Faut-il alors valider juridiquement des pratiques contractuelles obtenues par ascendance? Car « *la souveraineté est en effet devenue une protection des faibles et donc une limitation des Grandes Puissances* [769] ». Si les parties – État et société multinationale –

---

[765] Xavier BIRBES, *L'objet des négociations : RTDCom.*, 1998, n° 3, pp. 471 et s.

[766] Cité. *In*. Henry LESGUILLONS, *Lamy – Contrats internationaux : Lamy*, 1991, t. 2, mise à jour 2001, p. 3/149

[767] *Bargaining power*: pouvoir de négociations

[768] Charles LEBEN, *L'évolution de la notion de contrat d'Etat: Rev. Arb.*, 2003, n° 3, pp. 639-640

[769] Robert CHARVIN, *L'investissement international et le droit au développement: L'Harmattan,* 2002, p.59

parviennent à un certain équilibre des forces dans des domaines différents – juridique pour l'État, économique pour l'entreprise – la neutralisation du pouvoir normatif et des immunités de la personne publique rompt cette contre-puissance et met la personne publique au rang d'un quasi-particulier.

585. — Si l'attente d'une sécurité juridique de la part de l'entreprise est légitime[770], il va sans dire que ces sociétés contractant à l'étranger avec des personnes publiques savent qu'il n'est pas possible d'attendre la même stabilité que dans les pays développés. Elles le font pour accéder à de nouveaux marchés et en priver leurs concurrents directs. Et dans bon nombre de cas, elles essuient des pertes largement prévues, voire assurées par la COFACE. Effectivement existe un aléa législatif, mais dans la même mesure de l'aléa de puissance publique[771].

586. — Aussi un compromis pourrait être adéquat, résidant dans la pratique contractuelle des clauses de gel ou de stabilisation[772]. Ces clauses tendent à fixer dans le temps la loi applicable à leur contrat. Il ne s'agit en aucun cas d'empêcher un État de modifier sa législation lorsque l'intérêt général le requiert. Dans la durée d'exécution d'un contrat, il peut se manifester des nécessité, indépendantes du contrat en cours, les justifiant ; dès lors, la seule neutralisation est interne au contrat par le gel « *de tout ou partie de sa législation en vigueur au moment de la signature du contrat pour les besoins de l'application et de l'interprétation de ce contrat ou s'engage, à tout le moins, à ne pas aggraver les lois et règlements régissant les obligations du cocontractant*[773] ».

587. — Si entre acteurs privés, cela octroierait à l'autonomie de la volonté une très forte puissance, dans le cadre d'un marché public, il s'agirait là d'une neutralisation d'un pouvoir potestatif d'un contractant. Ce pouvoir consistant dans la modification de la législation applicable au contrat. En l'espèce se rencontrent des contractants, dont l'un a le pouvoir de modifier l'environnement juridique dans lequel le contrat

---

[770] Xavier BIRBES, *L'objet des négociations : RTDCom.*, 1998, n° 3, pp. 471 et s.

[771] Pierre MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État: JDI*, 1986, p. 48

[772] Prosper WEIL, *Ecrits de droit international: PUF*, coll. Doctrine juridique, 2000, p. 331

[773] Henry LESGUILLONS, *Lamy – Contrats internationaux : Lamy*, 1991, t. 2, mise à jour 2001, p. 3/171

s'insère, ce qui est vecteur pour le contractant privé d'imprévisibilité principalement en ce qui concerne les contrats d'investissement.

588. — La question de la validité de ces clauses de gel a suscité une controverse sur le point de savoir si la « *souveraineté des États doit s'effacer devant ses engagements contractuels ou si, au contraire, l'État détient un pouvoir inhérent – que ce soit par le jeu d'une clause tacite ou par tout autre mécanisme – de faire prévaloir les intérêts généraux dont il a la charge sur les droits contractuels qu'il a pu consentir à des étrangers*[774] ». Cette question n'ayant trait que de loin à notre sujet méritait d'être mentionnée sans, toutefois, pouvoir s'y attarder longuement et a une dimension prééminente dans le cadre de contrats d'investissement impliquant une relation contractuelle de longue ou moyenne durée.

589. — Enfin, certains auteurs tiraient du fait que l'État contractant ait accepté de renoncer à l'éventuel exercice de son pouvoir de modification unilatérale, la conclusion de la volonté de l'internationaliser. Or, loin de faire présumer cela, la renonciation « *tend plutôt à démontrer que le contrat "baigne" dans l'ordre interne: si tel n'était pas le cas, on comprend mal en bonne logique, pourquoi il serait nécessaire de stabiliser la législation ou la réglementation nationales puisque celles-ci, par définition seraient inopérantes* [775] ».

II. — EN L'ABSENCE DE CHOIX

590. — A défaut de choix exprès des parties, il revient à l'arbitre de déterminer le droit qu'il appliquera au contrat. Aussi, il aura la charge de résoudre le conflit de système auquel il est confronté (A) et de savoir s'il est préférable de le trancher ou de s'en extraire par le secours de la *lex mercatoria* (B).

---

[774] Prosper WEIL, *Op. Cit.*, p. 335

[775] Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique: Dalloz*, coll. Précis, 1re éd., 2003, p. 463, n° 1307

A. — LE CONFLIT DE SYSTEMES

591. — L'absence de choix exprès des parties de la soumission du contrat à une loi précisée révèle un contrat doté d'éléments d'extranéité. Dès lors, la question peut surgir de savoir à quelle loi soumettre le contrat. Ce contrat prend place dans l'échelle internationale et les contrats d'investissement ont révélé la difficulté de les soumettre au droit de l'Etat partie. En effet, des lois de nationalisation avaient exclu les investisseurs de l'exploitation de concessions pétrolières, notamment en Libye.

Ces contrats avaient été en l'occurrence qualifiés de contrats de droit privé[776] par les arbitrages de Messieurs Dupuy[777] et Mahmassani[778] dans les termes suivants: « *les activités du concessionnaire dans les concessions minières, pétrolières et analogues n'ont pas un caractère de service public, mais elles sont considérées comme des projets et entreprises de caractère privé* [779] ». Cette position ne serait plus soutenable aujourd'hui puisque ces contrats sont qualifiés d'accords de développement économique et entrent par là même dans la catégorie des contrats conclus *jure imperii*. L'État, en pareil cas, ne se comporte pas comme un simple commerçant, il poursuit un but d'intérêt général.

592. — Néanmoins, ces contrats présentent le trait commun de s'inscrire dans une relation de moyenne ou longue durée. La construction d'établissements publics, de voies ferrées, etc... nécessite une collaboration de longue durée[780] comme ce peut-être le cas de contrats de génie civil, de marchés de travaux publics. Il s'agit de livrer un ensemble en état de marche, d'instruire le personnel local, de transférer de la technologie ; voire même de gérer l'ensemble livré pendant un temps pour le compte du maître de l'ouvrage[781]. A alors été mis en exergue, le profond déséquilibre entre les contractants de la soumission au droit de l'Etat partie par la modification soudaine de

---

[776] Brigitte STERN, *Trois arbitrage, un même problème, trois solutions: Rev. Arb*., 1980, pp. 3 et s.

[777] Sent., 19 janv. 1977, *Texaco-Calasiatic: JDI*, 1977, p. 350, comm. Lalive ; *AFDI*, 1977, p. 452 ; *Annexe*

[778] Sent., 12 avril 1977, *Liamco c. Lybie*: Rev. Arb., 1980.132 ; *cf*. Brigitte STERN, *Trois arbitrage, un même problème, trois solutions: Rev. Arb.*, 1980, pp. 3 et s.

[779] Sent., 19 janv. 1977, *Texaco-Calasiatic: JDI*, 1977, p. 350, comm. Lalive ; *AFDI*, 1977, p. 452 ; *Annexe*

[780] Prosper WEIL, *Écrits de droit international: PUF*, coll. Doctrine juridique, 2000, p. 307

[781] Charles LEBEN, *L'évolution de la notion de contrat d'Etat: Rev. Arb*., 2003, n° 3, p. 632

l'environnement législatif du contrat. S'ensuivait une insécurité juridique pour l'investisseur et l'argument de l'inadaptation de la loi de l'Etat partie comme *lex contractus* fut développé.

Contracter avec un État implique que ses attributs de souverain constituent des instruments actifs ; on compte parmi ceux-là le pouvoir de modifier la législation. Il est alors question de déterminer un droit neutre des parties. La problématique jusqu'alors exposée était d' « *assurer le protection du cocontractant de l'État sans pour autant sacrifier le pouvoir irréductible de la puissance publique de veiller à chaque instant à la sauvegarde de l'intérêt général ; garantir les droits souverains de l'État sans pour autant sacrifier son cocontractant* [782] ». La technique contractuelle a donc insufflé ce mouvement d'extraction du contrat du droit national.

593. — La nécessité de détermination du droit appelle le droit international privé. En matière de marché public, celui-ci ne peut permettre de déterminer le droit applicable dans la mesure où il a pour vocation de régler les conflits de lois dans un litige opposant des personnes privées et concerne donc les intérêts privés[783]. Son objet se limite donc aux relations relevant du droit privé. Il ne saurait être adapté à la détermination de la loi applicable au contrat conclu *jure imperii* d'une personne publique.

594. — C'est donc dans la loi de la personne publique qu'il faut rechercher la détermination de la loi applicable à la relation contractuelle afin de déterminer si le contrat est de droit public ou de droit privé et le régime qu'il doit suivre. Dans la sentence *Texaco*, Monsieur Dupuy[784] avait ainsi qualifié le contrat de concession pétrolière de contrat de droit privé au regard de la loi libyenne.

B. — LA REFERENCE A LA *LEX MERCATORIA*

595. — Le principe de l'autonomie de la volonté permet aux contractants de faire une référence à la *lex mercatoria*. Cependant, cette initiative apparaît peu opportune.

---

[782] Prosper WEIL, *Écrits de droit international: PUF*, coll. Doctrine juridique, 2000, p. 317

[783] Henri BATTIFOL et Paul LAGARDE, *Traité de droit international privé: LGDJ*, t. 1, 8e éd., 1993, p. 12, n° 2

[784] Sent., 19 janv. 1977, *Texaco-Calasiatic: JDI*, 1977, p. 350, comm. Lalive ; *AFDI*, 1977, p. 452 ; *Annexe*

Concernant les contrats *jure imperii* des personnes publiques, il semble difficile d'admettre la référence à la *lex mercatoria* dans la mesure où il s'agit de règles créées par la *societas mercatorum* (société des marchands), élaboration à laquelle n'ont pas participé les personnes publiques. En effet, ces marchands ont exprimé des pratiques normatives à leur propre destination et en considération de leurs propres intérêts, principalement économiques. La personne publique a en charge des considérations sans rapport avec ceux-ci et dès lors, la *lex mercatoria* ne saurait constituer un ensemble de règles lui convenant.

596. — Il a été suggéré de déduire de certains éléments du contrat une volonté de se soumettre à la *lex mercatoria* ; tels l'insertion d'une clause compromissoire, le recours à certains types d'arbitrage. Or, il ne semble pas que la clause compromissoire n'exprime autre chose que le choix de la technique arbitrale pour le traitement de litiges éventuels[785]. Ainsi que cela a pu être souligné par certains auteurs, « *elle ne saurait, cependant, en l'état actuel, prétendre à la qualité de norme générale supplétive de la volonté des parties, applicable aux rapports du commerce international* [786] ».

Rien n'empêche une personne publique de s'y référer, mais elle doit le faire expressément et ne saurait constituer un instrument de résolution des différends en l'absence de détermination du droit applicable dans le cas des marchés publics à l'échelle international ; que ce soit en opportunité ou par défaut.

PARAGRAPHE 2. — LE CONTRAT EXTRAIT DU DROIT INTERNE

597. — Les contrats conclus entre un État et une personne privée étrangère font l'objet d'une controverse jurisprudentielle qu'il ne s'agira pas de trancher ici. Toutefois, il sera possible d'extraire certains éléments permanents au regard des clauses insérées

---

[785] Régis FABRE, Jean-Marc MOUSSERON, Jean-Luc PIERRE et Jacques RAYNARD, *Droit du commerce international: Litec*, 2e éd., 2000, p. 68, n° 106

[786] Régis FABRE, Jean-Marc MOUSSERON, Jean-Luc PIERRE et Jacques RAYNARD, *Op. Cit.*, p. 68, n° 107

dans ceux-ci dont la lecture contractualiste des principes généraux du droit international (I) assortie de l'exigence d'un encadrement systémique du contrat (II).

I. — LA LECTURE CONTRACTUALISTE DES PRINCIPES GENERAUX DE DROIT INTERNATIONAL

598. — Les contrats conclus par les États avec des personnes privées étrangères font référence aux principes généraux du droit sous différentes formulations. Dès lors « *qu'un État est partie à un contrat, il lui est loisible, en tant que souverain, de soumettre – ou d'accepter de soumettre – le contrat à des normes de droit international, ce dont "bénéficiera" éventuellement son cocontractant* [787] ». Toujours est-il qu'ils tendent à rendre neutre le droit applicable à leur relation contractuelle afin d'instaurer un climat de confiance entre les contractants. Il conviendra d'évoquer la source en pareil cas de la force obligatoire du contrat (A), avant d'aborder le fondement de son effet relatif (B).

A. — LA REFERENCE AUX PRINCIPES GENERAUX DE DROIT

599. — On trouve parmi les clauses contractuelles des références aux « *principes généraux du droit* », « *principes de droit* », « *principes juridiques généralement reconnus* », « *principes de droit reconnus par les nations civilisées* » etc... Certains contrats sont plus explicites et se réfèrent expressément aux principes généraux de l'article 38 du statut de la Cour: « *ce sont alors de toute évidence, les principes généraux de droit tels que le droit international les applique sur le fondement de l'article 38 du statut de la Cour qui sont visés et seuls visés*[788] ».

600. — Monsieur Weil pense que « *sans doute faut-il ne voir là qu'un simple flottement terminologique, ces diverses formules pouvant, sans risque d'erreur, être tenues pour*

---

[787] Quoc Dinh NGUYEN, Patrick DAILLIER et Antoine PELLET, *Droit international public: LGDJ*, 6e éd., 2001, p. 1048, n° 642

[788] Prosper WEIL, *Écrits de droit international: PUF*, coll. Doctrine juridique, 2000, p. 382

équivalentes[789] ». Pourtant la Cour Permanente de Justice Internationale[790] a déclaré que le « *"sens des mots principes du droit international" ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale. Quant aux "principes généraux du droit", ils sont interprétés comme se confondant avec les principes généraux des droits internes* [791] ». Il convient donc de redéfinir les notions: « *les principes généraux du droit international ne sont pas tous des principes généraux du droit, les principes généraux du droit sont par définition même, communs à l'ordre juridique international et à l'ensemble des ordres juridiques* nationaux [792] ». Monsieur Dupuy le souligne dans la sentence *Texaco*: « *Tout droit national est porteur de principes généraux de droits tels que ceux-ci sont prévus par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice... ; l'application du droit national n'exclut pas celle des principes généraux du droit, lesquels font eux-mêmes partie du droit international* [793] ».

Il est admis aujourd'hui que les parties peuvent soumettre leur contrat au droit international. La Convention de Washington y recourt par ailleurs. Son article 42 §1 prévoit que « *le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties* », puis il ajoute que « *faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflit de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière* ». Sur « *l'expression "droit international" [...]. Elle doit être interprétée "au sens de l'article 38 §1 du Statut de la Cour internationale de Justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38 est destiné à s'appliquer à des différends étatiques* [794] ».

601. — La référence aux principes généraux du droit international impliquera alors qu'il s'agira des principes de l'article 38 de la Cour internationale de Justice. Certains

---

[789] Prosper WEIL, *Écrits de droit international: PUF*, coll. Doctrine juridique, 2000, p. 382

[790] CPJI, Sept. 1927, *Lotus*, série A, n° 7

[791] Brigitte STERN, *Trois arbitrages, un même problème, trois solutions: Rev. Arb*., 1980, pp. 3 et s.

[792] Prosper WEIL, *Op.Cit.*, p. 393

[793] Sent., 19 janv. 1977, *Texaco-Calasiatic: JDI*, 1977, p. 350, comm. Lalive ; *AFDI*, 1977, p. 452 ; *Annexe*

[794] Charles LEBEN, *L'évolution de la notion de contrat d'État: Rev. Arb*., 2003, n° 3, p. 642

auteurs y voient l'émergence d'un droit international des contrats affectant les principes « *d'un coefficient afin de les adapter aux spécificités de la matière des contrats, tant et si bien que, sur bien des points, le droit international des contrats comportera une autonomie certaine au sein de l'ensemble du droit international* [795] ». De la sorte, il ne s'agit pas de « *désigner un ordre juridique spécifique aux contrats d'État, mais pour désigner une des branches contemporaines du droit international public* [796] ».

Pour l'heure, ce droit international des contrats n'a pas encore d'existence suffisamment développée.

B. — L'INTERNATIONALISATION SUBSEQUENTE

602. — Néanmoins, ces clauses « *dans la mesure où elles mettent le droit interne sous le contrôle du droit international, retirent à l'État le droit de modifier celui-ci de façon à porter atteinte au contrat signé. Toute modification unilatérale adoptée par voie législative ou autre sera refusée par le tribunal arbitral si elle apparaît contraire au principe Pacta sunt servanda souscrit au niveau du droit international*[797] ».

Le droit international a alors une double fonction: « *celle de combler les lacunes du droit étatique applicable et celle d'en corriger le contenu en cas d'incompatibilité avec le droit international* [798] ». Mais cette référence au droit international « *ne signifie pas que le contrat soit de droit international. Il signifie simplement que pour les besoins de l'interprétation ou de l'application du contrat, des emprunts peuvent être faits en droit international – celui-ci pouvant fort bien ne jouer qu'un rôle interstitiel par rapport au droit national* [799] ».

---

[795] Prosper WEIL, *Écrits de droit international: PUF*, coll. Doctrine juridique, 2000, p. 405

[796] Maurice KAMTO, *La notion de contrat d'État: une contribution au débat: Rev. Arb*., 2003, n° 3, p. 741

[797] Charles LEBEN, *L'évolution de la notion de contrat d'État: Rev. Arb*., 2003, n° 3, p. 641

[798] Charles LEBEN, *L'évolution de la notion de contrat d'État: Rev. Arb*., 2003, n° 3, p. 656

[799] Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique: Dalloz*, coll. Précis, 1re éd., 2003, p. 461, n° 1305

603. — Ce droit international serait alors le droit international des contrats décrit par Monsieur Weil[800] et soumis au principe *Pacta sunt servanda*, déjà évoqué. Dès lors, il n'y aurait aucune différence entre le contrat fondé dans l'ordre international et régi par la loi nationale et le contrat fondé et régi dans le droit national sous réserve du droit international. Les mêmes principes de bonne foi, d'exception d'inexécution, et de force obligatoire du contrat auraient lieu de jouer. Rappelons que ces principes seraient extraits de l'article 38 des Statuts de la Cour internationale de Justice.

II. — LE NECESSAIRE ENCADREMENT SYSTEMIQUE

604. — Toutefois, de nombreux auteurs rejettent toute idée d'un contrat sans loi, sans accroche dans un droit étatique (A). Dès lors, il importera de déterminer les rôles respectifs du droit international et du droit étatique applicable (B).

605. — Pour Monsieur Mayer, le contrat d'État est un contrat sans loi, les rapports contractuels ne sont soumis à aucun ordre juridique, et il appartiendrait aux arbitres d'inventer des règles propres aux rapports transnationaux en s'inspirant des principes généraux de droit et en les adaptant aux spécificités des contrats d'État[801]. Si d'un point de vue neutralité, cette position peut être admise et amènerait à neutraliser le pouvoir normatif de l'État partie au contrat. Elle se justifie encore dans l'impossibilité de soumettre l'État, dans ses activités *jure imperii*, à la loi d'un Etat tiers et dans la nécessité de protéger l'entreprise contractante. Mais cela reviendrait à traiter différemment les contractants locaux des contractants étrangers pour un même type de contrat, ce qui est plus gênant et ferait figure de dérogation. On ne voit pas très bien la différence de situation qui le justifierait.

606. — En 1929, la Cour Permanente de Justice Internationale avait posé clairement que « *tout contrat qui n'est pas un contrat entre États en tant que sujet de droit international, a son fondement dans une loi nationale* [802] ». La sentence *Aramco*[803]

---

[800] Prosper WEIL, *Écrits de droit international: PUF*, coll. Doctrine juridique, 2000, pp. 351 et s.

[801] Pierre MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État: JDI*, 1986, pp. 5 et s.

[802] CPJI, 12 juil. 1929, *Affaire des emprunts serbes: Rec.*, série A, n° 20, p. 41 ; *JDI*, 1929.977 ; *D.P.*, 1930.II.45

précise cela et considère que « *il est certain qu'un contrat quelconque ne peut pas exister in vacuo, mais doit reposer sur un droit ; ce n'est pas une opération abandonnée à la volonté des parties,... la volonté ne peut engendrer un rapport conventionnel que si le droit dont elle relève lui en donne préalablement le pouvoir* ». (Sur ce point. V. *supra*). Comme le souligne Madame Lankarani El-Zein, il n'y a à cela « *rien d'étonnant, pour ceux qui, contrairement à une doctrine minoritaire, n'estiment pas que la volonté des parties dans un contrat international puisse créer un ordre juridique autonome, dans lequel elle puise sa juridicité en même temps qu'elle le crée* [804] ».

607. — Dès lors, seul le droit interne en matière de marché public apparaît justifié. D'autant plus que « *ce recours au droit international ne peut cependant avoir qu'une portée limitée et n'exclut pas le recours aux droits étatiques. En effet, les règles du droit international constituent un corps insuffisamment développé et peu adapté pour constituer le droit supplétif nécessaire à l'interprétation de contrats économiques sophistiqués*[805] ».

608. — Messieurs Mann et Jacqué font observer à juste titre que, dans un tel contrat, les contractants peuvent « *s'ils le désirent, soumettre leur rapport au droit international public. Il ne s'agit que d'une possibilité et l'internationalisation doit résulter de la volonté des parties* [806] ». Il s'agira d'une volonté des parties, un État désireux d'attirer des contractants potentiels[807], cette faculté doit pouvoir lui être réservée.

---

[803] Sent., *Aramco: Rev. Crit. DIP*, 1963.312

[804] Leila LANKARANI EL-ZEIN, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international: Bruylant*, coll. Droit international, 2001, p. 16

[805] Henry LESGUILLONS, *Lamy – Contrats internationaux : Lamy*, 1991, t. 2, mise à jour 2001, p. 3/187

[806] J.P. JACQUE, Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public: LGDJ, 1972, pp. 278 et s. Cité *in*. Leila LANKARANI EL-ZEIN, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international: Bruylant*, coll. Droit international, 2001, p. 9

[807] Charles LEBEN, Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat. *In. Varii Auctoris, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle: Litec*, Mél. en l'honneur de Philippe Kahn, vol. 20, 2000, p. 170

CONCLUSION CHAPITRE 2

609. — Le recours à l'arbitrage commercial international repose sur l'insertion d'une clause compromissoire valable. Cette faculté a été ouverte aux personnes morales de droit public pour les contrats internationaux, de façon dérogatoire à la prohibition générale édictée. Il faut encore que le différend s'inscrive dans une opération économique internationale, rejetant la notion technique de *"commercialité"*. Les marchés publics peuvent donc en faire partie.

610. — Or, en matière d'arbitrage, une large place est laissée à la volonté des parties, notamment au sujet du droit applicable à la relation contractuelle. Après avoir exclu la référence à la *lex mercatoria* en raison de son caractère inadapté dû à ses sources et ses destinataires: la société des marchands, il s'est avéré que la référence au droit international était souvent utilisée par la technique contractuelle. Cependant, la technique contractuelle en question est de façon principale utilisée à l'encontre d'États faibles et revient à rendre déséquilibrée, une relation équilibrée de façon indirecte au départ. En effet, les parties se trouvant dominantes dans leurs domaines respectifs: juridique pour l'État, économique pour l'entreprise. De nombreuses études reposaient justement sur cet équilibre pour conclure à l'internationalisation du contrat. Il semble cependant qu'il faille préférer le droit interne en matière de marchés publics internationaux. D'une part, cela éviterait un traitement différent selon la nationalité de l'attributaire ; d'autre part, cela ouvrirait la possibilité à ces États de négocier les clauses de gel, compromissoires, d'*electio juris*, etc... afin de d'attirer les contractants mais dont le recours doit rester à la discrétion des États ; enfin, cela éviterait un contrat *in vacuum* dont on n'est pas certain de l'origine de la force obligatoire. Car même la *lex mercatoria* tire sa force de la reconnaissance dont elle fait l'objet de la part des systèmes juridiques.

611. — Au-delà, les sentences arbitrales bénéficient aujourd'hui d'une large circulation dont la reconnaissance et l'exécution devraient impartir, en matière de marchés publics, au juge administratif. Celui-ci ne rejette pas d'y procéder. Auquel cas, comme dans 132 autres États, la sentence sera régie par la Convention de New York qui a uniformisé les conditions de sa circulation. Le contrôle sera donc un contrôle

minimum et de l'ordre public ; précision étant faite qu'il s'agit là de l'ordre public international entendu comme le noyau dur de l'ordre public interne.

CONCLUSION TITRE 2

612. — Avant d'arriver à l'instance arbitrale, il a s'agit de s'interroger sur la faculté de compromettre de la personne publique. A cet égard, il importait de distinguer les activités *jure imperii* des activités *jure gestionis*. Dans les secondes, la personne publique agit comme un particulier et dès lors, ne justifie pas un traitement spécifique de ce fait. Pour les premières, il convenait de faire une autre distinction, à savoir que le contentieux arbitrable ne saurait autre que le contentieux subjectif. Le caractère administratif du contrat ne fait pas obstacle à son arbitrabilité. Néanmoins, les actes détachables du contrat de marché public doivent demeurer soustraits à l'arbitre, car ils excèdent son pouvoir de trancher *inter partes*.

613. — Cependant, il existe en droit français une prohibition du recours à l'arbitrage des personnes publiques. Néanmoins, celle-ci ne concerne plus aujourd'hui que les contrats de droit interne. La faculté a été ouverte pour les contrats internationaux afin de ne pas entraver les échanges économiques internationaux et en raison de la pression de cocontractants privés étrangers. En effet, les entreprises manifestent une méfiance à l'égard des juridictions étatiques étrangères suspectées de partager la même culture juridique, les mêmes considérations et donc de manquer d'impartialité. Aussi, il doit pouvoir être procédé à un arbitrage commercial international. Il est entendu au sens économique, à savoir qu'il n'est pas fait référence à la notion juridique de commercialité mais à l'idée d'une opération économique internationale emportant flux d'échange.

Dès lors, l'organisation de l'instance arbitrale est laissée à la liberté des parties. Il est, le plus souvent, recouru aux règlements préétablis ou fait référence à un centre d'arbitrage permanent disposant de son propre règlement.

614. — La controverse réside dans la détermination de l'ordre juridique de base du contrat et du droit qui lui est applicable. Les sentences ayant retenu le fondement en droit international n'en ont pas moins qualifié le contrat à partir du droit de l'État partie. En raison de cette contradiction, il n'est pas permis d'en tirer de conclusion. Enfin, il apparaît plus judicieux que le contrat trouve son fondement dans un système juridique étatique afin d'éviter l'écueil d'un contrat sans loi, et au regard de la

décision de la Cour Internationale de Justice de 1929 qui requiert que tout contrat – hors contrat entre États – soit fondé sur une loi étatique.

615. — Il a été argué de la pratique contractuelle faisant référence au droit international pour caractériser un contrat international. Or, si la possibilité doit être offerte d'y procéder, il n'en demeure pas moins que ce type de clause est inséré dans les contrats conclu auprès de personnes publiques ne disposant pas d'un fort pouvoir de négociation. Il en est de même des clauses de gel, compromissoires et des renonciations aux immunités.

De plus, la doctrine d'internationalisation s'appuie sur la présence de ces clauses pour caractériser une catégorie spécifique de contrats et raisonne sur le postulat de parties sur un pied d'égalité. Or, tel n'est pas le cas. Dans la mesure où ces clauses sont effectives, un déséquilibre s'introduit dans la relation. L'égalité juridique certes est activée, mais s'ensuit une puissance économique du contractant privé non canalisée. Or, c'est dans la domination dans des domaines différents, économique et juridique, que l'équilibre s'établissait entre les parties.

Il en résulte qu'il serait préférable que le contrat soit de droit interne et soumis au droit interne, tout en laissant à la discrétion de la personne publique d'insérer ces clauses si elle les trouve appropriées. Mais de leur présence, aucune généralité ne saurait être extraite.

616. — Le litige tranché, il importe aussi de s'attacher à la circulation de la sentence. A cet égard, la Convention de New York a uniformisé les conditions de reconnaissance et d'exécution des sentences internationales et donnent à l'arbitrage tout son intérêt.

CONCLUSION PARTIE 2

617. — L'arbitrabilité du contentieux de marchés publics soulève des difficultés dans la mesure où il convient de faire des distinctions. En France, la prohibition demeure pour les contrats internes, mais une faculté est ouverte pour les contrats internationaux depuis la loi de 1986, consécutive à l'avis *Eurodisneyland* et quelques hypothèses résiduelles. En effet, les contrats de droit privé des personnes morales de droit public en sont susceptibles, en tant que contrats conclus *jure gestionis ;* les marchés publics, contrats de droit administratif par détermination de la loi ne le sont pas, sauf contrats internationaux. Mais l'insertion d'une clause compromissoire devrait être opposable à la personne publique afin d'éviter qu'elle ne s'en dégage en invoquant ses dispositions internes car elle aurait alors créé une croyance chez son cocontractant, pouvant avoir déterminé son cocontractant. Le contentieux objectif devrait néanmoins demeurer de la compétence des juridictions étatiques, mais rien ne s'oppose à l'arbitrabilité du contentieux subjectif.

618. — Dans le cadre des marchés publics internationaux, il s'est avéré une impossibilité de généraliser une quelconque catégorie spécifique de contrat dans la mesure où dans de nombreuses hypothèses, le droit applicable au contrat résulte des stipulations contractuelles. Il serait même dangereux d'y voir une catégorie de contrat d'Etat, exposé étant fait de l'introduction de ses clauses caractéristiques dans la relation à un contractant étatique en situation de dépendance. Cette technique contractuelle ne peut cependant pas être condamnée en ce qu'elle rend attractifs certains marchés, mais une généralisation de la pratique serait dangereuse car obtenue dans une relation déséquilibrée. En effet, dès lors que le rapport de force s'équilibre, préférence est donnée au droit de l'Etat-contractant.

619. — Compte tenu de la spécificité des intérêts en jeu, s'est développée une instance arbitrale mixte : le CIRDI, faisant d'ailleurs application du droit de l'Etat-partie sous réserve de non-contradiction au droit international. Mais, il peut s'agir d'un tribunal arbitral *ad hoc* qui requiert une prévision des parties. Toute latitude leur est laissée quant à l'organisation de celui-ci, avec à leur disposition, des règlements d'arbitrage-types élaborés par la CNUDCI, les chambres de commerce international. Ce peut également être un centre d'arbitrage permanent. En toute hypothèse, il doit être

désigné un ou plusieurs arbitres et respecté le principe du contradictoire ainsi que les droits de la défense.

620. — La sentence arbitrale est dotée de l’autorité de chose jugée mais ne peut circuler par elle-même. Aussi, la Convention de New York, largement ratifiée, en permet la circulation et l’exécution en uniformisant les exigences de l’exequatur. En France, il demeure préférable de recourir au droit commun de l’exequatur, au contrôle moins strict.

CONCLUSION

621. — Les marchés publics internationaux se caractérisent par la présence d'un élément d'extranéité. Ils constituent un marché convoité par les entreprises et s'inscrivent dans un processus de multilatéralisation des échanges économiques. Plusieurs initiatives sont venues normaliser les règles de passation des marchés publics parmi lesquelles on compte celle de la Commission pour le Droit Commercial International (CNUDCI) et l'Accord plurilatéral sur les Marchés Publics (AMP) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC).

622. — Les instruments internationaux jouent aussi un rôle dans les droits nationaux des marchés publics. La Loi-type de la CNUDCI a vocation à s'intégrer dans un système juridique par la voie de l'introduction d'un droit des marchés publics, ou de la rénovation lorsqu'il est déjà existant. Quant à l'AMP, il a le caractère d'un accord international et porte, parmi ses dispositions, une obligation des Etats-partie de mettre leur législation en conformité. Un Comité a été créé afin de la contrôler et la suivre. La Communauté Européenne a donc dû apporter des modifications à ses Directives *Marchés Publics* suite au constat de la différence de traitement entre ressortissant communautaires et soumissionnaires d'Etats-partie à l'Accord, dans un sens favorable à ces derniers. De plus, un problème de lisibilité se faisait jour avec un concours de normes compliquant la tâche des pouvoirs adjudicateurs. Par conséquent, les instances européennes ont préféré faire correspondre les textes. Cependant, le champ des contrats appréhendé par le droit communautaire est autrement plus vaste que celui saisi par l'AMP. L'AMP, du reste, n'est pas invocable devant les juridictions communautaires et donc, les soumissionnaires ne peuvent arguer de sa violation. Seules les requêtes fondées sur les Directives afférentes seront reçues, posant la question des discordances entre les textes.

623. — Les deux textes internationaux étudiés tendent à un développement de ces échanges mais diffèrent dans leur philosophie et leurs moyens. la Loi-type de la CNUDCI opère une pondération des intérêts en jeu en intégrant les impératifs du développement dans la structure de son texte. L'AMP révèle une approche protectrice de la concurrence par un encadrement strict de l'activité de l'entité adjudicatrice.

La compatibilité même de ces deux instruments est hypothétique compte tenu des approches retenues, sauf à s'en éloigner. La Loi-type présente la qualité d'un certain

pragmatisme et de répondre aux nécessités des pays en voie de développement. Cependant, elle ne saurait être que transitoire en raison de son niveau d'exigence. L'AMP se place à un niveau d'ouverture tel que ces mêmes Etats y voient un instrument de néo-colonisation sous forme économique. Aussi, afin de leur être attractif, il prévoit des possibilités de dérogation justifiées par les contraintes du développement. Seulement, celles-ci doivent être négociées : il n'y a donc pas de droit acquis à ce faire, et figurent comme des faveurs.

624. — En effet, les Etats ne sont pas égaux face aux marchés publics. Leurs besoins à satisfaire bien qu'étant identiques, les ressources disponibles à cette fin diffèrent. Aussi, les marchés publics internationaux se caractérisent par les différences de situation entre les Etats. Celles-ci justifient certaines dispositions ; en effet, si la première conséquence de la passation d'un marché public est le paiement de la prestation, la seconde en est l'insufflement dans l'économie locale. Dans une configuration internationale, cette seconde conséquence disparaît et vaut sortie de devise et donc, appauvrissement. Il se comprend mieux alors que la Loi-type prévoit une discrimination positive sur la nationalité au profit des soumissionnaires locaux. Il s'agit de la prise en considération de la nécessité de réamorcer ces économies. Cette hypothèse est impossible au sein de l'Union Européenne en raison du principe de non-discrimination et se justifierait mal.

625. — Les instruments internationaux se distinguent donc dans leurs philosophies. La CNUDCI a intégré dans ses dispositions l'impératif du développement pour les Pays en Voie de Développement (PVD) en pondérant l'ouverture des marchés. Bien que l'AMP ouvre la faculté de déroger à ses règles, les motivations diffèrent. La CNUDCI prescrit l'ouverture internationale des marchés comme instrument de développement et facteur de ‘’*déblocage*’’ des économies; l'AMP perçoit l'inaccessibilité de ceux-ci comme une forme de protectionnisme. Or, la vocation de l'Organisation Mondiale du Commerce est justement la suppression de toute forme de protectionnisme.

Ils se distinguent, sur certains points, du droit communautaire qui s'appuie sur le Traité UE pour assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires, là où l'AMP comporte des dispositions précises à chaque stade de la procédure.

626. — Néanmoins les textes convergent sur la recherche d'égalité. Elle va se manifester au travers de la procédure de passation comme un impératif de l'attractivité du marché et une objectivité de la passation.

Il s'agit d'assurer une meilleure accessibilité à la commande publique. Les moyens utilisés à cette fin sont la publication large des avis à la concurrence puisque le rayonnement de l'information est justement pris en considération comme entrave à l'égalité d'accès à la commande publique, la promotion de la traduction des documents est précisée. Il s'agit là de deux pièces maîtresses de l'ouverture à la concurrence internationale puisqu'elles permettent d'apprécier l'opportunité de la soumission et de faire émerger certains marchés négligés. La traduction n'est cependant pas obligatoire puisque les facteurs de coût, de temps peuvent justifier son inexécution. Néanmoins, elle devra être faite pour les marchés d'importance en valeurs : l'accroissement de cette valeur induisant, dans la logique de ces textes, un accroissement de la probabilité des soumissions internationales.

Les textes se rencontrent encore sur l'égalité dans la concurrence. Les soumissionnaires sont placés dans une situation de concurrence encadrée par les règles de passation. Il incombe à l'entité adjudicatrice de généraliser les informations supplémentaires, sollicitées ou non par les participants, à tous les candidats. A défaut, l'acheteur public octroierait un avantage concurrentiel à un des candidats. Dès lors, l'égalité de traitement l'impose sous la forme d'une égalité dans la concurrence.

Nous retrouvons enfin l'exigence d'égalité de la concurrence par l'élaboration d'un instrument de base commun. En effet, il incombe à l'entité adjudicatrice de définir son besoin dont elle aura extrait les caractéristiques au moyen de termes techniques normalisés. Ceux-ci doivent être non-discriminatoires. La définition par marque, ou autres, ne peut être réalisée que s'il n'existe aucune autre alternative ou si le besoin le requiert. On ne saurait de la sorte reprocher à un soumissionnaire de proposer une même fonctionnalité en usant d'une technique différente. La satisfaction du besoin étant la finalité du marché public, elle est obtenue par la fonctionnalité recherchée. Il suffirait de la détention d'un brevet sur une technique pour que la mise en concurrence devienne factice et les entrepreneurs ou fournisseurs intéressés dans l'impossibilité de soumissionner. De ce point de vue, des procédures spécifiques existent. Il s'agit donc d'assurer l'égal accès à la commande publique et

l'égalité dans la concurrence afin que cette définition ne prive pas certaines entreprises de soumissionner.

627. — Mais placés sur un pied d'égalité, les concurrents vont œuvrer pour se différencier les uns des autres dans une recherche de compétitivité interne au marché public. Les participants y retrouvent leurs concurrents du marché privé et par conséquent, en importent les rivalités. Ils s'organisent afin d'accroître leur compétitivité et rompre l'égalité dans laquelle ils se trouvent. Cela se manifeste par des groupements de prestataires ou le recours à la sous-traitance. Il s'agit alors de s'adjoindre des capacités complémentaires ou supplémentaires. Ces groupements peuvent prendre la forme contractuelle ou sociétaire. Mais ils demeurent sous le contrôle du droit de la concurrence.

Dans ce cadre, la société multinationale devient un instrument performant dans la mesure où elle peut recourir aux ressources internes et réaliser des économies d'échelle. Elle a, en sus, déjà fait l'objet d'un contrôle des concentrations. Elle dispose donc d'une réactivité supérieure aux groupements momentanés de prestataires par ces capacités. Réactivité accrue par la flexibilité de ses ressources en fonction du besoin communiqué par l'acheteur public.

628. — A l'égard des participants, la tâche de l'entité adjudicatrice est donc d'assurer une mise en concurrence régulière. Son propre intérêt est qu'elle soit efficace pour réaliser le meilleur achat. Les intérêts des acteurs convergent donc sur l'opportunité de la procédure de passation

629. — L'offre remise subit donc une évaluation de l'entité adjudicatrice par confrontation aux critères préétablis. Les critères d'attribution peuvent être multiples et hiérarchisés ou unique : c'est l'adjudication.

L'attribution vaut conclusion du contrat pour la CNUDCI tandis que l'AMP garde le silence sur ce point. Mais toujours, la proposition retenue sera communiquée aux participants. Ils sont alors en mesure de vérifier la régularité de la passation et donc, le respect de l'égalité des soumissionnaires, de la concurrence et dans la concurrence.

630. — Le soumissionnaire étranger demeure soumis à des contraintes irréductibles parmi lesquelles on compte le transport de matériels et l'expatriation de la main d'œuvre. Sa proposition doit être formulée en incluant ces coûts faisant se

développer la pratique de la sous-traitance locale ou la création d'un établissement local ; celle-ci permet des réductions de coûts fixes, dispose d'une approbation sociale et participe à la compétitivité de la société, souvent multinationale. Les marchés publics sont des moyens de s'ouvrir de nouveaux marchés, privés cette fois et de pallier la saturation des marchés exploités.

631. — La recherche d'égalité va encore émaner des parties. Le cocontractant de l'administration est souvent en situation de puissance économique. L'administration en situation de puissance juridique. Par conséquent, la relation peut être considérée comme globalement équilibrée. Cependant, les parties vont tâcher de s'assurer d'une certaine égalité par la voie contractuelle. Si bien que s'est développée dans la pratique contractuelle des clauses particulières neutralisant les attributs de souveraineté de l'Etat et protégeant le contractant étranger. Certains auteurs y ont vu une nouvelle catégorie de contrat : les contrats d'Etat. Néanmoins, il apparaît dangereux de généraliser des pratiques concrétisées dans un rapport de force déséquilibré. En effet, ces clauses disparaissent dès lors que les contractants sont sur un pied d'égalité. Elles doivent être circonscrites aux nécessités d'attraire des contractants car les attributs de souveraineté prennent alors la forme d'instrument de protection. Leur neutralisation aboutirait à une égalité certes juridique, mais globalement déséquilibrée.

632. — Elles consistent pour une part, à neutraliser l'aléa législatif afin de sécuriser l'environnement juridique du contrat, et pour une autre part, à extraire le contrat du droit interne par des références au droit international, voire le choisir en tant que *lex contractus*. Toujours est-il que depuis la jurisprudence des *Emprunts Serbes*, il est exigé que, hors les contrats entre Etats, tout contrat doit être rattaché à un ordre juridique. De là, il est évident que le contrat ne saurait être sans loi.

633. — La motivation principale des cocontractants au regard du contrat et de l'arbitrage réside dans la recherche de neutralité vis-à-vis de la personne publique contractante. Le droit international présentait l'avantage d'être indépendant des parties et neutre. Le recours à l'arbitrage repose sur le même débat, à savoir l'incertitude de l'impartialité des juges étatiques.

634. — Au vu de ces éléments, certains auteurs ont voulu rattacher ces contrats au droit international. Or, il nous semble que préférence doit être donnée au droit national de

l'Etat–contractant. Un Etat ne saurait être soumis à la loi d'un Etat-tiers ; le droit international et la *lex mercatoria* apparaissent inadaptés en l'espèce ; ils ne lui sont pas destinés. Si effectivement un risque politique ou de solvabilité existe dans ce type de contrats, il sont souvent assurés par la COFACE pour la France et surtout sont inhérents aux différences de développement entre les Etats. Les expatriés, que j'ai côtoyés, se plaisent à rappeler à leurs interlocuteurs que « *quand on prend l'argent, on prend les risques* ».

635. — Cependant, dans certaines hypothèses, le droit interne était prétexté pour se dégager d'une clause compromissoire. A cet égard, il importe de faire une distinction. Il apparaît que le contentieux objectif ne saurait être remis à un juge privé. Le contentieux subjectif, par contre, devrait être arbitrable dans la mesure où il est proche du contentieux privé des contrats. Dès lors, la stipulation d'une clause compromissoire doit pouvoir être opposable à la personne publique contractante. *A fortiori*, lorsque, bien qu'en présence d'une personne morale de droit public, le contrat est de droit privé – du moins dans les pays connaissant la distinction public-privé. La stipulation d'une clause compromissoire emporte une conséquence d'importance puisqu'elle implique logiquement une renonciation à l'immunité de juridiction. Par contre, la renonciation à l'immunité d'exécution doit résulter d'une autre expression de volonté et ne saurait être déduite d'une telle clause.

L'organisation de l'arbitrage se réalise en fonctions des stipulations contractuelles. Les parties doivent l'avoir voulu. La sentence est pourvue de l'autorité de chose jugée. Elle se substitue donc à une décision de première instance mais un appel est toujours possible devant les juridictions étatiques. Cependant, pour être exécutoire, elles doivent suivre une procédure d'exequatur et à cet égard, la Convention de New York a permis d'uniformiser les exigences des tribunaux. Il n'en demeure pas moins que dans le cas de la France, il reste préférable de recourir au droit interne dont le contrôle porte sur des points moindres.

Il appartient donc aux parties de désigner leur arbitre, le règlement destiné à régir la procédure. Mais compte tenu des difficultés d'invention, il existe des règlements-type pré rédigés auxquels il suffit de procéder à un simple renvoi. Ainsi, l'on trouve le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, celui des chambres de commerce internationales,…

636. — Un élément conférant sa spécificité à la relation contractuelle réside dans les nécessités de transporter le matériel, mais qui sort de notre objet. La question du transport international est certes une question secondaire dans un marché public. Mais il devient un élément essentiel lorsque ce dernier revêt un caractère international. Nous avions évoqué le fait qu'en pareil cas, le prix formulé par l'entreprise devait comprendre les frais accessoires tel le coût du transport, les droits de douane, etc... Ils constituent donc une part non négligeable dans la formation du prix par le soumissionnaire étranger. Son influence existe encore quant à la durée et la qualité de l'exécution.

Les retards, pertes et avaries dues au transport sont une réalité des échanges économiques internationaux en comprenant une part d'imprévisibilité. La preuve en est que les acteurs du droit international ont très tôt mis en place des textes internationaux destinés à les régir et surtout mettre en place une responsabilité des transporteurs.

637. — Le risque du transport revêt alors un habit d'argument à charge contre le soumissionnaire étranger. Il opère un surcoût dans la soumission, crée des doutes sur les délais d'exécution et ces éléments combinés font que les entrepreneurs locaux disposent d'une crédibilité supérieure. A l'heure actuelle, les entreprises locales des pays en voie de développement ont à leur disposition un personnel qualifié et une activité compétitive face aux entreprises étrangères. La preuve en est le recours qui leur est fait au moyen de la sous-traitance.

Sous un autre angle, nous pourrions dire aussi que les multinationales tirent profit de cette réalité pour diminuer leurs charges fixes et assurer leur compétitivité.

638. — La recherche d'égalité constitue donc une notion centrale dans les appels d'offres internationaux. Elle se trouve au travers des dispositions textuelles, mais aussi dans les comportements des parties. Les situations diffèrent les unes des autres et la pratique contractuelle évolue toujours. Néanmoins, l'impératif d'égalité est recherché par les agents, qui en sont conscients. Les propositions faites révèlent surtout des choix individuels, idéologiques, voire politiques.

ANNEXES

ANNEXES

- ANNEXE 1: RESUME DE LA REVUE DE L'OCDE *"LA TAILLE DES MARCHES PUBLICS"*, 2002
- ANNEXE 2: ACCORD SUR LES MARCHES PUBLICS DE L'ORGANSATION MONDIALE DU COMMERCE (1994)
- ANNEXE 3: LOI-TYPE DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL SUR LA PASSATION DES MARCHES DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES (1994)
- ANNEXE 4: ÉTAT DES INCORPORATION DES LOI-TYPES DANS LES DROITS INTERNES
- ANNEXE 5: SENTENCE TEXACO-CALASIATIC C. / GOUVERNEMENT LIBYEN, 19 JANV. 1977
- ANNEXE 6: REGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CNUDCI (1976)
- ANNEXE 7: CONVENTION DE NEW YORK DU 10 JUIN 1958 RELATIVE A LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES

ANNEXE 1: RESUME DE LA REVUE DE L'OCDE ''LA TAILLE DES MARCHES PUBLICS'', 2002

Les administrations sont de gros acheteurs de biens et de services et constituent d'énormes débouchés pour le commerce international. Mesurer de façon cohérente la taille des marchés publics dans un grand nombre de pays est une tâche ardue qui oblige à veiller attentivement à ce que, dans tous les pays recensés, les données nationales soient réunies selon des procédures harmonisées. Évaluer la taille des marchés publics devient encore plus complexe lorsque l'on tente de faire une distinction entre les administrations aux niveaux central et local, entre les catégories de dépenses (consommation ou investissements) et que l'on veut mesurer la part des marchés publics qui est potentiellement ouverte à la concurrence. Ce dernier indicateur est destiné à préciser les achats qui peuvent donner lieu à des échanges internationaux et exclut deux catégories d'achats publics supposés ne pas pouvoir le faire, à savoir la rémunération des fonctionnaires et les dépenses imputées à la défense nationale.

L'absence, pour un grand nombre de pays, de données détaillées et cohérentes sur les marchés publics ventilées par niveaux de gouvernement, catégories de dépenses et part du marché potentiellement ouvert à la concurrence internationale, a constitué une lacune à laquelle il a fallu remédier.

Une bonne connaissance de la taille des marchés publics et, en particulier, des parts des marchés nationaux qui sont potentiellement ouvertes à la concurrence internationale est en effet utile pour les milieux d'affaires, les pouvoirs publics et les négociateurs commerciaux.

C'est à cette tâche que le Comité des échanges de l'OCDE s'est attelé en entreprenant des études quantitatives sur plus de 130 pays et en proposant une série d'estimations détaillées. Ce rapport présente une synthèse des études visant à mesurer la taille des marchés publics et met en relief des travaux

quantitatifs récemment effectués par l'OCDE.

D'après ces travaux, tels sont les principaux résultats en ce qui concerne la taille des marchés publics, exprimée en pourcentage du PIB de 1998 ou en milliards d'USD:

□□ Pour les pays de l'OCDE dans leur ensemble, on estime à 19.96 %

(soit 4 733 milliards d'USD) le ratio de l'ensemble des marchés publics (dépenses de consommation et d'investissement) et, pour les pays non membres de l'OCDE, à 14.48 % (soit 816 milliards d'USD).

□□ Le montant mondial estimatif des marchés publics totaux équivaut approximativement à 82.3 % des exportations mondiales de marchandises et de services commerciaux de 1998. Des estimations détaillées des marchés publics par pays sont fournies pour 28 pays de l'OCDE et pour 106 pays non membres.

□□ On estime les ratios des marchés publics potentiellement ouverts à la concurrence internationale et

donc pouvant donner lieu à des échanges internationaux à 7.57 %, soit 1 795 milliards d'USD, pour les pays de l'OCDE et à 5.10 %, soit 287 milliards d'USD, pour les pays non membres.

□□ On estime la valeur mondiale des marchés publics qui peuvent donner lieu à des échanges internationaux à 2 083 milliards d'USD, ce qui équivaut à 7.1 % du PIB mondial ou à 30.1 % des exportations
mondiales de marchandises et de services commerciaux de 1998.

□□ Selon le ratio utilisé, les marchés publics passés au niveau local sont deux à trois fois plus élevés que ceux passés au niveau central. Les estimations concernant la zone de l'OCDE dans son ensemble dissimulent toutefois certaines différences d'un pays à l'autre.

La Commission européenne (CE) a effectué un certain nombre d'études visant à mesurer la taille des marchés publics dans l'Union européenne (UE) et a estimé à 8.7 % du PIB la part de ses marchés publics qui est potentiellement ouverte à la concurrence internationale. L''OCDE est parvenue, pour sa part, à une estimation inférieure à celle de l'UE (8.03 %), l'écart s'expliquant principalement par l'utilisation de données et d'hypothèses différentes concernant les dépenses imputées à la défense nationale. La CE a eu accès à des données détaillées sur la défense nationale de ses États membres, ventilées entre dépenses militaires essentielles et non essentielles. Dans l'étude de la CE, seules les dépenses militaires essentielles ont été considérées comme ne pouvant faire l'objet d'échanges internationaux, alors que l'étude de l'OCDE est partie du point de vue que la totalité des dépenses imputées à la défense nationale ne pouvait faire l'objet d'échanges internationaux. Il en ressort que les chiffres auxquels l'OCDE a abouti minorent légèrement la taille des marchés publics qui sont potentiellement ouverts à la concurrence internationale.

Au début de 2000, la CE a également publié un certain nombre d'indicateurs préliminaires des marchés publics destinés à mesurer l'évolution du marché pendant la période 1993-98 et l'impact de la politique en matière de marchés publics. Elle a estimé le ratio des dépenses publiques totales pour l'UE à une valeur comprise entre 13.9 % et 14.6 %, sa définition des marchés publics comprenant les achats d'entreprises (publiques ou privées) de services publics dans des secteurs comme l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications. Ces chiffres sont beaucoup plus élevés que les estimations antérieures des marchés publics faites par la CE pour 1994 (entre 11.2 % et 11.8 %) et montrent la grande attention qu'il faut accorder aux définitions utilisées pour mesurer la taille des marchés publics. Ces résultats montrent aussi l'importance relative des marchés publics pour les entreprises de services publics et les immenses possibilités qu'ils recèlent pour les échanges internationaux.

La mesure des ratios de passations de marchés, ventilées par niveau d'administration, est utile pour apprécier à sa juste valeur la portée de l'élargissement aux entités publiques locales de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics. On peut déduire des données de l'OCDE, selon lesquelles les administrations locales entrent pour environ 65% dans l'ensemble des marchés publics, que la portée de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, étendue aux entités locales, est environ trois fois supérieure à celle du Code du GATT, prédécesseur de l'Accord de

l'OMC.

Jusqu''à une date récente, la version 1968 du Système de comptabilité nationale (SCN) était universellement utilisée pour réunir des données sur les activités économiques nationales des pays de l'OCDE comme des pays non membres, malgré de grandes différences dans les données nationales détaillées disponibles par pays . Le SCN de 1968 a ainsi permis de mesurer la taille des marchés publics de façon cohérente dans un grand nombre de pays.

Aujourd''hui, le SCN de 1968 est dépassé et, depuis 1999, la plupart des pays ont adopté la version 1993 du SCN comme base d'établissement de leurs comptes nationaux. Dès qu'elle sera pleinement appliquée par la majeure partie des pays, il deviendra possible de mesurer la taille des marchés publics de façon cohérente pour des périodes plus récentes. Entre-temps, il semble peu probable que l'on puisse obtenir des éclairages nouveaux en continuant à utiliser la base de données fondée sur le SCN de 1968.

L'approche dite « ascendante » désigne le processus qui consiste à obtenir directement, auprès des entités nationales responsables des décisions en la matière, les données nationales sur les dépenses relatives aux marchés publics.

La fiabilité des résultats ainsi obtenus découle, pour une large part, de l'homogénéité et de la cohérence des modes d'établissement et de communication des données dans les pays qui sont assujettis à des obligations de notification. La mise au point de ces modalités exige des ressources considérables, au moins au stade initial. Les informations et données obtenues par dépouillement des notifications obligatoires complètent utilement les données fondées sur le SCN et sont également précieuses pour analyser la portée de certains accords et procéder à des comparaisons entre pays.

ANNEXE 2: ACCORD SUR LES MARCHES PUBLICS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (1994)

ACCORD SUR LES MARCHES PUBLICS

Les Parties au présent accord (ci-après dénommées les "Parties"),

Reconnaissant qu'un cadre multilatéral efficace de droits et d'obligations concernant les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics est nécessaire en vue de réaliser l'expansion et une libération plus large du commerce mondial et d'améliorer le cadre international qui régit le commerce mondial,

Reconnaissant que les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics ne devraient pas être élaborés, adoptés, ou appliqués aux produits et aux services étrangers ou nationaux ni aux fournisseurs étrangers ou nationaux de façon à accorder une protection aux produits ou aux services nationaux ou aux fournisseurs nationaux, et qu'ils ne devraient pas établir de discrimination entre des produits ou des services étrangers ou entre des fournisseurs étrangers,

Reconnaissant qu'il est souhaitable d'assurer la transparence des lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics,

Reconnaissant la nécessité d'instituer des procédures internationales de notification, de consultation, de surveillance et de règlement des différends en vue d'assurer la mise en œuvre équitable, prompte et efficace des dispositions internationales concernant les marchés publics et de maintenir l'équilibre des droits et des obligations au niveau le plus élevé possible,

Reconnaissant la nécessité de tenir compte des besoins du développement, des finances et du commerce des pays en développement, et en particulier des moins avancés d'entre eux,

Désireuses, conformément à l'article IX:6 b) de l'Accord relatif aux marchés publics fait le 12 avril 1979, tel qu'il a été modifié le 2 février 1987, d'élargir et d'améliorer l'Accord sur une base de réciprocité mutuelle et d'étendre son champ d'application aux marchés de services,

Désireuses d'encourager les gouvernements qui ne sont pas parties au présent accord à l'accepter et à y accéder,

Ayant engagé de nouvelles négociations conformément à ces objectifs,

Conviennent de ce qui suit:

Article premier

Portée et champ d'application

1. Le présent accord s'applique à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les entités visées par le présent accord, telles qu'elles sont spécifiées à l'Appendice I.[1]

2. Le présent accord s'applique aux marchés passés par tout moyen contractuel, y compris sous forme d'achat ou sous forme de crédit-bail, location ou location-vente, avec ou sans option d'achat, comprenant toute combinaison, quelle qu'elle soit, de produits et de services.

3. Dans les cas où des entités, en ce qui concerne les marchés visés par le présent accord, exigent que des entreprises qui ne sont pas mentionnées à l'Appendice I passent des marchés conformément à des prescriptions particulières, l'article III s'appliquera *mutatis mutandis* à ces prescriptions.

4. Le présent accord s'applique à tout marché d'une valeur non inférieure aux valeurs de seuil spécifiées à l'Appendice I qui sont d'application.

Article II

Évaluation des marchés

1. Les dispositions ci-après seront d'application pour la détermination de la valeur des marchés aux fins de la mise en œuvre du présent accord.

2. L'évaluation tiendra compte de toutes les formes de rémunération, y compris toute prime, rétribution ou commission et tous intérêts à recevoir.

3. La méthode d'évaluation ne sera pas choisie par l'entité, et les quantités à acquérir ne seront en aucun cas scindées, dans l'intention d'éviter que le présent accord ne s'applique.

4. Si la quantité à acquérir est telle que plus d'un marché soit conclu ou que des marchés soient

passés par lots séparés, la base de l'évaluation sera:

a) soit la valeur réelle des contrats successifs analogues passés au cours des 12 mois ou de l'exercice précédents, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité et en valeur qui surviendraient au cours des 12 mois suivants;

b) soit la valeur estimée des contrats successifs au cours de l'exercice ou des 12 mois suivant le contrat initial.

1Pour chaque Partie, l'Appendice I est divisé en cinq Annexes:

- L'Annexe 1 contient la liste des entités du gouvernement central.

- L'Annexe 2 contient la liste des entités des gouvernements sous-centraux.

- L'Annexe 3 contient la liste de toutes les autres entités qui passent des marchés conformément aux dispositions du présent accord.

- L'Annexe 4 spécifie les services, que la liste en soit positive ou négative, qui sont visés par le présent accord.

- L'Annexe 5 spécifie les services de construction visés.

Les valeurs de seuil qui sont d'application sont spécifiées dans les Annexes de chaque Partie.

2Le présent accord s'applique à tout marché dont la valeur est estimée à un montant égal ou supérieur au seuil au moment de la publication de l'avis mentionné à l'article IX.

5. En ce qui concerne les marchés de produits ou de services passés sous forme de crédit-bail,location ou location-vente, ou les marchés qui ne prévoient pas expressément de prix total, la base de l'évaluation sera la suivante:

a) dans le cas de marchés de durée déterminée, la valeur totale des marchés pour toute leur durée si celle-ci est inférieure ou égale à 12 mois, ou leur valeur totale, y compris la valeur résiduelle estimée, si leur durée dépasse 12 mois;

b) dans le cas de marchés de durée indéterminée, l'acompte mensuel multiplié par 48. En cas de doute, la seconde base sera utilisée, à savoir b).

6. Lorsqu'un marché envisagé prévoit expressément des options, la base de l'évaluation sera la valeur totale du marché maximal autorisé, y compris les options.

Article III

Traitement national et non-discrimination

1. En ce qui concerne toutes les lois, tous les règlements, ainsi que toutes les procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord, chaque Partie accordera

immédiatement et sans condition, aux produits et services des autres Parties et à leurs fournisseurs qui offrent ces produits ou services, un traitement qui ne sera pas moins favorable:

a) que celui accordé aux produits, aux services et aux fournisseurs nationaux, ni

b) que celui accordé aux produits et services de toute autre Partie et à leurs fournisseurs.

2. En ce qui concerne toutes les lois, tous les règlements, ainsi que toutes les procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord, chaque Partie fera en sorte:

a) que ses entités n'accordent pas à un fournisseur établi sur le territoire national un traitement moins favorable que celui accordé à un autre fournisseur établi sur le territoire national, selon le degré de contrôle ou de participation étrangers ; et

b) que ses entités n'exercent pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs établis sur le territoire national selon le pays de production du produit ou du service qui est fourni, sous réserve que le pays de production soit Partie à l'Accord conformément aux dispositions de l'article IV.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'appliqueront pas aux droits de douane et impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'occasion de l'importation, ni au mode de perception de ces droits et impositions, ni aux autres règlements et formalités d'importation, ni aux mesures touchant le commerce des services autres que les lois, règlements, procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord.

Article IV

Règles d'origine

1. Une Partie n'appliquera pas, à des produits importés ou à des services fournis aux fins d'un marché public visé par le présent accord et en provenance d'autres Parties, des règles d'origine différentes de celles qui s'appliqueront, dans des opérations commerciales normales et au moment de la transaction en question, aux importations des mêmes produits ou aux fournitures des mêmes services en provenance des mêmes Parties.

2. Après l'achèvement du programme de travail pour l'harmonisation des règles d'origine des marchandises qui sera exécuté dans le cadre de l'Accord sur les règles d'origine figurant à l'Annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après dénommé l'"Accord sur l'OMC") et après la conclusion des négociations sur le commerce des services, les Parties tiendront compte des résultats de ce programme de travail et de ces négociations lorsqu'elles modifieront le paragraphe 1 selon qu'il sera approprié.

Article V

Traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement

Objectifs

1. Dans la mise en œuvre et l'administration du présent accord, les Parties tiendront dûment compte, par l'application des dispositions du présent article, des besoins du développement, des finances et du commerce des pays en développement, et en particulier des moins avancés d'entre eux, considérant la nécessité où ils se trouvent:

a) de sauvegarder leur balance des paiements et de s'assurer un volume de réserves suffisant pour la réalisation de programmes de développement économique;

b) de promouvoir la création ou le développement de branches de production nationales y compris le développement de petites industries et d'industries artisanales dans les zones rurales ou retardées, ainsi que le développement économique d'autres secteurs de l'économie;

c) d'apporter un soutien aux établissements industriels aussi longtemps qu'ils dépendront entièrement ou substantiellement des marchés publics ; et

d) d'encourager leur développement économique au moyen d'arrangements régionaux ou mondiaux entre pays en développement, qui auront été présentés à la Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après dénommée l'"OMC") et qu'elle n'aura pas désapprouvés.

2. Conformément aux dispositions du présent accord, chaque Partie, lorsqu'elle élaborera et appliquera des lois, règlements ou procédures touchant les marchés publics, facilitera l'accroissement des importations en provenance des pays en développement, en tenant présents à l'esprit les problèmes spéciaux des pays les moins avancés et des pays dont le développement économique en est à ses premiers stades.

Champ d'application

3. En vue de faire en sorte que les pays en développement puissent adhérer au présent accord à des conditions compatibles avec les besoins de leur développement, de leurs finances et de leur commerce, il sera dûment tenu compte des objectifs énoncés au paragraphe 1 au cours des négociations relatives aux marchés publics des pays en développement auxquels s'appliqueront les dispositions du présent accord. Lorsqu'ils établiront leurs listes d'entités et de services visés auxquels s'appliqueront les dispositions du présent accord, les pays développés s'efforceront d'y inclure les entités qui passent des marchés portant sur des produits et services dont l'exportation intéresse les pays en développement.

Exceptions convenues

4. Un pays en développement pourra négocier avec les autres participants aux négociations dans le cadre du présent accord des exceptions mutuellement acceptables aux règles du traitement national, en ce qui concerne certaines entités ou certains produits ou services repris dans ses listes d'entités et de services visés, eu égard aux circonstances particulières de chaque cas. Au cours de ces négociations, il sera dûment tenu compte des considérations mentionnées aux alinéas 1 a) à 1 c). Un pays en développement participant aux arrangements régionaux ou mondiaux entre pays en développement auxquels il est fait référence à l'alinéa 1 d) pourra également négocier des exceptions à ses listes d'entités et de services visés, eu égard aux circonstances particulières de chaque cas, compte tenu entre autres des dispositions relatives aux marchés publics contenues dans les arrangements régionaux ou mondiaux en question, et, en particulier, des produits ou services qui feraient l'objet de programmes de développement industriel communs.

5. Après l'entrée en vigueur du présent accord, un pays en développement qui y est Partie po urra modifier ses listes d'entités et de services visés conformément aux dispositions du paragraphe 6 de l'article XXIV relatives à la modification desdites listes, eu égard aux besoins de son développement,de ses finances et de son commerce, ou demander au Comité des marchés publics (ci-après dénommé le "Comité") de consentir à des exceptions aux règles du traitement national en ce qui concerne certaines entités ou certains produits ou services repris dans ses listes d'entités et de services visés, eu égard aux circonstances particulières de chaque cas et compte dûment tenu des dispositions des alinéas 1 a) à 1 c). Après l'entrée en vigueur du présent accord, un pays en développement qui y est Partie pourra également demander au Comité de consentir à des exceptions en ce qui concerne certaines entités ou certains produits ou services repris dans ses listes d'entités et de services visés, en raison de sa participation à des arrangements régionaux ou mondiaux entre pays en développement, eu égard aux circonstances particulières de chaque cas et compte dûment tenu des dispositions de l'alinéa 1 d). Toute demande adressée au Comité par un pays en développement Partie à l'Accord au sujet de la modification d'une liste sera accompagnée d'une documentation pertinente et de tout renseignement qui pourra être nécessaire pour l'examen de la question.

6. Les paragraphes 4 et 5 s'appliqueront *mutatis mutandis* aux pays en développement qui accéderont au présent accord après son entrée en vigueur.

7. Les exceptions convenues visées aux paragraphes 4, 5 et 6 feront l'objet d'un examen conformément aux dispositions du paragraphe 14 ci-après.

Assistance technique aux pays en développement Parties à l'Accord

8. Chaque pays développé Partie au présent accord fournira, sur demande, toute l'assistance technique qu'il jugera appropriée aux pays en développement Parties à l'Accord, en vue de la solution des problèmes de ces pays en matière de marchés publics.

9. Cette assistance, qui sera fournie sur la base du principe de la non-discrimination entre pays en développement Parties à l'Accord, portera entre autres:

- sur la solution de problèmes techniques particuliers concernant la passation de marchés déterminés ; et

- sur tous autres problèmes que la Partie ayant présenté la demande et une autre Partie conviendraient de traiter dans le cadre de cette assistance.

10. L'assistance technique dont il est fait mention aux paragraphes 8 et 9 pourra comprendre la traduction, dans une langue officielle de l'OMC désignée par l'entité, des documents de qualification et des soumissions des fournisseurs de pays en développement Parties à l'Accord, à moins que les pays développés Parties à l'Accord ne jugent que la traduction serait une tâche trop lourde ; dans ce cas, une explication sera fournie aux pays en développement Parties à l'Accord qui en feront la demande soit aux pays développés Parties à l'Accord, soit à leurs entités.

Centres d'information

11. Les pays développés Parties au présent accord créeront, individuellement ou conjointement, des centres d'information chargés de répondre aux demandes raisonnables de renseignements émanant de pays en développement Parties à l'Accord et concernant, entre autres, les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics, les avis relatifs aux marchés envisagés qui ont été publiés, les adresses des entités visées par le présent accord, ainsi que la nature et le volume des produits ou services qui ont fait ou vont faire l'objet d'un marché, y compris les renseignements disponibles sur les futurs appels d'offres. Le Comité pourra aussi créer un centre d'information.

Traitement spécial en faveur des pays les moins avancés

12. Eu égard au paragraphe 6 de la Décision des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 du 28 novembre 1979 concernant le traitement différencié et plus favorable, la réciprocité et la participation plus complète des pays en voie de développement (IBDD, S26/223-225), un traitement spécial sera accordé aux pays les moins avancés qui sont Parties au présent accord et aux fournisseurs établis dans ces Parties, pour ce qui concerne les produits ou services originaires de ces Parties, dans le cadre de toutes mesures générales ou spécifiques en faveur des pays en développement Parties à l'Accord. Une Partie pourra également accorder le bénéfice du présent

accord aux fournisseurs établis dans les pays les moins avancés qui n'y sont pas Parties, pour ce qui est des produits ou services originaires de ces pays.

13. Chaque pays développé Partie au présent accord fournira, sur demande, l'assistance qu'il jugera appropriée aux soumissionnaires potentiels établis dans les pays les moins avancés pour la présentation de leurs soumissions et la sélection des produits ou services susceptibles de présenter de l'intérêt pour ses entités ainsi que pour les fournisseurs établis dans les pays les moins avancés, et il les aidera en outre à se conformer aux règlements techniques et aux normes concernant les produits ou services faisant l'objet du marché envisagé.

Examen

14. Le Comité examinera chaque année l'application et l'efficacité des dispositions du présent article, et, sur la base de rapports qui seront présentés par les Parties, il procédera tous les trois ans à un examen approfondi afin d'en évaluer les effets. Dans le cadre de ces examens triennaux, et en vue d'arriver à la plus large mise en œuvre possible des dispositions du présent accord, y compris en particulier son article III, et eu égard à la situation du développement, des finances et du commerce des pays en développement concernés, le Comité examinera le point de savoir si les exceptions prévues conformément aux dispositions des paragraphes 4 à 6 du présent article doivent être modifiées ou prorogées.

15. Au cours des nouvelles séries de négociations qui seront engagées conformément aux dispositions du paragraphe 7 de l'article XXIV, chaque pays en développement Partie au présent accord prendra en considération la possibilité d'ajouter de nouvelles entités et de nouveaux services à ses listes, en tenant compte de sa situation économique, financière et commerciale.

Article VI

Spécifications techniques

1. Les spécifications techniques définissant les caractéristiques des produits ou services qui vont faire l'objet d'un marché, telles que la qualité, les propriétés d'emploi, la sécurité et les dimensions, les symboles, la terminologie, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, ou les procédés et méthodes de production, ainsi que les prescriptions relatives aux procédures d'évaluation de la conformité définies par les entités contractantes, ne seront pas établies, adoptées, ni appliquées en vue de créer des obstacles non nécessaires au commerce international, ni de telle façon qu'elles aient cet effet.

2. Les spécifications techniques prescrites par des entités contractantes seront, s'il y a lieu,

a) définies en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses

caractéristiques descriptives ; et

b) fondées sur des normes internationales, dans les cas où il en existe, sinon sur des règlements techniques nationaux[3], des normes nationales reconnues[4] ou des codes du bâtiment.

3. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.

4. Les entités ne solliciteront ni n'accepteront, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché.

[3]Aux fins du présent accord, un règlement technique est un document qui énonce les caractéristiques d'un produit ou d'un service ou les procédés et méthodes de production se rapportant à ce produit ou service, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont le respect est obligatoire. Il peut traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un service, un procédé ou une méthode de production donnés.

[4]Aux fins du présent accord, une norme est un document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des services ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire. Il peut traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un service, un procédé ou une méthode de production donnés.

Article VII

Procédures de passation des marchés

1. Chaque Partie fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités soient appliquées de façon non discriminatoire et soient conformes aux dispositions des articles VII à XVI.

2. Les entités ne devront pas donner à un fournisseur des informations concernant un marché déterminé d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence.

3. Aux fins du présent accord:

a) La procédure d'appel d'offres ouverte est celle selon laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner.

b) La procédure d'appel d'offres sélective est celle selon laquelle, conformément au paragraphe 3

de l'article X et aux autres dispositions pertinentes du présent accord, les fournisseurs admis à soumissionner sont ceux qui sont invités à le faire par l'entité.

c) La procédure d'appel d'offres limitée est celle selon laquelle l'entité s'adresse à des fournisseurs individuellement, dans les seules circonstances énoncées à l'article XV.

Article VIII

Qualification des fournisseurs

Dans la qualification des fournisseurs, les entités ne feront de discrimination ni entre les fournisseurs des autres Parties ni entre les fournisseurs nationaux et les fournisseurs des autres Parties. Les procédures de qualification seront conformes aux dispositions suivantes:

a) les conditions de participation aux procédures d'appel d'offres seront publiées en temps utile pour permettre aux fournisseurs intéressés d'engager et, dans la mesure où cela est compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés, d'accomplir les formalités de qualification;

b) les conditions de participation aux procédures d'appel d'offres seront limitées à celles qui sont indispensables pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le marché en question. Les conditions de participation imposées aux fournisseurs, y compris les garanties financières, les qualifications techniques et les renseignements nécessaires pour établir leur capacité financière, commerciale et technique, ainsi que la vérification des qualifications, ne seront pas moins favorables aux fournisseurs des autres Parties qu'aux fournisseurs nationaux et ne feront pas de discrimination entre les fournisseurs des autres Parties. La capacité financière, commerciale et technique d'un fournisseur sera jugée à la fois d'après son activité commerciale globale et d'après son activité sur le territoire de l'entité contractante, compte dûment tenu des liens juridiques existant entre les organismes fournisseurs;

c) la procédure de qualification des fournisseurs et le temps nécessaire à cet effet ne seront pas utilisés pour écarter les fournisseurs des autres Parties d'une liste de fournisseurs ou empêcher qu'ils soient pris en considération à l'occasion d'un marché envisagé particulier. Les entités reconnaîtront comme fournisseurs qualifiés les fournisseurs nationaux ou les fournisseurs des autres Parties qui rempliront les conditions de participation prévues pour un marché envisagé particulier. Les fournisseurs qui demandent à soumissionner pour un marché envisagé particulier, et qui ne seraient pas encore qualifiés, seront également pris en considération à la condition que les procédures de qualification puissent être accomplies en temps voulu;

d) les entités qui tiendront des listes permanentes de fournisseurs qualifiés feront en sorte que les

fournisseurs puissent en tout temps demander à être qualifiés et que tous les fournisseurs qualifiés qui en feront la demande soient inscrits sur ces listes dans un délai raisonnablement court;

e) si, après la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'article IX, un fournisseur qui n'est pas encore qualifié demande à pouvoir soumissionner pour un marché envisagé, l'entité engagera dans les moindres délais la procédure de qualification ;

f) tout fournisseur ayant demandé à devenir fournisseur qualifié sera avisé par les entités concernées de la décision prise à ce sujet. Les fournisseurs qualifiés qui auront été inscrits sur une liste permanente par des entités seront également informés de l'annulation de cette liste ou de leur exclusion;

g) chaque Partie fera en sorte que:

i) chaque entité et ses différents services suivent une procédure de qualification unique, sauf dans les cas où la nécessité de suivre une procédure différente est dûment établie;

ii) des efforts soient faits pour réduire au minimum les différences de procédures de qualification entre entités;

h) aucune disposition des alinéas a) à g) n'empêchera l'exclusion d'un fournisseur pour des motifs tels que la faillite ou de fausses déclarations, à la condition que cette mesure soit compatible avec les dispositions du présent accord relatives au traitement national et à la non-discrimination.

Article IX

Invitation à soumissionner pour des marchés envisagés

1. Conformément aux paragraphes 2 et 3, les entités feront paraître une invitation à soumissionner pour tous les marchés envisagés, sauf disposition contraire de l'article XV (appel d'offres limité). Cet avis paraîtra dans la publication appropriée qui est indiquée à l'Appendice II.

2. L'invitation à soumissionner pourra prendre la forme d'un avis de projet de marché, décrit au paragraphe 6.

3. Les entités énumérées aux Annexes 2 et 3 pourront utiliser pour l'invitation à soumissionner un avis de marché programmé, décrit au paragraphe 7, ou un avis concernant un système de qualification, décrit au paragraphe 9.

4. Les entités qui utilisent pour l'invitation à soumissionner un avis de marché programmé inviteront ensuite tous les fournisseurs qui se seront déclarés intéressés à le confirmer sur la base de renseignements qui comprendront au moins ceux qui sont énumérés au paragraphe 6.

5. Les entités qui utilisent pour l'invitation à soumissionner un avis concernant un système de qualification fourniront, sous réserve des considérations mentionnées au paragraphe 4 de l'article XVIII et en temps voulu, des renseignements qui permettront à tous ceux qui se seront déclarés intéressés d'avoir une occasion valable d'évaluer leur intérêt à soumissionner. Ces renseignements comprendront ceux que contiennent les avis visés aux paragraphes 6 et 8, pour autant que ces renseignements soient disponibles. Les renseignements fournis à un fournisseur intéressé seront communiqués de façon non discriminatoire aux autres fournisseurs intéressés.

6. Chaque avis de projet de marché visé au paragraphe 2 contiendra les renseignements suivants:

a) nature et quantité, y compris toutes options concernant des marchés complémentaires et, si possible, délai estimé pour l'exercice de ces options ; dans le cas de marchés renouvelables, nature et quantité, et, si possible, délai estimé de publication des avis d'appel d'offres ultérieurs pour les produits ou services devant faire l'objet du marché;

b) caractère de la procédure: ouvert, sélectif ou comportant une négociation;

c) le cas échéant, date à laquelle commencera ou s'achèvera la livraison des produits ou services;

d) adresse et date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner ou la qualification pour inscription sur la liste des fournisseurs, ou pour la réception des soumissions, ainsi que langue ou langues autorisées pour leur présentation;

e) adresse de l'entité qui doit passer le marché et fournir les renseignements nécessaires pour l'obtention du cahier des charges et autres documents;

f) conditions de caractère économique et technique, garanties financières et renseignements exigés des fournisseurs;

g) montant et modalités de versement de toute somme à payer pour obtenir la documentation relative à l'appel d'offres ; et

h) forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres: achat, crédit-bail, location ou location-vente, ou plusieurs de ces formes.

7. Chaque avis de marché programmé, visé au paragraphe 3, contiendra le maximum de renseignements énumérés au paragraphe 6 qui sera disponible. Il contiendra en tout état de cause les renseignements énumérés au paragraphe 8 et:

a) mention du fait que les fournisseurs intéressés devraient faire part à l'entité de leur intérêt pour le marché;

b) mention de la personne ou du service en contact avec l'entité auprès duquel des renseignements

additionnels pourront être obtenus.

8. Pour chaque marché envisagé, l'entité publiera un avis résumé dans une des langues officielles de l'OMC. L'avis contiendra au moins les indications suivantes:

a) objet du marché;

b) délai de présentation des soumissions ou des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner ; et

c) adresses où les documents relatifs au marché peuvent être demandés.

9. Dans le cas des procédures sélectives, les entités qui tiendront des listes permanentes de fournisseurs qualifiés feront paraître chaque année, dans l'une des publications indiquées à l'Appendice III, un avis contenant les renseignements ci-après:

a) énumération des listes existantes, y compris les intitulés de ces listes, en relation avec les produits ou services ou catégories de produits ou services devant faire l'objet de marchés sur la base de ces listes;

b) conditions à remplir par les fournisseurs pour être inscrits sur ces listes, et méthodes de vérification de chacune de ces conditions par l'entité concernée ; et

c) durée de validité des listes et formalités de leur renouvellement.

Dans les cas où un tel avis sera utilisé pour l'invitation à soumissionner, conformément au paragraphe 3, l'avis contiendra en outre les renseignements suivants:

d) nature des produits ou services en question;

e) mention du fait que l'avis constitue une invitation à soumissionner.

Toutefois, dans les cas où la durée du système de qualification sera de trois ans ou moins, et si la durée du système est précisée dans l'avis et qu'il est également précisé que d'autres avis ne seront pas publiés, il suffira de publier l'avis une seule fois, au début de la période d'application du système. Un tel système ne sera pas utilisé de manière à tourner les dispositions du présent accord.

10. Si, après la parution d'une invitation à soumissionner pour n'importe quel marché envisagé, mais avant la date fixée pour l'ouverture ou la réception des soumissions qui aura été précisée dans l'avis ou la documentation relative à l'appel d'offres, il devient nécessaire de modifier l'avis ou de le faire paraître de nouveau, la modification ou le nouvel avis recevra la même diffusion que les documents originaires qui ont fait l'objet de la modification. Tout élément d'information significatif communiqué à un fournisseur au sujet d'un marché envisagé particulier sera

communiqué simultanément à tous les autres fournisseurs concernés, en temps utile pour leur permettre d'en tenir compte et d'agir en conséquence.

11. Les entités préciseront, dans les avis visés dans le présent article ou dans la publication où les avis paraissent, que le marché est couvert par l'Accord.

Article X

Procédures de sélection

1. Afin de garantir une concurrence internationale effective optimale dans le cas des procédures d'appel d'offres sélectives, les entités, pour chaque marché envisagé, inviteront à soumissionner le plus grand nombre de fournisseurs nationaux et de fournisseurs des autres Parties, compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés. Elles sélectionneront d'une façon loyale et non discriminatoire les fournisseurs admis à participer à ces procédures.

2. Les entités qui tiendront des listes permanentes de fournisseurs qualifiés pourront sélectionner les fournisseurs qui seront invités à soumissionner parmi ceux qui figureront sur ces listes. Toute sélection donnera des chances équitables aux fournisseurs figurant sur les listes.

3. Les fournisseurs demandant à soumissionner pour un marché envisagé particulier seront autorisés à le faire et seront pris en considération à la condition, s'il s'agit de fournisseurs non encore qualifiés, que la procédure de qualification puisse être accomplie en temps voulu conformément aux articles VIII et IX. Le nombre des fournisseurs additionnels autorisés à soumissionner ne sera limité que par la nécessité de sauvegarder le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés.

4. Les demandes de participation à des procédures sélectives pourront être présentées par télex, télégramme ou télécopie.

Article XI

Délais pour la présentation des soumissions et la livraison

Dispositions générales

1. a) Tout délai fixé devra être suffisant pour permettre aux fournisseurs des autres Parties ainsi qu'aux fournisseurs nationaux de préparer et de déposer leurs soumissions avant la clôture des procédures d'appel d'offres. En fixant ce délai, les entités tiendront compte, d'une manière compatible avec leurs besoins raisonnables, d'éléments tels que la complexité du marché envisagé, l'importance des sous-traitances à prévoir, et le temps normalement nécessaire pour l'acheminement des soumissions, par la poste, de l'étranger aussi bien que du pays même.

b) Chaque Partie fera en sorte que ses entités tiennent dûment compte des délais de publication lorsqu'elle fixera la date limite pour la réception des soumissions ou pour le dépôt des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner.

Délais

Sauf dans la mesure où le paragraphe 3 en dispose autrement,

a) dans les procédures ouvertes, le délai de réception des soumissions ne sera pas inférieur à 40 jours à compter de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'article IX;

b) dans les procédures sélectives qui ne comportent pas l'utilisation d'une liste permanente de fournisseurs qualifiés, le délai de présentation d'une demande à l'effet d'être invité à soumissionner ne sera pas inférieur à 25 jours à compter de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'article IX ; le délai de réception des soumissions ne sera en aucun cas inférieur à 40 jours à compter de l'envoi de

l'invitation à soumissionner;

c) dans les procédures sélectives qui comportent l'utilisation d'une liste permanente de fournisseurs qualifiés, le délai de réception des soumissions ne sera pas inférieur à 40 jours à compter de l'envoi initial des invitations à soumissionner, que la date de l'envoi initial des invitations à soumissionner coïncide ou non avec celle de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'article IX.

3. Les délais mentionnés au paragraphe 2 pourront être écourtés dans les circonstances suivantes:

a) si un avis séparé a été publié entre 40 jours et 12 mois au maximum à l'avance, et que cet avis contient au moins:

i) le maximum de renseignements énumérés au paragraphe 6 de l'article IX qui sera disponible;

ii) les renseignements énumérés au paragraphe 8 de l'article IX;

iii) mention du fait que les fournisseurs intéressés devraient faire part à l'entité de leur intérêt pour le marché ; et

iv) mention de la personne ou du service en contact avec l'entité auprès duquel des renseignements additionnels pourront être obtenus, le délai de 40 jours fixé pour la réception des soumissions pourra être remplacé par un délai suffisamment long pour permettre aux intéressés de présenter des soumissions valables et qui, en règle générale, ne sera pas inférieur à 24 jours, mais qui ne sera en aucun cas inférieur à 10 jours ;

b) s'il s'agit d'une deuxième publication ou d'une publication ultérieure concernant des marchés renouvelables au sens du paragraphe 6 de l'article IX, le délai de 40 jours fixé pour la réception des soumissions pourra être ramené à 24 jours au minimum;

c) lorsque l'urgence dûment établie par l'entité rendra inobservables les délais en question, les délais spécifiés au paragraphe 2 pourront être écourtés, mais ils ne seront en aucun cas inférieurs à 10 jours à compter de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'article IX ; ou

d) s'il s'agit de marchés passés par les entités énumérées aux Annexes 2 et 3, les délais mentionnés au paragraphe 2 c) pourront être fixés par accord mutuel entre l'entité et les fournisseurs sélectionnés. En l'absence d'accord, l'entité pourra fixer des délais qui seront suffisamment longs pour permettre aux intéressés de présenter des soumissions valables et qui ne seront en aucun cas inférieurs à 10 jours.

4. D'une manière compatible avec les besoins raisonnables de l'entité, toute date de livraison devra être fixée en tenant compte d'éléments tels que la complexité du marché envisagé, l'importance des sous-traitances à prévoir, et le temps objectivement nécessaire à la production, à la sortie de stock et au transport des marchandises à partir des lieux d'où elles sont fournies ou à la fourniture des services.

Article XII

Documentation relative à l'appel d'offres

Si, dans des procédures d'appel d'offres, une entité autorise la présentation des soumission s en plusieurs langues, l'une de ces langues sera une des langues officielles de l'OMC.

2. La documentation relative à l'appel d'offres remise aux fournisseurs contiendra tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter des soumissions valables, notamment les renseignements qui doivent être publiés dans l'avis de marché envisagé, à l'exception de ceux qui sont mentionnés au paragraphe 6 g) de l'article IX, ainsi que les renseignements suivants:

a) l'adresse de l'entité à qui les soumissions devraient être envoyées;

b) l'adresse où les demandes d'information complémentaire devraient être envoyées;

c) la ou les langues à employer pour la présentation des soumissions et documents d'accompagnement;

d) la date limite et le délai de réception des soumissions, ainsi que la période pendant laquelle toute soumission devrait pouvoir être acceptée;

e) les personnes admises à assister à l'ouverture des soumissions et la date, l'heure et le lieu de

cette ouverture;

f) les conditions de caractère économique et technique, les garanties financières et les renseignements ou pièces, exigés des fournisseurs;

g) la description complète des produits ou services demandés ou de toutes exigences, y compris les spécifications techniques et la certification de conformité, auxquelles il faut satisfaire, et les plans, dessins et instructions nécessaires;

h) les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, et les éléments des coûts à prendre en compte pour l'évaluation des prix de soumission, tels que frais de transport, d'assurance et d'inspection et, dans le cas de produits ou services d'autres Parties, droits de douane et autres impositions à l'importation, taxes et monnaie du paiement;

i) les modalités de paiement;

j) toutes autres modalités et conditions;

k) conformément à l'article XVII, les modalités et conditions, s'il en existe, suivant lesquelles les soumissions émanant de pays qui ne sont pas Parties au présent accord, mais qui appliquent les procédures prévues à cet article, seront admises.

Communication, par les entités, de la documentation relative à l'appel d'offres

3. a) Dans les procédures ouvertes, les entités communiqueront la documentation relative à l'appel d'offres à tout fournisseur participant qui en fera la demande, et répondront dans les moindres délais à toute demande raisonnable d'explications concernant cette documentation.

b) Dans les procédures sélectives, les entités communiqueront la documentation relative à l'appel d'offres à tout fournisseur qui demandera à participer et répondront dans les moindres délais à toute demande raisonnable d'explications concernant cette documentation.

c) Les entités répondront dans les moindres délais à toute demande raisonnable de renseignements pertinents concernant l'appel d'offres qui sera faite par un fournisseur participant, pour autant que ces renseignements ne donnent pas à ce fournisseur un avantage sur ses concurrents dans la procédure d'adjudication.

Article XIII

Présentation, réception et ouverture des soumissions, et adjudication des marchés

1. La présentation, la réception et l'ouverture des soumissions, ainsi que l'adjudication des

marchés, seront conformes à ce qui suit:

a) normalement, les soumissions seront présentées par écrit, directement ou par la poste. S'il est autorisé de présenter des soumissions par télex, télégramme ou télécopie, la soumission ainsi présentée devra contenir tous les renseignements nécessaires à son évaluation, notamment le prix définitif proposé par le soumissionnaire et une déclaration par laquelle le soumissionnaire accepte toutes les modalités, conditions et dispositions de l'invitation à soumissionner. La soumission devra être confirmée dans les moindres délais par lettre ou par l'envoi d'une copie signée du télex, du télégramme ou de la télécopie. La présentation des soumissions par téléphone ne sera pas autorisée. Le contenu du télex, du télégramme ou de la télécopie fera foi s'il y a divergence ou contradiction entre ce contenu et toute documentation reçue après l'expiration du délai ; et

b) les possibilités qui pourront être accordées aux soumissionnaires de corriger des erreurs involontaires de forme entre l'ouverture des soumissions et l'adjudication du marché ne seront pas de nature à donner lieu à des pratiques discriminatoires.

Réception des soumissions

2. Aucun fournisseur ne sera pénalisé si, par suite d'un retard imputable uniquement à l'entité, sa soumission est reçue après l'expiration du délai par le service désigné dans la documentation relative à l'appel d'offres. Les soumissions pourront également être prises en considération dans d'autres circonstances exceptionnelles si les procédures de l'entité concernée en disposent ainsi.

Ouverture des soumissions

3. Toutes les soumissions demandées par des entités dans le cadre de procédures ouvertes ou sélectives seront reçues et ouvertes conformément à des procédures et conditions garantissant la régularité de l'ouverture. La réception et l'ouverture des soumissions seront également conformes aux dispositions du présent accord concernant le traitement national et la non-discrimination. Les renseignements relatifs à l'ouverture des soumissions resteront entre les mains de l'entité concernée et à la disposition des autorités publiques dont elle relève, pour être utilisés si besoin est pour les procédures prévues aux articles XVIII, XIX, XX et XXII.

Adjudication des marchés

4. a) Pour être considérées en vue de l'adjudication, les soumissions devront être conformes, au moment de leur ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été déposées par un fournisseur remplissant les conditions de participation. Si une entité a reçu une soumission anormalement inférieure aux autres soumissions présentées, elle pourra se renseigner auprès du soumissionnaire pour s'assurer

qu'il est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est apte à satisfaire aux modalités du marché.

b) Sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché, l'entité l'adjugera au soumissionnaire qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont la soumission, qu'elle porte sur des produits ou services nationaux ou sur des produits ou services d'autres Parties, sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres.

c) Les adjudications seront faites conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres.

Options

5. Les options ne seront pas utilisées de manière à tourner les dispositions de l'Accord.

Article XIV

Négociation

1. Une Partie pourra prévoir que les entités procèdent à des négociations:

a) dans le contexte des marchés publics pour lesquels elles ont indiqué qu'elles en avaient l'intention, à savoir dans l'avis mentionné au paragraphe 2 de l'article IX (l'invitation à participer à la procédure pour le projet de marché faite aux fournisseurs) ; ou

b) lorsqu'il résulte de l'évaluation qu'aucune soumission n'est manifestement la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou la documentation relative à l'appel d'offres.

2. Les négociations serviront principalement à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions.

3. Les entités traiteront les soumissions de manière confidentielle. En particulier, elles ne donneront pas d'information destinée à aider des participants déterminés à porter leurs soumissions au niveau de celles d'autres participants.

4. Au cours des négociations, les entités ne feront pas de discrimination entre les différents fournisseurs. En particulier, elles feront en sorte que:

a) l'élimination de tout participant se fasse selon les critères énoncés dans les avis et la documentation relative à l'appel d'offres;

b) toutes les modifications apportées aux critères et aux prescriptions techniques soient communiquées par écrit à tous les participants aux négociations qui restent en lice;

c) tous les participants qui restent en lice aient la possibilité de présenter des soumissions nouvelles ou modifiées sur la base des prescriptions révisées;

d) lorsque les négociations seront achevées, tous les participants aux négociations qui restent en lice soient autorisés à présenter des soumissions finales dans un délai qui sera le même pour tous.

Article XV

Appel d'offres limité

1. Les dispositions des articles VII à XIV, qui s'appliquent aux procédures d'appel d'offres ouvertes ou sélectives, ne seront pas nécessairement applicables dans les circonstances définies ci-après, à la condition que l'appel d'offres limité ne soit pas utilisé en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible, ou d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les fournisseurs des autres Parties ou de protection des producteurs ou des fournisseurs nationaux:

a) lorsque aucune soumission n'aura été déposée en réponse à un appel d'offres fait selon une procédure ouverte ou sélective, ou lorsque les soumissions déposées auront été concertées ou ne seront pas en conformité avec les conditions essentielles de l'appel d'offres, ou émaneront de fournisseurs ne remplissant pas les conditions de participation prévues conformément au présent accord, pour autant toutefois que les conditions de l'appel d'offres initial ne soient pas substantiellement modifiées pour le marché qui sera adjugé;

b) lorsque, du fait qu'il s'agit de travaux d'art ou pour des raisons liées à la protection de droits exclusifs, tels que des droits de brevet ou de reproduction, ou en l'absence de concurrence pour des raisons techniques, les produits ou services ne pourront être fournis que par un fournisseur particulier et qu'il n'existera aucun produit ou service de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant;

c) pour autant que cela sera strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les produits ou services en temps voulu;

d) lorsqu'il s'agira de livraisons additionnelles à assurer par le fournisseur initial et portant sur des piè ces de rechange pour des fournitures déjà faites ou des installations déjà livrées, ou destinées à compléter ces fournitures, services ou installations, et qu'un changement de fournisseur aboutirait à la livraison de matériel ou de services ne répondant pas à des conditions d'interchangeabilité

avec un matériel ou service déjà existant[5];

e) lorsqu'une entité passera un marché pour se procurer des prototypes ou un produit ou service nouveau mis au point à sa demande au cours de l'exécution d'un contrat particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original, et pour les besoins de ce contrat. Une fois que de tels contrats auront été exécutés, les marchés ultérieurs de produits ou de services seront assujettis aux dispositions des articles VII à XIV[6];

f) lorsque des services de construction additionnels qui n'étaient pas inclus dans le marché initial mais qui correspondaient aux objectifs de la documentation relative à l'appel d'offres initial sont, à la suite de circonstances imprévisibles, devenus nécessaires pour achever la fourniture des services de construction décrits dans ledit marché, et lorsque l'entité doit adjuger des marchés portant sur les services de construction additionnels à l'entrepreneur fournissant les services de construction concernés parce que séparer les services de construction additionnels du marché initial lui causerait des difficultés pour des raisons techniques ou économiques ou la gênerait notablement. Toutefois, la valeur totale des marchés adjugés pour les services de construction additionnels ne pourra pas dépasser 50 pour cent du montant du marché principal;

[5]Il est entendu que le "matériel existant" comprend les logiciels dans la mesure où le marché initial de logiciels était couvert par l'Accord.

[6]Le développement original d'un produit ou service nouveau peut englober une production ou une fourniture limitée ayant pour but d'incorporer les résultats d'essais sur le terrain et de démontrer que le produit ou service se prête à une production ou à une fourniture en quantités conformément à des normes de qualité acceptables. Il ne comprend pas la production ou la fourniture en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et développement.

g) pour de nouveaux services de construction consistant en la répétition de services de construction analogues qui sont conformes à un projet de base pour lequel un marché initial a été adjugé conformément aux articles VII à XIV et pour lequel l'entité a indiqué dans l'avis de marché envisagé concernant le service de construction initial que la procédure d'appel d'offres limité pourra être utilisée aux fins de l'adjudication des marchés pour ces nouveaux services de construction;

h) pour des produits achetés sur un marché de produits de base;

i) pour des achats effectués dans des conditions exceptionnellement avantageuses qui ne se

présentent qu'à très court terme. La présente disposition vise à couvrir l'écoulement inhabituel de produits par des entreprises qui ne sont normalement pas fournisseurs, ou la cession d'avoirs d'entreprises en liquidation ou administration judiciaire. Elle n'est pas censée couvrir les achats courants effectués auprès de

fournisseurs ordinaires;

j) dans le cas de marchés adjugés au lauréat d'un concours, à condition que le concours ait été organisé d'une manière conforme aux principes du présent accord, notamment en ce qui concerne la publication, au sens de l'article IX, d'une invitation, adressée aux fournisseurs dûment qualifiés, à participer à un tel concours, qui sera jugé par un jury indépendant, en vue de l'adjudication de marchés aux lauréats.

Les entités dresseront procès-verbal de chaque marché adjugé conformément aux dispositions du paragraphe 1. Chaque procès-verbal mentionnera le nom de l'entité contractante, la valeur et la nature des marchandises ou des services faisant l'objet du marché, ainsi que leur pays d'origine, et contiendra un exposé indiquant celles des circonstances visées au présent article dans lesquelles le marché a été adjugé. Ce procès-verbal restera entre les mains de l'entité concernée et à la disposition des autorités publiques dont elle relève, pour être utilisé si besoin est pour les procédures prévues aux articles XVIII, XIX, XX et XXII.

Article XVI

Opérations de compensation

1. Dans la qualification et la sélection des fournisseurs, produits ou services, ou dans l'évaluation des soumissions et l'adjudication des marchés, les entités n'imposeront, ne demanderont ni n'envisageront d'opérations de compensation.[7]

Toutefois, eu égard aux considérations de politique générale, y compris celles qui concernent le développement, un pays en développement pourra, au moment de son accession, négocier des conditions pour l'utilisation des opérations de compensation, telles que des prescriptions pour l'incorporation d'un certain contenu d'origine nationale. Ces prescriptions seront utilisées uniquement aux fins de la qualification pour la participation au processus de passation des marchés et non pas comme critères pour l'adjudication des marchés. Les conditions seront objectives, clairement définies et non discriminatoires. Elles seront énoncées à l'Appendice I du pays et pourront comprendre des limitations précises à l'imposition d'opérations de compensation dans tout marché visé par le présent accord. L'existence de telles conditions sera notifiée au Comité et indiquée dans l'avis de marché envisagé et autre documentation.

[7]Les opérations de compensation dans les marchés publics sont des mesures utilisées pour encourager le développement local

ou améliorer la balance des paiements au moyen de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale, de l'octroi de licences pour des technologies, de prescriptions en matière d'investissement, d'échanges compensés ou de prescriptions similaires.

Article XVII

Transparence

1. Chaque Partie encouragera les entités à indiquer les modalités et conditions, y compris toute différence par rapport aux procédures d'appel d'offres avec mise en concurrence ou aux possibilités de recours aux procédures de contestation, suivant lesquelles des soumissions seront admises de la part des fournisseurs situés dans des pays qui ne sont pas Parties au présent accord mais qui néanmoins, en vue de rendre transparentes leurs propres adjudications de marchés:

a) donnent des spécifications pour leurs marchés conformément à l'article VI (spécifications techniques);

b) font paraître les avis de marchés visés à l'article IX, y compris, dans la version de l'avis mentionné au paragraphe 8 de l'article IX (résumé de l'avis de marché envisagé) qui est publié dans une langue officielle de l'OMC, une indication des modalités et conditions suivant lesquelles des soumissions seront admises de la part des fournisseurs situés dans des pays Parties au présent accord;

c) sont disposés à faire en sorte que leurs règlements en matière de passation des marchés ne soient normalement pas modifiés au cours de la passation d'un marché et, dans le cas où une telle modification s'avère inévitable, à faire en sorte qu'il existe un moyen de réparation satisfaisant.

Les gouvernements qui ne sont pas Partie s à l'Accord et qui respectent les conditions énoncées aux paragraphes 1 a) à 1 c) auront le droit, s'ils en informent les Parties, de participer aux réunions du Comité en qualité d'observateurs.

Article XVIII

Information et examen concernant les obligations des entités

1. Les entités feront paraître un avis dans la publication appropriée indiquée à l'Appendice II 72 jours au plus tard après l'adjudication de chaque marché au titre des articles XIII à XV. Ces avis contiendront les renseignements suivants:

a) nature et quantité des produits ou services faisant l'objet de l'adjudication;

b) nom et adresse de l'entité passant le marché;

c) date de l'adjudication;

d) nom et adresse de l'adjudicataire;

e) valeur de l'adjudication ou de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte dans l'adjudication du marché;

f) dans les cas où cela sera approprié, moyen d'identifier l'avis publié conformément au paragraphe 1 de l'article IX ou justification, conformément à l'article XV, du recours à cette procédure ; et

g) type de procédure utilisée.

2. Chaque entité, à la demande d'un fournisseur d'une Partie, communiquera dans les moindres délais:

a) des explications sur ses pratiques et procédures en matière de passation des marchés;

b) des renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles la demande de qualification du fournisseur a été rejetée, les raisons pour lesquelles il a été mis fin à sa qualification, et les raisons pour lesquelles il n'a pas été sélectionné;

c) à un soumissionnaire non retenu, des renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles sa soumission n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue, ainsi que le nom de l'adjudicataire.

3. Les entités informeront dans les moindres délais les fournisseurs participants des décisions prises concernant l'adjudication du marché, et par écrit si demande leur en est faite.

4. Toutefois, les entités pourront décider que certains renseignements concernant l'adjudication du marché, mentionnés aux paragraphes 1) et 2) c), ne seront pas communiqués dans les cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait autrement contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs.

Article XIX

Information et examen concernant les obligations des Parties

1. Chaque Partie publiera dans les moindres délais toutes lois, tous règlements, ainsi que toutes décisions judiciaires, décisions administratives d'application générale, et procédures (y compris les clauses contractuelles types), relatifs aux marchés publics visés par le présent accord, dans les publications appropriées dont la liste figure à l'Appendice IV, et de façon à permettre aux autres Parties et aux fournisseurs d'en prendre connaissance. Chaque Partie se tiendra prête à fournir des explications sur ses procédures de passation des marchés publics à toute autre Partie qui en fera la

demande.

2. Le gouvernement d'un soumissionnaire non retenu qui est Partie au présent accord pourra, sans préjudice des dispositions de l'article XXII, demander les renseignements additionnels qui pourront être nécessaires sur la passation du marché pour s'assurer qu'elle a été effectuée dans des conditions d'équité et d'impartialité. A cet effet, l'autorité publique contractante fournira des renseignements sur les caractéristiques et les avantages relatifs de la soumission retenue et sur le prix d'adjudication. Normalement, ce dernier renseignement pourra être divulgué par le gouvernement du soumissionnaire non retenu à la condition qu'il use de ce droit avec discrétion. Au cas où cette divulgation serait de nature à nuire à la concurrence lors d'appels d'offres ultérieurs, ce renseignement ne sera divulgué qu'après consultation et avec l'accord de la Partie qui l'aura communiqué au gouvernement du soumissionnaire non retenu.

3. Les renseignements disponibles concernant la passation de marchés par les entités visées et les marchés qu'elles auront adjugés seront communiqués à toute autre Partie qui en fera demande.

4. Les renseignements confidentiels fournis à une Partie, dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait autrement contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs, ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la Partie qui les aura fournis.

5. Chaque Partie établira ses statistiques annuelles des marchés visés par le présent accord et les communiquera au Comité. Ces communications contiendront les renseignements ci-après sur les marchés adjugés par toutes les entités contractantes visées par le présent accord:

a) pour les entités mentionnées à l'Annexe 1, statistiques indiquant globalement et par entité la valeur estimée des marchés adjugés, aussi bien au-dessus qu'au-dessous de la valeur de seuil ; pour les entités mentionnées aux Annexes 2 et 3, statistiques indiquant globalement et par catégorie d'entités la valeur estimée des marchés adjugés au-dessus de la valeur de seuil;

b) pour les entités mentionnées à l'Annexe 1, statistiques indiquant le nombre et la valeur totale des marchés adjugés au-dessus de la valeur de seuil, ventilées par entité et par catégorie de produits et services suivant des classifications uniformes ; pour les entités mentionnées aux Annexes 2 et 3, statistiques indiquant la valeur estimée des marchés adjugés au-dessus de la valeur de seuil, ventilées par catégorie d'entités et par catégorie de produits ou de services;

c) pour les entités mentionnées à l'Annexe 1, statistiques indiquant le nombre et la valeur totale des marchés adjugés dans chacune des circonstances visées à l'article XV, ventilées par entité et par catégorie de produits et services ; pour les catégories d'entités mentionnées aux Annexes 2 et

3, statistiques indiquant la valeur totale des marchés adjugés au-dessus de la valeur de seuil dans chacune des circonstances visées à l'article XV ; et

d) pour les entités mentionnées à l'Annexe 1, statistiques, ventilées par entité, indiquant le nombre et la valeur totale des marchés adjugés au titre des dérogations à l'Accord énoncées aux Annexes pertinentes ; pour les catégories d'entités mentionnées aux Annexes 2 et 3, statistiques indiquant la valeur totale des marchés adjugés au titre des dérogations à l'Accord énoncées aux Annexes pertinentes. Pour autant que ces renseignements soient disponibles, chaque Partie communiquera des statistiques indiquant le pays d'origine des produits et services achetés par ses entités. En vue d'assurer que ces statistiques soient comparables, le Comité donnera des indications concernant les méthodes à utiliser. En vue d'assurer une surveillance efficace des marchés visés par le présent accord, le Comité pourra décider à l'unanimité de modifier les prescriptions énoncées aux alinéas a) à d) pour ce qui concerne la nature et l'étendue des renseignements statistiques à communiquer, ainsi que les ventilations et les classifications à utiliser.

Article XX

Procédures de contestation

Consultations

1. En cas de plainte d'un fournisseur pour violation du présent accord dans le cadre de la passation d'un marché, chaque Partie encouragera ce fournisseur à chercher à régler la question en consultation avec l'entité contractante. En pareil cas, l'entité contractante examinera la plainte avec impartialité et rapidement, d'une manière qui n'entravera pas l'adoption de mesures correctives dans le contexte du mécanisme de contestation.

Contestation

2. Chaque Partie établira des procédures non discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces permettant aux fournisseurs de contester de prétendues violations de l'Accord dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt.

3. Chaque Partie établira ses procédures de contestation par écrit et les rendra généralement accessibles.

4. Chaque Partie fera en sorte que la documentation relative à tous les aspects de la passation des marchés visés par le présent accord soit conservée pendant trois ans.

5. Le fournisseur intéressé pourra être tenu d'engager une procédure de contestation et d'adresser une notification à l'entité contractante dans des délais spécifiés qui courront à compter de la date à

laquelle le fondement de la plainte sera connu ou devrait raisonnablement avoir été connu, et qui ne seront en aucun cas inférieurs à dix jours.

6. Les contestations seront soumises à un tribunal ou à un organe d'examen impartial et indépendant n'ayant aucun intérêt dans le résultat de l'adjudication et dont les membres sont à l'abri d'une influence extérieure pendant la durée du mandat. Dans les cas où l'organe d'examen ne sera pas un tribunal, ou bien ledit organe fera l'objet d'un examen judiciaire, ou bien il appliquera des procédures en vertu desquelles:

a) les participants pourront être entendus avant qu'une opinion soit donnée ou une décision rendue;

b) les participants pourront se faire représenter et accompagner;

c) les participants auront accès à toute la procédure;

d) la procédure pourra être publique;

e) les opinions ou décisions seront rendues par écrit, avec un exposé indiquant leurs motifs;

f) des témoins pourront être entendus;

g) les documents seront communiqués à l'organe d'examen.

7. Les procédures de contestation prévoiront:

a) des mesures transitoires rapides pour remédier aux violations de l'Accord et préserver les possibilités commerciales. Cette action pourra entraîner la suspension du processus de passation du marché. Toutefois, les procédures pourront prévoir que des conséquences défavorables primordiales pour les intérêts concernés, y compris l'intérêt public, pourront être prises en compte lorsqu'il faudra décider si de telles mesures devraient être appliquées. En pareil cas, tout défaut d'action sera motivé par écrit;

b) une évaluation et une possibilité de décision concernant la justification de la contestation;

c) la correction de la violation de l'Accord ou la compensation des pertes ou dommages subis, qui pourra être limitée aux coûts de la préparation de la soumission ou de la contestation.

En vue de la protection des intérêts commerciaux et autres concernés, la procédure de contestation sera normalement achevée sans tarder.

Article XXI

Institutions

1. Il sera institué un Comité des marchés publics composé de représentants de chacune des Parties. Le Comité élira son Président et son Vice-Président ; il se réunira selon qu'il sera nécessaire, mais au moins une fois l'an, pour donner aux Parties la possibilité de procéder à des consultations sur toute question concernant l'application de l'Accord ou la poursuite de ses objectifs, ainsi que pour exercer les autres attributions qui pourront lui être conférées par les Parties.

2. Le Comité pourra établir des groupes de travail ou autres organes subsidiaires qui exerceront les attributions qui pourront leur être conférées par le Comité.

Article XXII

Consultations et règlement des différends

1. Les dispositions du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends dans le cadre de l'Accord sur l'OMC (ci-après dénommé le "Mémorandum d'accord sur le règlement des différends") seront applicables, sauf disposition contraire expresse des paragraphes ci-après.

2. Dans le cas où une Partie considère qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait qu'une autre Partie ou des Parties ne remplissent pas les obligations qu'elles ont contractées aux termes du présent accord, ou qu'une autre Partie ou des Parties appliquent une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent accord, elle pourra, en vue d'arriver à un règlement mutuellement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres Parties qui, à son avis, sont en cause. Une telle action sera notifiée dans les moindres délais à l'Organe de règlement des différends établi en vertu du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (ci-après dénommé l'"ORD"), ainsi qu'il est spécifié ci-après. Toute Partie ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites.

3. L'ORD aura le pouvoir d'établir des groupes spéciaux, d'adopter les rapports de groupes spéciaux et de l'organe d'appel, de formuler des recommandations ou de statuer sur la question, d'assurer la surveillance de la mise en œuvre des décisions et recommandations, et d'autoriser la suspension de concessions et d'autres obligations qui résultent du présent accord ou l'ouverture de consultations concernant les voies de recours lorsque le retrait des mesures dont il aura été constaté qu'elles sont en contravention avec les dispositions de l'Accord n'est pas possible, étant entendu que seuls les Membres de l'OMC qui sont Parties au présent accord prendront part au processus de prise de décisions ou de mesures qu'engagera l'ORD pour ce qui est des différends

qui surviennent dans le cadre du présent accord.

4. Les groupes spéciaux auront le mandat ci-après, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement dans un délai de 20 jours à compter de l'établissement du groupe spécial:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes du présent accord et de (nom de tout autre accord visé cité par les parties au différend) la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le document ... ; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans le présent accord."

S'agissant d'un différend dans lequel les dispositions à la fois du présent accord et de l'un ou de plusieurs des autres Accords figurant à l'Appendice 1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends sont invoquées par l'une des parties au différend, le paragraphe 3 ne s'appliquera qu'aux parties du rapport du groupe spécial concernant l'interprétation et l'application du présent accord.

5. Les groupes spéciaux établis par l'ORD pour examiner les différends qui surviennent dans le cadre du présent accord comprendront des personnes qualifiées dans le domaine des marchés publics.

6. Aucun effort ne sera ménagé pour accélérer la procédure dans toute la mesure du possible. Nonobstant les dispositions des paragraphes 8 et 9 de l'article 12 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, le groupe spécial s'efforcera de présenter son rapport final aux parties au différend quatre mois au plus tard, et en cas de retard sept mois au plus tard, après la date à laquelle la composition et le mandat du groupe spécial auront été arrêtés. En conséquence, aucun effort ne sera ménagé pour réduire également de deux mois les délais prévus au paragraphe 1 de l'article 20 et au paragraphe 4 de l'article 21 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. En outre, nonobstant les dispositions du paragraphe 5 de l'article 21 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, le groupe spécial s'efforcera de rendre sa décision, en cas de désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un Accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, dans un délai de 60 jours.

7. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2 de l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, tout différend survenant dans le cadre de tout Accord figurant à l'Appendice 1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends autre que le présent accord n'entraînera pas la suspension de concessions ou d'autres obligations qui résultent du présent accord, et tout différend survenant dans le cadre du présent accord n'entraînera pas la suspension de concessions ou d'autres obligations qui résultent de tout autre Accord figurant dans ledit Appendice 1.

Article XXIII

Exceptions à l'accord

Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une Partie quelconque de prendre des mesures ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale.

2. Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'instituer ou d'appliquer des mesures: nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou à la protection de la propriété intellectuelle ; ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons.

Article XXIV

Dispositions finales

1. *Acceptation et entrée en vigueur*

Le présent accord entrera en vigueur le 1er janvier 1996 pour les gouvernements[8] pour lesquels le champ d'application convenu figure aux Annexes 1 à 5 de l'Appendice I du présent accord et qui auront accepté l'Accord par voie de signature le 15 avril 1994 ou qui, à cette date, l'auront signé sous réserve de ratification et ratifié ultérieurement avant le 1er janvier 1996.

2. *Accession*

Tout gouvernement qui est Membre de l'OMC, ou avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC qui est partie contractante au GATT de 1947, et qui n'est pas Partie au présent accord pourra y accéder, à des conditions à convenir entre ce gouvernement et les Parties, par dépôt auprès du Directeur général de l'OMC d'un instrument d'accession énonçant les conditions ainsi convenues. L'Accord entrera en vigueur pour un gouvernement qui y aura accédé le trentième jour qui suivra la date de son accession à l'Accord.

3. *Dispositions transitoires*

a) Hong Kong et la Corée pourront différer l'application des dispositions du présent accord, exception faite des articles XXI et XXII, jusqu'à une date qui ne dépassera pas le 1er janvier 1997. La date à laquelle ils commenceront à en appliquer les dispositions, si elle est antérieure au 1er janvier 1997, sera notifiée au Directeur général de l'OMC 30 jours à l'avance.

b) Dans l'intervalle entre la date d'entrée en vigueur du présent accord et celle de son application par Hong Kong, les droits et obligations entre Hong Kong et toutes les autres Parties au présent accord qui étaient le 15 avril 1994 Parties à l'Accord relatif aux marchés publics fait à Genève le 12 avril 1979, tel qu'il a été amendé le 2 février 1987 (l'"Accord de 1988"), seront régis par les dispositions de fond[9] de l'Accord de 1988, y compris ses Annexes telles qu'elles ont été modifiées ou rectifiées, dispositions qui sont incorporées dans l'Accord par référence à cet effet et qui resteront en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996.

c) Entre les Parties au présent accord qui sont également Parties à l'Accord de 1988, les droits et obligations au titre du présent accord remplaceront ceux qui résultent de l'Accord de 1988.

d) L'article XXII n'entrera en vigueur qu'à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. Dans l'intervalle, les dispositions de l'article VII de l'Accord de 1988 s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord, dispositions qui sont incorporées dans l'Accord par référence à cet effet. Ces dispositions seront appliquées sous les auspices du Comité institué en vertu du présent accord.

[8]Aux fins du présent accord, le terme "gouvernement" est réputé comprendre les autorités compétentes des Communautés européennes.

[9]Toutes les dispositions de l'Accord de 1988 excepté le Préambule, l'article VII et l'article IX, à l'exclusion des paragraphes 5 a) et b) et du paragraphe 10.

e) Avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, les références aux organes de l'OMC seront interprétées comme renvoyant à l'organe correspondant du GATT et les références au Directeur général de l'OMC et au Secrétariat de l'OMC seront interprétées comme étant des références au Directeur général des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 et au Secrétariat du GATT, respectivement.

4. *Réserves*

Il ne pourra être formulé de réserves en ce qui concerne des dispositions du présent accord.

5. *Législation nationale*

a) Chaque gouvernement qui acceptera le présent accord ou qui y accédera assurera, au plus tard à

la date où ledit accord entrera en vigueur en ce qui le concerne, la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives, ainsi que des règles, procédures et pratiques appliquées par les entités reprises dans ses listes annexées au présent accord, avec les dispositions dudit accord.

b) Chaque Partie informera le Comité de toute modification apportée à ses lois et règlements en rapport avec les dispositions du présent accord, ainsi qu'à l'administration de ces lois et règlements.

6. *Rectifications ou modifications*

a) Les rectifications, les transferts d'une entité d'une Annexe à une autre ou, dans des cas exceptionnels, les autres modifications se rapportant aux Appendices I à IV seront notifiés au Comité, accompagnés de renseignements concernant les conséquences probables du changement pour le champ d'application mutuellement convenu du présent accord. S'ils sont de pure forme ou mineurs, les rectifications, transferts ou autres modifications prendront effet à la condition qu'aucune objection n'y ait été faite

dans un délai de 30 jours. Dans les autres cas, le Président du Comité convoquera le Comité dans les moindres délais. Le Comité examinera la proposition et toute demande d'ajustements compensatoires, afin de préserver l'équilibre des droits et des obligations et de maintenir le champ d'application mutuellement convenu du présent accord à un niveau comparable à son niveau antérieur à la notification. S'il n'est pas possible d'arriver à un accord, la question pourra être traitée ensuite selon les dispositions de l'article XXII.

b) Dans les cas où une Partie souhaite, dans l'exercice de ses droits, retirer une entité de l'Appendice I au motif que le contrôle ou l'influence que le gouvernement exerce sur cette entité a été éliminé de manière effective, cette Partie en informera le Comité. Cette modification prendra effet le jour qui suivra la fin de la réunion suivante du Comité, à la condition que cette réunion ait lieu 30 jours au plus tôt à compter de la date de la notification et qu'aucune objection n'y ait été faite. En cas d'objection, la question pourra être traitée ensuite selon les procédures relatives aux consultations et au règlement des différends énoncées à l'article XXII. Lors de l'examen de la modification projetée de l'Appendice I ainsi que de tout ajustement compensatoire qui pourrait en résulter, il sera tenu compte des effets d'ouverture du marché résultant de l'élimination du contrôle ou de l'influence exercé par le gouvernement.

7. *Examens, négociations et travaux futurs*

a) Le Comité procédera chaque année à un examen de la mise en œuvre et de l'application du présent accord, en tenant compte de ses objectifs. Le Comité informera chaque année le Conseil

général de l'OMC des faits intervenus pendant la période sur laquelle portera cet examen.

b) Au plus tard à l'expiration de la troisième année à compter de la date d'entrée en vigueur du présent accord, et par la suite de façon périodique, les Parties engageront de nouvelles négociations en vue d'améliorer l'Accord et d'en étendre le plus possible la portée entre toutes les Parties sur une base de réciprocité mutuelle, compte tenu des dispositions de l'article V relatif aux pays en développement.

c) Les Parties s'efforceront d'éviter d'adopter ou de maintenir en application des mesures et pratiques discriminatoires qui faussent les procédures ouvertes de passation des marchés et elles s'efforceront, dans le cadre des négociations visées à l'alinéa b), d'éliminer celles qui subsisteront à la date d'entrée en vigueur du présent accord.

8. *Technologies de l'information*

Afin d'assurer que l'Accord ne constitue pas un obstacle non nécessaire au progrès technique, les Parties tiendront régulièrement des consultations au Comité concernant l'évolution de l'utilisation des technologies de l'information dans le domaine des marchés publics et, si nécessaire, négocieront des modifications de l'Accord. Ces consultations viseront en particulier à assurer que l'utilisation des technologies de l'information contribue à faire en sorte que la passation des marchés publics se fasse de manière ouverte, non discriminatoire et efficace au moyen de procédures transparentes, que les marchés visés par l'Accord soient clairement identifiés et que tous les renseignements disponibles concernant un marché particulier puissent être identifiés. Lorsqu'une Partie envisagera d'innover, elle s'efforcera de tenir compte des vues exprimées par d'autres Parties au sujet des problèmes qui risquent de se poser.

9. *Amendements*

Les Parties pourront modifier le présent accord eu égard, notamment, à l'expérience de sa mise en œuvre. Lorsqu'un amendement aura été approuvé par les Parties conformément aux procédures établies par le Comité, il n'entrera en vigueur à l'égard d'une Partie que lorsque celle-ci l'aura accepté.

10. *Retrait*

a) Toute Partie pourra se retirer du présent accord. Ce retrait prendra effet à l'expiration d'un délai de 60 jours à compter de la date à laquelle le Directeur général de l'OMC en aura reçu notification par écrit. Dès réception de cette notification, toute Partie pourra demander la réunion immédiate du Comité.

b) Si une Partie au présent accord ne devient pas Membre de l'OMC dans un délai d'un an à

compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC ou cesse d'être Membre de l'OMC, elle cessera d'être Partie au présent accord avec effet à compter de la même date.

11. *Non-application du présent accord entre des Parties*

Le présent accord ne s'appliquera pas entre deux Parties si l'une ou l'autre de ces Parties, au moment de son acceptation ou de son accession, ne consent pas à cette application.

12. *Notes, Appendices et Annexes*

Les Notes, Appendices et Annexes au présent accord en font partie intégrante.

13. *Secrétariat*

Le Secrétariat de l'OMC assurera le secrétariat du présent accord.

14. *Dépôt*

Le présent accord sera déposé auprès du Directeur général de l'OMC, qui remettra dans les moindres délais à chaque Partie une copie certifiée conforme de l'Accord et de toute rectification ou modification qui y aura été apportée conformément au paragraphe 6, de tout amendement qui y aura été apporté conformément au paragraphe 9, ainsi qu'une notification de chaque acceptation ou accession conformément aux paragraphes 1 et 2, et de chaque dénonciation conformément au paragraphe 10, du présent article.

15. *Enregistrement*

Le présent accord sera enregistré conformément aux dispositions de l'article 102 de la Charte des Nations Unies.

Fait à Marrakech le 15 avril mil neuf cent quatre-vingt-quatorze, en un seul exemplaire, en langues française, anglaise et espagnole, les trois textes faisant foi, sauf indication contraire concernant les Appendices ci-joints.

NOTES

Le terme "pays" tel qu'il est utilisé dans le présent accord, y compris les Appendices, doit être interprété comme incluant tout territoire douanier distinct Partie au présent accord. S'agissant d'un territoire douanier distinct Partie au présent accord, dans les cas où le qualificatif "national" accompagnera une expression utilisée dans le présent accord, cette expression s'interprétera, sauf indication contraire, comme se rapportant à ce territoire douanier.

Article premier, paragraphe 1

Eu égard aux considérations de politique générale relatives à l'aide liée, et notamment à l'objectif des pays en développement visant le retour à une aide non liée, le présent accord ne s'appliquera pas aux marchés passés dans le cadre d'une aide liée apportée aux pays en développement, aussi longtemps qu'elle sera pratiquée par des Parties.

ANNEXE 3: LOI-TYPE DE LA COMMISSION DES NATIONS-UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL SUR LA PASSATION DES MARCHES DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES (1994)

Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

de biens, de travaux et de services*

Préambule

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés de biens, de travaux et de services afin de promouvoir les objectifs suivants :

a) Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés;

b) Favoriser et encourager la participation aux procédures de passation des marchés des fournisseurs et des entrepreneurs, et en particulier, le cas échéant, leur participation sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;

c) Promouvoir la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services devant faire l'objet de marchés;

d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;

e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus ; et

f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés,

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

*La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services a été adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à sa vingt-septième session, sans pour autant remplacer la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux adoptée par la Commission à sa vingt-sixième session. Le présent texte composite comprend les dispositions figurant dans la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux et des dispositions relatives à la passation des marchés publics de services. La Commission a aussi publié un Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (A/CN.9/403).

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application

1. La présente Loi s'applique à tous les marchés passés par des entités adjudicatrices, sauf disposition contraire du paragraphe 2 du présent article.

2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, la présente Loi ne s'applique pas :

a) Aux marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales;
b) ... (l'État adoptant la Loi type peut spécifier dans la présente Loi d'autres catégories de marchés à exclure) ; ou
c) À une catégorie de marchés exclue par les règlements relatifs aux marchés.
3. La présente Loi s'applique aux catégories de marchés visées au paragraphe 2 du présent article lorsque C et dans la mesure où C l'entité adjudicatrice en informe expressément les fournisseurs ou entrepreneurs lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à la procédure de passation de marché.

Article 2. Définitions

Aux fins de la présente Loi :
a) Les mots "*passation de marché*" désignent l'acquisition, par un moyen quelconque, de biens, de travaux ou de services;
b) Les mots "*entité adjudicatrice*" désignent :
i) *Option I*
Tout département, organisme, organe ou autre service public du présent État, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...;
(et)
Option II
Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement", ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'État adoptant la Loi type), ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf... ; (et)
ii) (L'État adoptant la Loi type peut ajouter au présent alinéa et, si nécessaire, dans de nouveaux alinéas, d'autres entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, à inclure dans la définition de l'"entité adjudicatrice");
c) Le mot "*biens*" désigne des objets de toute sorte y compris des matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l'électricité, ainsi que les services accessoires à la fourniture des biens si la valeur de ces services ne dépasse celle des biens eux-mêmes ; (l'État adoptant la Loi type pourra inclure des catégories supplémentaires de biens)
d) Le mot "*travaux*" désigne tous les ouvrages liés à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'une usine, tels que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection, la construction, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires aux travaux tels que les forages, les levés topographiques, la photographie par satellite, les études sismiques et les

services similaires fournis dans le cadre du marché, si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes;

e) Le mot "*services*" désigne tout objet de marché autre que des biens ou des travaux ; (l'État adoptant la Loi type peut spécifier certains objets de marché qui doivent être considérés comme des services)

f) Les mots "*fournisseur ou entrepreneur*" désignent, selon le contexte, tout cocontractant potentiel ou le cocontractant de l'entité adjudicatrice;

g) Le mot "*marché*" désigne un contrat conclu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à la suite d'une procédure de passation de marché;

h) Les mots "*garantie de soumission*" désignent une garantie donnée à l'entité adjudicatrice pour assurer l'exécution de toute obligation visée à l'alinéa l f) de l'article 32 et englobent des arrangements tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change;

i) Le mot "*monnaie*" englobe les unités de compte monétaires.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent État née ou découlant de

a) Tout traité ou autre forme d'accord auquel le présent État est partie avec un ou plusieurs autres États,

b) Tout accord conclu par le présent État avec une institution internationale intergouvernementale de financement, ou

c) Tout accord entre le Gouvernement fédéral de (nom de l'État fédéral) et toute(s) subdivision(s) de (nom de l'État fédéral), ou entre deux desdites subdivisions ou plus, les dispositions du traité ou de l'accord prévalent. Toutefois, à tous autres égards, la passation des marchés demeure régie par la présente Loi.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

Le ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe ou l'autorité habilité à promulguer les règlements en matière de passation des marchés) est autorisé à promulguer des règlements à l'effet d'atteindre les objectifs et d'assurer l'exécution des dispositions de la présente Loi.

Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés

Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, est promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour.

Article 6. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs

1. a) Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marché;

b) Pour être admis à participer à une procédure de passation de marché, les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire à ceux des critères ci-après que l'entité adjudicatrice juge appropriés pour ladite procédure :

i) Posséder les qualifications et les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience, la réputation et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

ii) Avoir la capacité de contracter;

iii) Ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

iv) S'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans le présent État;

v) Ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché, durant une période de ... ans (l'État adoptant la Loi type spécifie cette période) précédant l'ouverture de la procédure de passation de marché, ou ne pas avoir été de toute autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation.

2. Sous réserve du droit qu'ont les fournisseurs ou entrepreneurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, l'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à une procédure de passation de marché qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits fournisseurs ou entrepreneurs sont qualifiés conformément aux critères énoncés à l'alinéa b) du paragraphe 1.

3. Toute condition requise en application du présent article est énoncée dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix et s'applique également à tous les fournisseurs ou entrepreneurs.

L'entité adjudicatrice n'impose, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, aucun critère, condition ou procédure autres que ceux prévus au présent article.

4. L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs

conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix.

5. Sous réserve des dispositions des articles 8 1), 34 4) d) et 39 2), l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure, en ce qui concerne les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou entrepreneurs, sur la base de la nationalité, ou qui n'est pas objectivement justifiable.

6. a) L'entité adjudicatrice disqualifie un fournisseur ou entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications sont fausses;

b) L'entité adjudicatrice peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions essentielles;

c) Sauf dans les cas où l'alinéa a) du présent paragraphe s'applique, l'entité adjudicatrice ne peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur au motif que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions non essentielles. Le fournisseur ou entrepreneur peut être disqualifié s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions sur la demande de l'entité adjudicatrice.

Article 7. Procédure de présélection

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre des procédures de passation de marché menées conformément aux chapitres III, IV ou V, les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 6 s'appliquent à la procédure de présélection.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un exemplaire de la documentation de présélection à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à présenter une demande de présélection et qui, le cas échéant, en acquitte le prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la documentation de présélection ne doit refléter que le coût de l'impression de ladite documentation et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

3. La documentation de présélection comporte, au minimum :

a) Les renseignements suivants :

i) Des instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de présélection;

ii) Une récapitulation des principales conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché;

iii) Les pièces ou autres informations exigées des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

iv) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;

v) Toutes autres conditions pouvant être énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions des règlements en matière de passation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection;et

b) i) Dans la procédure visée au chapitre III, les renseignements devant figurer dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 25 1), alinéas a) à e), h) et j), si les renseignements spécifiés dans ce dernier alinéa sont déjà connus;

ii) Dans la procédure visée au chapitre IV, les renseignements spécifiés à l'article 38, alinéas a) et c), et g), p) et s), si les renseignements spécifiés dans ces derniers alinéas sont déjà connus.

4. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection.

5. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans la documentation de présélection.

6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

7. L'entité adjudicatrice communique sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés, le motif de ce rejet, mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet.

8. L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit

fournisseur ou entrepreneur. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications si elle juge satisfaisantes les justifications qu'il a produites.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer aux procédures de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf dans les cas où l'entité adjudicatrice décide, pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou conformément à d'autres dispositions de la législation, de limiter la participation à des procédures de passation de marché sur la base de la nationalité.

2. Si elle limite la participation sur la base de la nationalité conformément au paragraphe 1 du présent article, l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les motifs et circonstances motivant cette restriction.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à une procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice informe les fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils peuvent participer à cette procédure sans distinction de nationalité, cette déclaration ne pouvant être modifiée par la suite ; cependant, si elle décide de limiter la participation conformément au paragraphe 1 du présent article, elle les informe de cette décision.

Article 9. Forme des communications

1. Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché, les documents, notifications, décisions et autres communications visés dans la présente Loi qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur.

2. Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7 4) et 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) à f) et 47 l) peuvent être faites par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation.

3. L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications.

Article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs

Si l'entité adjudicatrice exige que les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs

pour justifier de leurs qualifications dans le cadre de la procédure de passation de marché soient authentifiées, elle n'impose quant à l'authentification aucune condition autre que celles prévues dans la législation du présent État concernant l'authentification des pièces de cette nature.

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1. L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants :

a) Une brève description des biens, travaux ou services requis, ou des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres, des propositions ou des prix, et le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur avec lequel le marché est conclu et le prix du marché;

c) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix;

d) S'ils sont connus de l'entité adjudicatrice, le prix ou le mode de détermination du prix et une récapitulation des autres principales conditions de chaque offre, proposition ou prix ainsi que du marché;

e) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, des propositions ou des prix, y compris l'application de toute marge de préférence conformément aux articles 34 4) d) et 39 2);

f) Si toutes les offres ou propositions, ou tous les prix, ont été rejetés en application de l'article 12, une déclaration motivée à cet effet, conformément à l'article 12 1);

g) Si une procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration indiquant les motifs du non-aboutissement de la procédure;

h) Les éléments d'information requis par l'article 15, si une offre, une proposition ou un prix a été rejeté en application de cette disposition;

i) Dans une procédure de passation de marché impliquant le recours à une méthode de passation de marché conformément au paragraphe 2 ou aux alinéas a) ou b) du paragraphe 3) de l'article 18, l'exposé, requis en application de l'article 18 4), des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier le choix de la méthode de passation de marché utilisée ;

j) Dans une procédure de passation de marché de services conformément au chapitre IV, l'exposé, requis en application de l'article 41 2), des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier la procédure de sélection utilisée;

k) Dans une procédure de passation de marché de services comprenant la sollicitation directe de propositions conformément à l'article 37 3), un exposé des motifs et des

circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier la sollicitation directe;

l) Dans une procédure de passation de marché où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 8 1), limite la participation sur la base de la nationalité, un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour imposer la restriction;

m) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de présélection ou le dossier de sollicitation, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de la documentation de présélection ou du dossier de sollicitation.

2. Sous réserve des dispositions de l'article 33 3), la partie du procès-verbal visée aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après qu'une offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché.

3. Sous réserve des dispositions de l'article 33 3), la partie du procès-verbal visée aux alinéas c) à g) et m) du paragraphe 1 du présent article est communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix, ou qui ont présenté une demande de présélection, après qu'une offre, une proposition ou un prix a été accepté ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché. Un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de la partie du procès-verbal visée aux alinéas c) à e) et m) soit faite plus tôt. Toutefois, sauf injonction d'un tribunal compétent et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice ne divulgue :

a) Aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

b) Aucune information relative à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix, ainsi qu'au montant des offres, des propositions ou des prix, à l'exception du résumé visé à l'alinéa e) du paragraphe 1.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de verser des dommages-intérêts aux fournisseurs ou entrepreneurs pour la simple raison qu'elle n'a pas dressé de procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément au présent article.

Article 12. Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix

1. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type désigne l'organe habilité à donner ladite approbation), et) si le dossier de sollicitation ou les documents sollicitant des propositions ou des prix le spécifient, l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres ou propositions, ou tous les prix à tout moment avant l'acceptation d'une offre ou d'une proposition, ou d'un prix. L'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou

entrepreneur ayant soumis une offre ou une proposition, ou un prix, qui en fait la demande, les motifs du rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.

2. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres ou des propositions, ou des prix du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article.

3. Un avis de rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix est promptement communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres ou propositions, ou des prix.

Article 13. Entrée en vigueur du marché

1. Dans la procédure d'appel d'offres, l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché s'effectuent conformément à l'article 36.

2. Dans toutes les autres méthodes de passation de marché, le mode d'entrée en vigueur du marché est notifié aux fournisseurs ou entrepreneurs au moment de la sollicitation de propositions ou de prix.

Article 14. Publication des avis d'attribution de marché

1. L'entité adjudicatrice publie promptement les avis d'attribution de marché.

2. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent indiquer les modalités de publication des avis visés au paragraphe 1.

3. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...].

Article 15. Incitations proposées par
des fournisseurs ou entrepreneurs

(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice rejette une offre, une proposition ou un prix si le fournisseur ou entrepreneur qui les lui a soumis propose, donne ou convient de donner, directement ou indirectement, à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice lié à la procédure de passation de marché. Le rejet de l'offre, de la proposition ou du prix et ses motifs sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiqués au fournisseur ou entrepreneur.

Article 16. Règles concernant la description des biens,
des travaux ou des services

1. L'entité adjudicatrice ne doit inclure ni utiliser, dans la documentation de présélection, le dossier de sollicitation ou les documents sollicitant des propositions ou des prix, des spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les

normes de qualité des biens, des travaux ou des services, requis, des conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité, ni des symboles, des termes ou une description des services, qui créent des obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché.

2. Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions ou descriptions des services sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens, des travaux ou des services requis. Ils ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens, des travaux ou des services requis et à condition que soient inclus des mots tels que "ou l'équivalent".

a) Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection, le dossier de sollicitation ou les documents sollicitant des propositions ou des prix utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens, des travaux ou des services requis;

b) Il est dûment tenu compte de la nécessité d'utiliser des termes commerciaux normalisés, lorsqu'ils existent, pour la formulation des conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de présélection, du dossier de sollicitation, ou des autres documents sollicitant des propositions ou des prix.

Article 17. Langue

La documentation de présélection, le dossier de sollicitation et les documents sollicitant des propositions ou des prix sont établis en ... (l'État adoptant la Loi type spécifie sa ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international), sauf lorsque :

a) La participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article 8 1) ;

ou b) L'entité adjudicatrice estime, au vu de la faible valeur des biens, des travaux ou des services requis, que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles d'être intéressés par le marché).

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 18. Méthodes de passation des marchés

1. Sauf disposition contraire du présent chapitre, une entité adjudicatrice désireuse de passer un marché de biens ou de travaux recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2. Pour la passation d'un marché de biens ou de travaux, l'entité adjudicatrice ne peut utiliser une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres qu'en application des articles 19, 20, 21 ou 22.

3. Pour la passation d'un marché de services, l'entité adjudicatrice recourt aux procédures énoncées au chapitre IV, sauf si elle considère :

Les États pourront choisir de ne pas incorporer toutes ces méthodes dans leur législation nationale. Sur cette question, voir le *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services* (A/CN.9/403).

a) Qu'il est possible de formuler des spécifications détaillées et qu'une procédure d'appel d'offres serait plus appropriée compte tenu de la nature des services à acquérir ; ou

b) Qu'il serait plus approprié (,sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) d'utiliser une des méthodes de passation des marchés visées aux articles 19 à 22, pour autant que les conditions à remplir pour l'utilisation de cette méthode soient satisfaites.

4. Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation des marchés en application du paragraphe 2 ou des alinéas a) ou b) du paragraphe 3, elle inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode.

Article 19. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres
en deux étapes, de la sollicitation de propositions
ou de la négociation avec appel à la concurrence

1. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 46, à la sollicitation de propositions conformément à l'article 48 ou à la négociation avec appel à la concurrence conformément à l'article 49, dans les circonstances suivantes :

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les biens ou les travaux, ou, dans le cas des services, de définir les caractéristiques qu'ils doivent posséder et, afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins,

i) Elle sollicite des offres ou des propositions concernant les différentes possibilités de répondre à ses besoins ; ou,

ii) En raison du caractère technique des biens ou des travaux, ou de la nature des services, elle doit négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) L'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 3 de l'article

premier, à la passation des marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales et conclut que la méthode choisie est celle qui convient le mieux pour la passation du marché ; ou

d) Une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais aucune offre n'a été soumise ou l'entité adjudicatrice a rejeté toutes les offres, en application des articles 12, 15 ou 34 3), et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres aboutisse à la conclusion d'un marché.

2. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut avoir recours à la négociation avec appel à la concurrence également :

a) Lorsque les biens, les travaux ou les services doivent être acquis, exécutés ou fournis d'urgence et que, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres, à condition que l'entité adjudicatrice n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part ; ou

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, les biens, les travaux ou les services doivent être acquis, exécutés ou fournis d'urgence, et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait.

Article 20. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint

(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, avoir recours à la procédure de l'appel d'offres restreint conformément à l'article 47, lorsque :

a) Les biens, les travaux ou les services, de par leur nature extrêmement complexe ou spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs ; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur des biens, des travaux ou des services requis.

Article 21. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

1. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut avoir recours à la procédure de sollicitation de prix conformément à l'article 50 pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à ses spécifications particulières et pour lesquels il existe un marché, à condition que la

valeur estimée du marché soit inférieure au montant spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés.

2. Il est interdit à l'entité adjudicatrice de scinder le marché afin de pouvoir invoquer les dispositions du paragraphe 1 du présent article.

Article 22. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique

1. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique conformément à l'article 51 dans les cas suivants :

a) Les biens, les travaux ou les services ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur les biens, les travaux ou les services, et il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;

b) Les biens, travaux ou services doivent être acquis, exécutés ou fournis d'urgence et, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres ou à une autre méthode de passation des marchés, à condition que l'entité adjudicatrice n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manoeuvres dilatoires de sa part ;

c) En raison d'un événement catastrophique, les biens, travaux ou services doivent être acquis, exécutés ou fournis d'urgence, et il ne serait donc pas réaliste de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait;

d) L'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, des matériels, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, matériels, technologies ou services existants, compte tenu de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent ;

e) L'entité adjudicatrice souhaite conclure avec le fournisseur ou entrepreneur un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement ; ou

f) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 3 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales, et conclut que la sollicitation d'une source unique est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché.

2. Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), et après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations, l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour promouvoir une politique visée aux articles 34 4) c) iii) ou 39 1) d), à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

SECTION I. SOLLICITATION D'OFFRES ET DE DEMANDES DE PRÉSÉLECTION

Article 23. Appel d'offres national

Dans une procédure de passation de marché,

a) Lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8 1), ou

b) Lorsque, en raison de la faible valeur des biens, des travaux ou des services requis, elle juge que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles de souhaiter soumettre des offres, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 24 2), 25 1) h), 25 1) i), 25 2) c), 25 2) d), 27 j), 27 k), 27 s) et 32 1) c) de la présente Loi.

Article 24. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres ou, le cas échéant, des demandes de présélection en faisant publier une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection doit être publiée).

2. L'invitation à soumettre une offre ou l'invitation à présenter une demande de présélection doit également être publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale.

Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

1. L'invitation à soumettre une offre comporte, au minimum, les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis;

c) Le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux,

ou le calendrier pour la fourniture des services;

d) Les critères et procédures qui seront utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article 6 1) b);

e) Une déclaration, qui ne pourra être modifiée par la suite, indiquant que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer à la procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, ou une déclaration indiquant que la participation est limitée sur la base de la nationalité conformément à l'article 8 1), selon le cas;

f) Les modalités d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;

g) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier de sollicitation;

h) La monnaie et les modalités de paiement du dossier de sollicitation;

i) La ou les langues dans lesquelles le dossier de sollicitation est disponible;

j) Le lieu et le délai de soumission des offres.

2. L'invitation à présenter une demande de présélection comporte, au minimum, les renseignements visés au paragraphe 1 ci-dessus, alinéas a) à e), g), h) et j), si les renseignements demandés dans ce dernier alinéa sont déjà connus, ainsi que les renseignements suivants :

a) Les modalités d'obtention de la documentation de présélection et le lieu où elle peut être obtenue;

b) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection;

c) La monnaie et les modalités de paiement de la documentation de présélection;

d) La ou les langues dans lesquelles la documentation de présélection est disponible;

e) Le lieu et la date limite de soumission des demandes de présélection.

Article 26. Communication du dossier de sollicitation

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation aux fournisseurs ou entrepreneurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'invitation à soumettre une offre. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été présélectionné et qui, le cas échéant, en acquitte le prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de sollicitation ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 27. Teneur du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants :

a) Des instructions pour l'établissement des offres;

b) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article 6, relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et à la confirmation des

qualifications en application de l'article 34 6);

c) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

d) La nature, et les caractéristiques techniques et qualitatives que doivent présenter, conformément à l'article 16, les biens, les travaux ou les services requis, y compris, mais non pas exclusivement, les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas ; la quantité de biens requis ; tous services accessoires à exécuter ; le lieu où les travaux doivent être effectués ou celui où les services doivent être fournis ; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services;

e) Les critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir, y compris toute marge de préférence et tous critères autres que le prix à utiliser conformément à l'article 34 4) b), c) ou d) et leur coefficient de pondération;

f) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

g) Si des variantes par rapport aux caractéristiques des biens, des travaux ou des services, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les offres comportant de telles variantes seront évaluées et comparées;

h) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une partie des biens, des travaux ou des services requis, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être soumises;

i) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût des biens, des travaux ou des services, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

j) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé ;

k) La ou les langues, conformément à l'article 29, dans lesquelles les offres doivent être établies;

l) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de toute garantie de soumission exigée des fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres, et toute stipulation concernant toute garantie de bonne exécution du marché exigée du fournisseur ou entrepreneur avec lequel le marché est conclu, y compris des garanties telles que les cautionnements sur la main-d'œuvre et sur les matériaux;

m) Si les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas autorisés à modifier ou retirer leur offre avant la date limite de soumission des offres sans perdre leur garantie de soumission, une

mention le précisant;

n) Le mode, le lieu et la date limite de soumission des offres, conformément à l'article 30;

o) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 28, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs;

p) La période de validité des offres, conformément à l'article 31;

q) Le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 33;

r) Les procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des offres;

s) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres en application de l'article 34 5), et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion des offres dans cette monnaie soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

t) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, étant entendu, toutefois, que l'omission de toute référence de cet ordre ne constituera pas un motif de recours sur le fondement de l'article 52 ni n'engagera la responsabilité de l'entité adjudicatrice;

u) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

v) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou entrepreneur extérieurement au marché, par exemple un engagement portant sur des échanges compensés ou sur le transfert de technologie;

w) Une notification du droit prévu à l'article 52 de la présente Loi d'engager une procédure de recours contre un acte, une décision ou une procédure illicites de l'entité adjudicatrice touchant la procédure de passation du marché ;

x) Si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les offres en application de l'article 12, une mention le précisant;

y) Les formalités qui devront être accomplies, une fois une offre acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article 36 et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

z) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la

soumission des offres et d'autres aspects de la procédure de passation du marché.

Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut adresser à l'entité adjudicatrice une demande d'éclaircissements sur le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice y répond s'il reste un laps de temps raisonnable entre la réception de la demande et la date limite de soumission des offres. Elle donne sa réponse dans un délai raisonnable de façon à permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre son offre en temps utile et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation.

2. À tout moment avant la date limite de soumission des offres, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque C de sa propre initiative ou suite à une demande d'éclaircissements émanant d'un fournisseur ou entrepreneur C modifier le dossier de sollicitation en publiant un additif. L'additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation et s'impose à eux.

3. Si elle convoque une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs, l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la réunion dans lequel elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet du dossier de sollicitation, et ses réponses à ces demandes, sans préciser l'origine de ces dernières. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leurs offres.

SECTION II. SOUMISSION DES OFFRES

Article 29. Langue des offres

Les offres peuvent être formulées et soumises dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été publié ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation.

Article 30. Soumission des offres

1. L'entité adjudicatrice fixe le lieu de soumission des offres ainsi qu'une date et une heure précises qui constituent la date limite pour la soumission des offres.

2. Si, conformément à l'article 28, elle publie une clarification ou une modification du dossier de sollicitation, ou si une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs a lieu, l'entité adjudicatrice, avant la date limite de soumission des offres, reporte si nécessaire cette date afin que les fournisseurs ou entrepreneurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte dans leur offre de la clarification ou de la modification, ou du procès-verbal de la réunion.

3. L'entité adjudicatrice peut, à son gré, avant la date limite de soumission des offres, reporter cette date si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs
fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre d'ici là.
4. Tout report de la date limite est promptement notifié à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation.
5. a) Sous réserve de l'alinéa b), les offres sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée;
b) Sans préjudice du droit des fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs offres sous la forme visée à l'alinéa a), les offres peuvent également être soumise sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation, qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité;
c) L'entité adjudicatrice délivre, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue.
6. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte et est renvoyée au fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise.

Article 31. Période de validité des offres ; modification et retrait des offres

1. Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.
2. a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prorogée;
b) Les fournisseurs ou entrepreneurs qui acceptent de proroger la période de validité de leur offre prorogent ou font proroger la période de validité de leur garantie de soumission ou fournissent une nouvelle garantie portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Tout fournisseur ou entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prorogée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est réputé avoir refusé la prorogation de la période de validité de son offre.
3. Sauf stipulation contraire du dossier de sollicitation, tout fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de soumission des offres sans perdre sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait prennent effet si l'entité adjudicatrice les reçoit avant la date limite de soumission des offres.

Article 32. Garanties de soumission

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande une garantie de soumission aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant une offre :

a) Cette condition s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) Le dossier de sollicitation peut spécifier que l'émetteur de la garantie de et, le cas échéant, le confirmateur de la garantie, ainsi que la forme et les conditions de la garantie doivent être agréés par l'entité adjudicatrice;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, une garantie de soumission n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par un émetteur du présent État si la garantie de soumission et l'émetteur satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation (, à moins que l'acceptation de la garantie de soumission par l'entité adjudicatrice ne soit contraire à une loi du présent État);

d) Avant de soumettre une offre, tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de confirmer que l'émetteur proposé de la garantie de soumission ou, le cas échéant, le confirmateur proposé, remplit bien les conditions requises ; l'entité adjudicatrice répond promptement à une telle demande ;

e) La confirmation que l'émetteur ou le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou le confirmateur, selon le cas, est devenu insolvable ou présente d'une autre manière un risque quant à la capacité de remboursement;

f) L'entité adjudicatrice spécifie dans le dossier de sollicitation toutes conditions concernant l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et autres conditions principales de la garantie de soumission requise ; les conditions se rapportant directement ou indirectement à la conduite du fournisseur ou entrepreneur soumettant l'offre ne peuvent concerner que :

i) Le retrait ou la modification de l'offre après la date limite de soumission des offres, ou avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation;

ii) Le défaut de signature du marché alors que la signature est exigée par l'entité adjudicatrice;

iii) Le défaut de fourniture de la garantie de bonne exécution requise, après l'acceptation de l'offre, ou le manquement, avant la signature du marché, à toute autre condition spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et retourne, ou fait retourner, promptement le document de garantie dès que se produit l'un des faits suivants :

a) L'expiration de la garantie de soumission;

b) L'entrée en vigueur d'un marché et la fourniture d'une garantie de bonne exécution, si le dossier de sollicitation exige une telle garantie;

c) La clôture de la procédure d'appel d'offres sans entrée en vigueur d'un marché ; d) Le retrait de l'offre avant la date limite de soumission des offres, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans le dossier de sollicitation.

SECTION III. ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES

Article 33. Ouverture des offres

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres, ou à la date spécifiée en cas de report de la date limite initiale, au lieu et selon les modalités spécifiées dans le dossier.

2. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres.

3. Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis une offre mais n'étaient ni présents ni représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement au procès-verbal de la procédure d'appel d'offres prévu à l'article 11.

Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leur offre, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;

b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui sont découvertes durant l'examen des offres. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou entrepreneur qui a soumis l'offre.

a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut considérer une offre comme étant conforme que si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation;

b) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas essentiellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou des oublis qui peuvent être corrigés sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts sont quantifiés, dans la mesure du possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation et de la comparaison des offres.

3. L'entité adjudicatrice n'accepte pas une offre :

a) Si le fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise n'a pas les qualifications requises;

b) Si le fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise n'accepte pas qu'une erreur arithmétique soit corrigée en application du paragraphe 1 b) du présent article;

c) Si l'offre n'est pas conforme;

d) Dans les circonstances visées à l'article 15.

4. a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui ont été acceptées afin de

déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa b) du présent paragraphe, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui ne figure pas dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé;

b) L'offre à retenir est :

i) L'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d) du présent paragraphe ; ou

ii) Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée sur la base de critères spécifiés dans le dossier de sollicitation, critères qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible;

c) Pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation visée à l'alinéa b) ii) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut tenir compte que des éléments suivants :

i) Le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d) du présent paragraphe;

ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie des biens, des travaux ou des services;

iii) L'effet que l'acceptation d'une offre aurait sur l'état de la balance des paiements et les réserves en devises [du présent État], les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens, travaux ou services proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles [... (l'État adoptant la Loi type peut développer l'alinéa iii) en y ajoutant des critères

supplémentaires)] ; et

iv) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales;

d) Si les règlements en matière de passation des marchés le permettent, (et sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut, lorsqu'elle évalue et compare les offres, accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs nationaux ou aux offres de biens produits localement ou aux fournisseurs nationaux de services. La

marge de préférence est calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

5. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la même monnaie, conformément au taux spécifié dans le dossier de sollicitation en application de l'alinéa s) de l'article 27, aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

6. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article 7, l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément au paragraphe 4 b) du présent article, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article 6. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de présélection a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

7. Si le fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 6 du présent article, mais ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 4 du présent article, parmi les offres restantes, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article 12 1), de rejeter toutes les offres restantes.

8. Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas révélées aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 11.

Article 35. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur.

Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

1. Sous réserve des articles 12 et 34 7), l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément à l'article 34 4) b) est acceptée. L'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée.

2. a) Nonobstant les dispositions du paragraphe 4 du présent article, le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit signer un marché écrit conforme à cette offre. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice (le ministère compétent) et le fournisseur ou entrepreneur signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis visé au paragraphe 1 du présent article a été expédié au

fournisseur ou entrepreneur;

b) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, lorsqu'un marché écrit doit être signé en application de l'alinéa a) du présent paragraphe, le marché entre en vigueur lorsqu'il est signé par le fournisseur ou entrepreneur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié au fournisseur ou entrepreneur et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

3. Lorsque le dossier de sollicitation stipule que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prorogation de la période de validité des offres spécifiée dans le dossier de sollicitation en application de l'article 31 1) ou de la période de validité des garanties de soumission pouvant être requises en application de l'article 32 1).

4. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 b) et 3 du présent article, un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre, à condition qu'il soit expédié pendant que l'offre est en cours de validité. L'avis est expédié lorsqu'il est dûment adressé ou envoyé et transmis de toute autre manière au fournisseur ou entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou entrepreneur, par un mode de communication autorisé par l'article 9.

5. Si le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre a été acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est invité à le faire, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché, l'entité adjudicatrice choisit l'offre à retenir, conformément à l'article 34 4), parmi les offres valides restantes, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article 12 1), de rejeter toutes les offres restantes. L'avis prévu au paragraphe 1 du présent article est donné au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis cette offre.

6. Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation par le fournisseur ou entrepreneur d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est exigée, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

CHAPITRE IV. MÉTHODE PRINCIPALE POUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES

Article 37. Avis de sollicitation de propositions

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions relatives à des services ou, le cas échéant,

des demandes de présélection en faisant publier un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs qui pourraient souhaiter soumettre une proposition ou une demande de présélection, selon le cas, de se faire connaître dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lesquels l'avis doit être publié). L'avis doit contenir, au minimum, le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice, une brève description des services requis, les modalités d'obtention de la sollicitation de propositions ou de la documentation de présélection, et le prix demandé, le cas échéant, pour la sollicitation de propositions ou pour la documentation de présélection.

2. L'avis doit également être publié, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale, sauf lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8 1) ou lorsque, en raison de la faible valeur des services requis, l'entité adjudicatrice estime que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles de souhaiter soumettre une proposition.

3. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type précise quel est l'organe habilité à donner ladite approbation),) si la sollicitation directe est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article lorsque :

a) Les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, à condition qu'elle sollicite des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs ; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur des services requis, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence;ou

c) La sollicitation directe est le seul moyen d'assurer la confidentialité ou est nécessaire pour des raisons d'intérêt national, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence.

4. L'entité adjudicatrice distribue la sollicitation de propositions, ou la documentation de présélection, aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux procédures et dans les conditions spécifiées dans l'avis ou, lorsque le paragraphe 3 s'applique, directement aux fournisseurs ou entrepreneurs participants. Le prix qu'elle peut demander pour la sollicitation de propositions ou pour la documentation de présélection ne doit refléter que le coût de leur impression et de leur distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle distribue la sollicitation de propositions à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été présélectionné et qui acquitte le prix éventuellement demandé.

Article 38. Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services

La sollicitation de propositions comporte, au minimum, les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La ou les langues dans lesquelles les propositions doivent être établies;

c) Le mode, le lieu et la date limite de soumission des propositions;

d) Si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les propositions, une mention le précisant;

e) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article 6, relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article 7 8);

f) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

g) Pour autant qu'elles soient connues, la nature des services requis et les caractéristiques qu'ils doivent présenter, y compris, mais non pas exclusivement, le lieu où ils doivent être fournis et, le cas échéant, le moment où leur fourniture est souhaitée ou requise;

h) Si l'entité adjudicatrice sollicite des propositions concernant divers moyens possibles de répondre à ses besoins;

i) Lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des propositions ne portant que sur une partie des services requis, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être soumises;

j) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, sauf si le prix n'est pas un critère pertinent;

k) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût des services, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes, sauf si le prix n'est pas un critère pertinent;

l) La procédure choisie en application de l'article 41 1) pour déterminer la proposition à retenir;

m) Les critères qui seront appliqués pour déterminer la proposition à retenir, y compris toute marge de préférence qui sera ménagée conformément à l'article 39 2), et le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères;

n) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

o) Si des variantes par rapport aux caractéristiques des services, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans la sollicitation de propositions sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les propositions comportant de telles variantes seront évaluées et comparées;

p) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire ;

q) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 40, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la sollicitation de propositions, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs;

r) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

s) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, étant entendu, toutefois, que l'omission de toute référence de cet ordre ne constituera pas un motif de recours sur le fondement de l'article 52 ni n'engagera la responsabilité de l'entité adjudicatrice;

t) Une notification du droit, prévu à l'article 52, d'engager une procédure de recours contre un acte, une décision ou une procédure illicites de l'entité adjudicatrice touchant la procédure de passation du marché;

u) Les formalités qui devront être accomplies, une fois la proposition acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

v) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la soumission des propositions et d'autres aspects de la procédure de passation du marché.

Article 39. Critères d'évaluation des propositions

1. L'entité adjudicatrice établit les critères d'évaluation des propositions et fixe le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la façon dont ces derniers seront appliqués pour l'évaluation des propositions. Ces critères sont notifiés aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions et ne peuvent concerner que :

a) Les qualifications, l'expérience, la réputation, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou entrepreneur et du personnel de

celui-ci devant participer à la fourniture des services;

b) La mesure dans laquelle la proposition soumise par le fournisseur ou entrepreneur permettrait de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice;

c) Le prix de la proposition, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément au paragraphe 2, y compris tous frais accessoires ou connexes ;

d) L'effet que l'acceptation d'une proposition aurait sur la balance des paiements et les réserves en devises (du présent État), le degré de participation des fournisseurs ou entrepreneurs locaux, le potentiel de développement économique offert par la proposition, notamment les investissements et autres activités commerciales locaux, la promotion de l'emploi, le transfert de technologie, le développement des compétences en matière de gestion et des compétences scientifiques et opérationnelles et les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs [... (l'État adoptant la Loi type peut inclure dans cet alinéa des critères supplémentaires)];

e) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales.

2. Si les règlements en matière de passation des marchés l'autorisent (et sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),), l'entité adjudicatrice peut, lorsqu'elle évalue et compare les propositions, ménager, au bénéfice des fournisseurs nationaux de services, une marge de préférence qui sera calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés et mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

Article 40. Clarification et modification
des sollicitations de propositions

1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut adresser à l'entité adjudicatrice une demande d'éclaircissements sur la sollicitation de propositions. L'entité adjudicatrice y répond s'il reste un laps de temps raisonnable entre la réception de la demande et la date limite de soumission des propositions. Elle donne sa réponse dans un délai raisonnable de façon à permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre sa proposition en temps utile et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé la sollicitation de propositions.

2. À tout moment avant la date limite de soumission des propositions, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque C de sa propre initiative ou suite à une demande d'éclaircissements émanant d'un fournisseur ou entrepreneur C modifier la sollicitation de propositions en publiant un additif. L'additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé la sollicitation de propositions et
s'impose à eux.

3. Si elle convoque une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs, l'entité adjudicatrice

dresse un procès-verbal de la réunion, dans lequel elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet de la sollicitation de propositions, et ses réponses à ces demandes, sans préciser l'origine de ces dernières. Le procès-verbal est communiqué

promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leurs propositions.

Article 41. Choix des procédures de sélection

1. Pour déterminer la proposition à retenir, l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue à l'article 42 2) a), 42 2) b), 43 ou 44 qui a été notifiée aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions.

2. L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal requis à l'article 11 un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle se fonde pour justifier l'utilisation d'une procédure de sélection en application du paragraphe 1 du présent article.

3. Rien dans le présent chapitre n'empêche l'entité adjudicatrice de faire appel, dans la procédure de sélection, à un jury impartial d'experts indépendants.

Article 42. Procédure de sélection sans négociation

1. Lorsqu'en application de l'article 41 1), l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue au présent article, elle fixe un seuil concernant la qualité et les aspects techniques des propositions au regard des critères autres que le prix énoncés dans la sollicitation de propositions et elle note chaque proposition sur la base de ces critères et des coefficients de pondération et modalités d'application de ces critères indiqués dans la sollicitation de propositions. Elle compare alors les prix des propositions qui ont obtenu une note équivalente ou supérieure au seuil.

2. La proposition à retenir est alors :

a) La proposition offrant le prix le plus bas ; ou

b) La proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix visés au paragraphe 1 du présent article et du prix.

Article 43. Procédures de sélection avec négociations simultanées

1. Lorsqu'en application de l'article 41 1), l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue au présent article, elle engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des propositions acceptables et elle peut demander ou autoriser la modification de ces propositions, à condition que la possibilité de participer aux négociations soit donnée à tous ces fournisseurs ou entrepreneurs.

2. À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de soumettre, dans un certain délai, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leur proposition.

3. Pour l'évaluation des propositions, le prix est pris en considération séparément et seulement une fois l'évaluation technique achevée.

4. L'entité adjudicatrice attribue le marché au fournisseur ou entrepreneur dont la proposition s'est avérée, sur la base des critères d'évaluation des propositions et des coefficients de pondération ainsi que des modalités d'application de ces critères indiqués dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins.

Article 44. Procédures de sélection avec négociations consécutives

Lorsqu'en application de l'article 44 1), l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue au présent article, elle engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs en procédant comme suit :

a) Elle fixe un seuil conformément à l'article 42 1);

b) Elle invite le fournisseur ou entrepreneur qui a obtenu la meilleure note en application de l'article 42 1) à des négociations sur le prix de sa proposition;

c) Elle informe les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont obtenu une note supérieure au seuil fixé qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution du marché;

d) Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis;

e) S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur invité à négocier en application de l'alinéa b) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution du marché, elle informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations;

f) L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou entrepreneur qui a obtenu la deuxième note ; si les négociations avec ce fournisseur ou entrepreneur n'aboutissent pas à l'attribution du marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs en suivant l'ordre des notes obtenues par ces derniers jusqu'à ce que le marché soit attribué ou que toutes les propositions aient été rejetées.

Article 45. Confidentialité

L'entité adjudicatrice traite les propositions d'une manière qui évite la divulgation de leur contenu aux fournisseurs ou entrepreneurs en compétition. Toutes les négociations organisées conformément à l'article 43 ou 44 sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie à ces négociations ne doit révéler à quiconque aucune information technique ou sur les prix ni aucune autre information concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie.

CHAPITRE V. PASSATION DES MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Article 46. Appel d'offres en deux étapes

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel

d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens, des travaux ou des services que les conditions contractuelles de leur fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

3. L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec tout fournisseur ou entrepreneur dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles 12, 15 ou 34 3) des négociations au sujet de tout aspect de son offre.

4. Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre

des offres finales accompagnées de prix correspondant aux spécifications d'un cahier des charges.

Lorsqu'elle définit ces spécifications, l'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect, initialement prévu dans le dossier de sollicitation, des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens, travaux ou services requis et tout critère initialement énoncé dans ce dossier pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre à retenir, et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à soumettre une offre définitive qui leur est adressée. Le fournisseur ou entrepreneur qui ne souhaite pas soumettre une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir.

Les offres définitives sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir conformément à l'article 34 4) b).

Article 47. Appel d'offres restreint

1. a) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa a) de l'article 20, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels les biens, travaux ou services requis peuvent être obtenus;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa b) de l'article 20, elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

2. Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint, elle fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié).

3. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi, à l'exception de l'article 24, s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

Article 48. Sollicitation de propositions

1. La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible.

2. L'entité adjudicatrice publie dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs qui pourraient souhaiter soumettre une proposition de se faire connaître, à moins qu'elle ne juge qu'il n'est pas souhaitable de publier un tel avis pour des raisons d'économie ou d'efficacité ; ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une proposition soit évaluée.

3. L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et fixe le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Ces critères doivent permettre d'évaluer :

a) La compétence relative du fournisseur ou entrepreneur en matière de technique et de gestion;

b) La mesure dans laquelle la proposition présentée par le fournisseur ou entrepreneur permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice ; et

c) Le prix proposé par le fournisseur ou entrepreneur pour mettre en œuvre sa proposition et le coût de l'exploitation, de l'entretien et de la réparation des biens ou travaux proposés.

4. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice comporte, au minimum, les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La description des besoins que le marché devra satisfaire, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer et, pour un marché de services, le lieu où les services doivent être fournis ;

c) Les critères d'évaluation de la proposition, exprimés, dans la mesure du possible, en termes pécuniaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères, et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition ; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels.

5. Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe 3 du présent article est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions.

6. L'entité adjudicatrice traite toutes les propositions d'une manière qui permet d'éviter que leur contenu soit divulgué aux fournisseurs ou entrepreneurs en concurrence.

7. L'entité adjudicatrice peut négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies :

a) Toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur est confidentielle;

b) Sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne doit révéler à personne aucune information technique, aucune information relative au prix ni aucune autre information commerciale concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie;

c) La possibilité de participer aux négociations est donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions qui n'ont pas été rejetées.

8. À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de soumettre, d'ici une date donnée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions.

9. L'entité adjudicatrice applique les méthodes suivantes pour l'évaluation des propositions :

a) Seuls les critères visés au paragraphe 3 du présent article qui sont énoncés dans la sollicitation de propositions sont pris en considération;

b) La mesure dans laquelle une proposition permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée indépendamment du prix;

c) Le prix d'une proposition n'est pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique achevée.

10. L'entité adjudicatrice attribue le marché au fournisseur ou entrepreneur dont la proposition s'est avérée, sur la base des critères d'évaluation des propositions et des coefficients de pondération ainsi que des modalités d'application de ces critères spécifiés dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins.

Article 49. Négociation avec appel à la concurrence

1. Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour qu'il y ait réellement concurrence.

2. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou

entrepreneur sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

3. Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne doit révéler à personne aucune information technique, aucune information relative au prix ni aucune autre information commerciale concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie.

4. Une fois les négociations achevées, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions. L'entité adjudicatrice sélectionne l'offre à retenir sur la base de ces meilleures offres définitives.

Article 50. Sollicitation de prix

1. L'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un aussi grand nombre de fournisseurs ou entrepreneurs que possible et auprès d'au moins trois si possible. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une sollicitation de prix est avisé lorsque des éléments autres que les frais pour les biens ou services eux-mêmes, tels que tous frais de transport ou d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix donné par ledit fournisseur ou entrepreneur.

3. Le marché est attribué au fournisseur ou entrepreneur qui a fait l'offre au prix le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 51. Sollicitation d'une source unique

Dans les circonstances énoncées à l'article 22, l'entité adjudicatrice peut se procurer les biens, les travaux ou les services en sollicitant une proposition ou un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique.

CHAPITRE VI. RECOURS

Article 52. Droit de recours

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, tout fournisseur ou entrepreneur qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un dommage causé par la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi peut introduire un recours conformément aux articles 53 à [57].

2. Ne peuvent faire l'objet du recours prévu au paragraphe 1 du présent article :

a) Le choix d'une méthode de passation des marchés conformément aux articles 18 à 22;

b) Le choix d'une procédure de sélection conformément à l'article 41 1);

c) La limitation de la participation à la procédure de passation du marché, conformément à l'article 8, sur la base de la nationalité;

d) La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter la totalité des offres, ou propositions ou des prix conformément à l'article 12;

Les États promulguant la Loi type souhaiteront peut-être incorporer les articles sur les recours sans changement ou en y apportant le minimum de changements nécessaire pour répondre à des impératifs particuliers.

Toutefois, pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres, certains États pourraient souhaiter n'incorporer que certaines des dispositions concernant les recours ou aucune d'elles. En pareil cas, les articles sur les recours pourront leur servir de référence pour évaluer leurs procédures de recours.

e) Le refus de l'entité adjudicatrice de donner suite à une manifestation d'intérêt pour la participation à une procédure de sollicitation de propositions conformément à l'article 48 2);

f) Une omission visée à l'article 27 t) ou à l'article 38 s).

Article 53. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)

1. À moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur, une réclamation est, en première instance, présentée par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. (Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une autorité conformément à la présente Loi, la réclamation est soumise au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure.)

2. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne tient compte d'une réclamation que si elle a été présentée dans un délai de 20 jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) n'a pas à tenir compte d'une réclamation, ou à continuer de tenir compte d'une réclamation, après l'entrée en vigueur du marché.

4. À moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur et l'entité adjudicatrice, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) rend une décision écrite, dans les 30 jours qui suivent la présentation de la réclamation.

Cette décision :

a) Est motivée ; et

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises.

5. Si le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 4 du présent article, le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation (ou l'entité adjudicatrice) pourra immédiatement engager la

procédure prévue à l'article [54 ou 57]. Une fois cette procédure engagée, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne peut plus connaître de la réclamation.

6. La décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) est définitive, à moins qu'une procédure ne soit engagée en vertu de l'article [54 ou 57].

Article 54. Recours administratif

1. Le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 52 peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative] :

a) Si cette réclamation ne peut être présentée ou examinée en application de l'article 53e n raison de l'entrée en vigueur du marché, et sous réserve qu'elle soit présentée dans un délai de 20 jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a pris connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances;

b) Si le responsable de l'entité adjudicatrice ne tient pas compte d'une réclamation parce que le marché est entré en vigueur, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de 20 jours après que la décision de ne pas tenir compte de la réclamation a été rendue;

c) En application de l'article 53 5), sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de 20 jours après l'expiration de la période visée à l'article 53 4) ; ou

d) Si le fournisseur ou entrepreneur s'estime lésé par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) prise en application de l'article 53, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de 20 jours après que ladite décision a été rendue.

2. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise l'entité adjudicatrice (ou l'autorité de tutelle).

3. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, [accorder] [recommander] une ou plusieurs des réparations suivantes :

a) Dire les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce;

Les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre cet article et ne conserver que celui qui concerne le recours

judiciaire (art. 57).

*On a décidé d'offrir le choix entre deux variantes afin de tenir compte du cas des États dont les organes compétents ne sont pas habilités à accorder les réparations énumérées ci-dessus, mais peuvent faire des recommandations.

b) Interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

c) Exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé illégalement ou qui a adopté une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision* légale;

d) Annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité

adjudicatrice, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;
e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision, à l'exception de toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;
f) Exiger le versement d'un dédommagement :
Option I
Pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation;
Option II
Pour la perte ou le préjudice subi dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation;
g) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché.
4. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de 30 jours une décision écrite au sujet de la réclamation, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et, le cas échéant, les réparations accordées.
5. Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 57.

Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54]

1. Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article 53 [ou de l'article 54], le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas,] avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la présentation de cette réclamation et de son contenu.
2. Chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs ou toute autorité gouvernementale dont les intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours a le droit de participer à cette procédure. Le fournisseur ou entrepreneur qui ne participe pas à la procédure de recours ne peut formuler par la suite de réclamation du même type.
3. Une copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou du [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas,] est remise, dans un délai de cinq jours après que la décision a été rendue, au fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation, à l'entité adjudicatrice et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement mises à la disposition du public, pour examen, à condition toutefois qu'aucune information ne soit divulguée si cette divulgation est contraire à la loi, en compromet l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entrave le libre jeu de la concurrence.

Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché

1. La présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 53 [ou de l'article 54] entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période de sept jours, sous réserve que la réclamation ne soit pas futile et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou entrepreneur subira un dommage irréparable s'il n'y a pas suspension de la procédure, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs.
2. Lorsque le marché entre en vigueur, la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 54 entraîne la suspension de l'exécution du marché pendant une période de sept jours, sous réserve que la réclamation remplisse les conditions énoncées au paragraphe 1 du présent article.
3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative],] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 1 du présent article [et le [insérer le nom de l'instance administrative] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 2 du présent article,] afin de protéger les droits du fournisseur ou entrepreneur présentant la réclamation ou engageant l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas 30 jours.
4. La suspension prévue par le présent article ne s'applique pas si l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général. Le certificat, qui doit énoncer les motifs ayant amené à conclure qu'il existe de telles considérations d'urgence et qui est versé au dossier de la procédure de passation du marché, est irréfragable à tous les stades de la procédure de recours, sauf au stade judiciaire.
5. Toute décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu du présent article et les motifs et les circonstances de l'adoption de cette décision sont versés au dossier de la procédure de passation du marché.

Article 57. Recours judiciaire

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article 52 et des actions récursoires judiciaires intentées contre les décisions rendues par les instances de recours C ou contre le fait que ces instances n'ont pas rendu de décision dans le délai prescrit C en vertu de l'article 53 [ou de l'article 54]

ANNEXE 4: ÉTAT DES INCORPORATION DES LOI-TYPES DANS LES DROITS INTERNES

INCORPORATION DE LOIS TYPES DANS LE DROIT INTERNE

10. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)

Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ont été adoptés dans les pays et territoires suivants: Allemagne, Australie, Azerbaïdjan, Bahreïn, Bélarus, Bermudes, Bulgarie, Canada, Chypre, Croatie, Égypte, États-Unis d'Amérique (Californie, Connecticut, Illinois, Oregon et Texas), Fédération de Russie, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Jordanie, Kenya, Lituanie, Madagascar, Malte, Mexique, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Oman, Paraguay, Pérou, Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine), Région administrative spéciale de Macao (Chine), République de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Écosse), Singapour, Sri Lanka, Tunisie, Ukraine, Zambie et Zimbabwe.

12. Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)

Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ou largement inspirés de celle-ci ont été adoptés dans divers pays, dont l'Albanie, l'Azerbaïdjan, la Croatie, l'Estonie, ***la Gambie (2001)****, le Kazakhstan, le Kenya, le Kirghizistan,* ***le Malawi (2003)****, Maurice, la Mongolie, l'Ouganda, l'Ouzbékistan, la Pologne,* ***la République de Moldova****,* ***la Roumanie****, la Slovaquie et la République-Unie de Tanzanie.*

ANNEXE 5: SENTENCE TEXACO-CALASIATIC C./ GOUVERNEMENT LYBIEN, 19 JANV. 1977

TEXACO/CALASIATIC c/ GOUVERNEMENT LIBYEN

SENTENCE ARBITRALE AU FOND

(19 janvier 1977)

Saisi en qualité d'Arbitre Unique, à la suite de la désignation faite le 18 décembre 1974 par le Président de la Cour internationale de justice, d'un arbitrage entre, d'une part, le Gouvernement de la République arabe de Libye et, d'autre part, les sociétés California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company,

l'Arbitre Unique soussigné a rendu la sentence au fond dont la teneur suit :

[……

……]

17. — Dans le dernier état de leurs écritures, tel qu'il résulte à la fois des conclusions de leur mémoire sur le fond et de leurs conclusions d'audience, les parties demanderesses sollic itent du Tribunal arbitral:

« A. — Principalement :

dire et déclarer

1) Que les contrats de concession ont un caractère obligatoire pour les parties ;

2) Que la défenderesse, en adoptant les décrets de 1973 et 1974 et par son comportement subséquent, a manqué aux obligations découlant pour elle des contrats ;

3) Que la défenderesse est tenue d'exécuter ces contrats et de leur donner plein effet ;

4) Que la défenderesse dispose d'un délai de quatre-vingt-dix (90) jours après la sentence, soit dès la réception de celle -ci ou dès le jour que fixera l'Arbitre Unique pour porter à la connaissance du Tribunal arbitral les mesures par elle prises en vue de se conformer à la sentence et de s'exécuter.

B. — Subsidiairement,

Dans l'hypothèse où l'Arbitre Unique n'aurait pas accueilli les conclusions des demanderesses formulées sous A ci-dessus ou ne les aurait accueillies que partiellement,

Réserver à une phase ultérieure de la procédure arbitrale l'examen de toutes autres questions qui pourraient surgir et réserver aux demanderesses le droit de faire valoir leurs moyens à cet égard.

C. — En tout état de cause,

Réserver la suite de la procédure pour le cas où la défenderesse ne se serait pas conformée à la sentence arbitrale dans le délai fixé ».

18. — C'est sur ces conclusions qu'il incombe

au Tribunal arbitral de prononcer en résolvant les questions suivantes :

1) Les contrats de concession ont-ils, ou non, un caractère obligatoire pour les parties ?

2) Le Gouvernement libyen, en adoptant des mesures de nationalisation en 1973 et 1974, a-til,
ou non, manqué aux obligations résultant
pour lui de ces contrats ?

C'est en répondant à cette deuxième question que le Tribunal arbitral répondra aux deux objections
soulevées par le Gouvernement libyen
dans son mémoire en date du 26 juillet 1974, objections dont l'examen avait été différé lors du prononcé de la sentence préliminaire du 27 novembre 1975 parce qu'elles relevaient du fond de l'affaire.

3) Le Gouvernement défendeur est-il tenu d'exécuter les contrats de concession et de leur donner plein effet ?

4) Le Gouvernement défendeur doit-il disposer d'un délai et de quelle durée pour faire connaître
au Tribunal arbitral les mesures par lui prises en vue de se conformer à la sentence et de s'exécuter?

3

Subsidiairement, pour le cas où les conclusions principales seraient — en tout ou en partie — rejetées par le Tribunal, y a-t-il lieu de réserver à une phase ultérieure de la procédure arbitrale l'examen de toutes autres questions qui pourraient
surgir et de réserver aux sociétés demanderesses
le droit de faire valoir leurs
moyens à cet égard ?

En tout état de cause, y a-t-il lieu de réserver la suite de la procédure pour le cas où le Gouvernement
défendeur ne se conformerait pas à la sentence arbitrale dans le délai fixé ?

*

**

§ I. — Sur le caractère obligatoire des contrats de concession :

19. — Le problème du caractère obligatoire des contrats de concession suscite deux questions
préliminaires que le Tribunal de céans se doit de traiter de manière préalable :

A. — *Les actes juridiques par lesquels les sociétés demanderesses ont obtenu des concessions de l'Etat libyen sont-ils des contrats ?*

Le Tribunal doit envisager cette question à la lumière des principes généraux du droit et des enseignements du droit comparé : le contrat étant défini comme un accord de deux ou plusieurs
volontés destiné à faire naître des obligations juridiques, il apparaît que, en la forme et « *prima facie* », les actes litigieux de concession avaient un caractère contractuel puisqu'ils constataient la concordance des volontés de l'Etat concédant et des sociétés concessionnaires.

Au surplus, la nature contractuelle des
actes de concession correspond à la solution admise tant par la pratique internationale que par la doctrine du droit international :

20. — quant à la pratique internationale, le Tribunal se référera, en premier lieu, à la pratique judiciaire : il mérite, à cet égard, d'être rappelé que dans une affaire comparable puisqu'elle portait aussi sur des concessions pétrolières —— l'affaire de l'Anglo-Iranian — la Cour internationale de justice a, à de multiples reprises, employé l'expression «contrat de concession » *(C.I.J. Recueil* 1952, notam. pp. 111 et 112) : à aucun moment, il ne lui est apparu que l'emploi de cette expression pouvait être inapproprié.

La pratique arbitrale est tout aussi nette : ainsi, dans l'affaire Lena Goldfields, le tribunal arbitral s'est constamment référé à la notion de contrat, indiquant que la société n'aurait « jamais signé le contrat de concession sans la stipulation dans ce contrat de la clause arbitrale » et précisant que le Gouvernement défendeur demeurait soumis aux « obligations résultant pour lui du contrat de concession » *[Annual Digest of International Law Cases* I, n° 1 et 258. *Adde,* Nussbaum, "The Arbitration between the Lena Goldfields and the Soviet Government" : *Cornell Law Quarterly,* vol. 36 (1950), p. 31]. La sentence rendue dans l'affaire Aramco est celle qui paraît avoir examiné le plus minutieusement la question pour conclure que «la nature conventionnelle de la concession n'est en rien contraire à l'état actuel du droit comparé, des principes généraux du droit et de la science juridique pure» (Rev. *crit. dr. int. pr.* 1963, 312) avant de noter que « l'affirmation du Gouvernement que le caractère souverain de l'Etat, partie au contrat de concession, serait un facteur décisif pour déterminer la nature juridique de la concession, ne trouve pas d'appui dans le droit musulman où, au contraire, Ibn Taimiya ne fait aucune différence entre les traités étatiques, les contrats de droit public ou administratif et les contrats de droit civil ou commercial » *(ibid.) ;*

21. — l'analyse contractuelle de la concession, spécialement de la concession minière ou pétrolière, est aujourd'hui tellement bien admise qu'un auteur (M. Cohen-Jonathan, *Les concessions en droit international public,* thèse Paris 1966, pp. 133-134) a pu écrire : « Le caractère contractuel de la concession dans le domaine international n'est, d'ailleurs, plus sérieusement contesté ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence. Le juge ou l'arbitre international ne prend même pas parfois la peine de démontrer la nature contractuelle de l'acte : il

se contente de l'affirmer. Il rejoint en cela le comportement des Etats dans leurs rapports conventionnels comme au sein des organisations

internationales. Déjà, dans les travaux de codification entrepris par la S.D.N., la concession
était assimilée à un contrat. Dernièrement encore, aux Nations Unies, lors des discussions précédant l'adoption de la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962, relative à la souveraineté
permanente sur les ressources naturelles, la nature conventionnelle des concessions n'a pas été mise en doute même parmi les partisans les plus farouches de la souveraineté [référence étant ici faite aux déclarations des délégués de l'Irak, de la République arabe unie et de la Turquie : *Cf.* doc. O.N.U. A/C2/SR236] ». Aussi comprend-on que, plus récemment, un auteur ait pu énoncer de façon lapidaire : « *From the international point of view, a concession is simply a contract* » (F.A. Mann, Contrats entre Etats et personnes privées étrangères : the theoretical approach towards the law governing contracts between States and private persons : *Rev. belge dr. int.* 1975, 562, spéc. p. 564). Et si le même auteur ajoute : « *A concession may, it is true, not be a contract at all », c'est* seulement lorsqu'elle a été « *conferred by and contained in a legislative instrument » (ibid.).*

Ainsi le Tribunal de céans se rangera à l'opinion
très généralement, pour ne pas dire unanimement,
admise en considérant que les actes
par lesquels les sociétés demanderesses ont obtenu des concessions du Gouvernement défendeur
sont bien des contrats.

B. — *Comment les parties à ces contrats de concession ont-elles réglé la question de la loi applicable?*

22. — Telle est la seconde question qui se pose à titre préliminaire : la valeur juridique et donc la force obligatoire des contrats de concession litigieux ne peuvent être appréciées qu'en fonction
de la loi qui leur est applicable car il est évident que si — à titre d'hypothèse — ces contrats devaient être régis par le droit libyen, il
en résulterait que leur force obligatoire pourrait a priori être affectée par des mesures législatives
ou réglementaires relevant de l'ordre juridique national libyen (indépendamment des questions de responsabilité que l'adoption de telles mesures pourrait, le cas échéant, comporter conformément au droit libyen).

Mais précisément les contrats de concession litigieux ne relevaient pas du droit libyen ou, plus exactement, ne relevaient pas du seul droit libyen. Il est incontestable que ces contrats étaient des contrats internationaux, tant au sens économique en ce qu'ils mettaient en jeu les intérêts du commerce international qu'au sens proprement juridique en ce qu'ils comportaient des éléments de rattachement à divers Etats, le contrat international ayant, récemment encore, été défini comme "celui dont tous les éléments ne sont pas localisés sur le même territoire" (Horsmans and Verwilghen, Stabilité et Evolution
du contrat économique international in : *Le*

contrat économique international, Bruylant, Bruxelles, 1975, pp. 451 s., spéc. p. 464)

23. — Quel était le droit applicable à ces contrats ? C'est cette question que les parties ont entendu régler dans l'article 28 des contrats de concession dans des termes qu'il importe de rappeler : « La présente concession sera régie par et devra être interprétée conformément aux principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international ; en l'absence de points communs entre les principes de la loi libyenne et ceux du droit international, elle sera régie par et interprétée conformément aux principes généraux du droit, en ce compris ceux de ces principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales ».

Ainsi, un système complexe de désignation du droit applicable ou de « choix de la loi » avait été mis au point par les contractants puisqu'il comportait deux degrés :

—— les principes de la loi libyenne étaient applicables en ce qu'ils pouvaient avoir de commun avec les principes du droit international ;

—— à titre subsidiaire et en l'absence d'une telle conformité, référence était faite aux principes généraux du droit.

5

24. — Deux questions doivent, dès lors, être résolues par le Tribunal pour statuer sur le caractère obligatoire des contrats de concession litigieux :

—— 1e question : les parties avaient-elles le droit de choisir la loi qui allait régir leur contrat ?

—— 2e question : dans quelles circonstances le choix de la loi applicable a-t-il été opéré et quelles conséquences convient-il d'en tirer quant à l'internationalisation des contrats ?

1) Première question :

Les parties avaient-elles le droit de désigner la loi ou le système de droit qui allait régir leur contrat ?

25. — La réponse à cette première question ne fait aucun doute : tous les systèmes juridiques, quels qu'ils soient, appliquent le principe de l'autonomie de la volonté aux contrats internationaux.

Quant au fond, tous les systèmes juridiques consacrent ce principe, qui apparaît dès lors comme universellement reçu, même s'il ne lui est pas toujours donné exactement le même sens ou la même portée (les écoles de pensée, sur ce point, se partageant entre une tendance subjectiviste, une tendance objectiviste et une théorie moyenne).

26. — Mais le Tribunal se doit de préciser encore à quel titre et par quels motifs le principe de l'autonomie de la volonté est effectivement applicable en l'espèce. A cet égard, il paraît opportun, en l'espèce, de faire la distinction entre « la loi qui régit le contrat et l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat » (pour reprendre les termes du Pr G.

Van Hecke, Observations préliminaires au rapport provisoire préparé pour l'Institut de droit international sur les accords entre un Etat et une personne privée étrangère, question n° 22), encore que cette question ait pu paraître à certains relever de la théorie pure.

En effet, à moins d'admettre que dans le stade initial où il s'agit pour les parties de faire le choix de la loi applicable la stipulation contractuelle y afférente puisse relever de leur seule libre volonté, force est de déterminer l'ordre juridique dans lequel la clause désignant la loi applicable vient s'inscrire et d'où cette même clause va tirer sa force obligatoire.

Et le Tribunal de céans prendra immédiatement position sur ce point en indiquant que, dans la présente affaire, « l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat » est le droit international lui-même, cependant que « la loi qui régit le contrat » est le système de droit à double degré mis au point par les parties dans l'article 28 et que, « *brevitatis causa* », on désignera par l'expression de «principes communs ». Pareille position requiert des explic ations.

27. — On ne peut, en effet, manquer, sur ce point, de rappeler le "*dictum*" célèbre par lequel la Cour permanente de Justice internationale a déclaré, dans les arrêts relatifs aux affaires des emprunts serbes et brésiliens (C.P.J.I., série A, n° 20, p. 41) : « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois ». En dépit de sa vigueur, cette formule n'est pas dépourvue d'ambiguïté sous le rapport présentement envisagé ; en effet, en disant que « tout contrat... a son fondement dans une loi nationale », l'arrêt paraît bien viser « l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat », cependant que la suite du motif, qui se réfère à « la question de savoir quelle est cette loi », semble ne pouvoir viser que « la loi qui régit le contrat ». En outre, cette formule ne paraît pas avoir eu une valeur absolue aux yeux de la Cour permanente de Justice internationale elle -même et celle-ci semble bien avoir prévu, dès 1929, que les contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères pouvaient être soumis à un droit de caractère véritablement international puisque, si on poursuit la lecture du texte de sa sentence, on y lit ceci : « Les règles peuvent être communes à plusieurs Etats et même être établies par des conventions internationales ou

6

des coutumes et, dans ce dernier cas, avoir le caractère d'un vrai droit international ». Si donc la Cour permanente de Justice internationale en 1929 tirait du fait qu'une des parties à ces contrats est un Etat souverain la conséquence qu'il ne pouvait « être présumé avoir soumis la

substance de sa dette et la validité des engagements
pris par lui à ce sujet à une loi autre
que sa propre loi », elle admettait fort bien que ce principe pouvait être écarté selon les cas d'espèce.

28. — Des formules analogues ont été employées
plus récemment par des arrêts représentatifs de certaines jurisprudences nationales
—— arrêts que le Tribunal de céans n'évoque qu'à titre purement documentaire — notamment
par l'arrêt de la Cour de cassation française rendu dans l'affaire dite des Messageries maritimes (Cass. civ. 21 juin 1950: *D.* 1951. 749, note Hamel) dans lequel il est dit que «tout
contrat international est nécessairement rattaché
à la loi d'un Etat», termes qui paraissent viser tout aussi bien « la loi qui régit le contrat » que celle «dont dérive le caractère obligatoire du contrat», et qui impliquent vraisemblablement
que le rédacteur de l'arrêt se soit
refusé à faire la distinction entre les deux notions.

Il est important d'observer que, même dans un système aussi rigide que celui qu'illustre cet arrêt français du 21 juin 1950, il est admis que, postérieurement à la conclusion du contrat les parties peuvent apporter d'un commun accord toute modification à la loi initialement choisie, notamment en la remplaçant par une ou plusieurs autres lois : la solution est, en effet, admise par la jurisprudence française de droit international privé *(Cf. en ce* sens : Cass. civ. 5 décembre 1910 : *S.* 1911.1.129, note Lyon-Caen ; *Clunet* 1912, 1156 et Cass. req. 3 mars 1924: 5'. 1924.1.252). Cette même solution est reprise par l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles adopté en juin 1972 par un groupe d'experts gouvernementaux des six Etats membres originaires de la C.E.E. (publié *in : Rev. crit. dr. int. pr.* 1973, 209) : en effet, après avoir posé, dans son article 2, alinéa *1er*, le principe que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties », l'avant-projet poursuit dans son article 3 :

« Le choix des parties quant à la loi
applicable peut intervenir aussi bien au moment de la conclusion du contrat
qu'à une date ultérieure. Ce choix peut
être modifié à tout moment par un accord entre les parties. Toute modification
quant à la détermination de la
loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat,
ne porte pas atteinte aux droits des tiers.»

29. — Mais il demeure que, depuis l'époque aujourd'hui lointaine où la Cour permanente de Justice internationale a rendu ses arrêts dans les affaires des emprunts serbes et brésiliens, l'analyse juridique s'est beaucoup affinée dans ce domaine, notamment sous l'influence de la pratique contractuelle. Celle -ci tend de plus en plus à « délocaliser » le contrat ou, si on préfère,

à rompre son rattachement automatique à un droit national : en sorte que lorsqu'aujourd'hui le droit national d'un Etat et spécialement celui de l'Etat contractant se trouve régir le contrat, c'est en vertu de l'accord des parties et non plus du fait d'une application privilégiée et en quelque sorte mécanique comme on a, un temps, pu le croire. Sous la poussée des besoins du commerce international le principe de l'autonomie de la volonté apparaît aujourd'hui comme beaucoup plus lourd de sens qu'à la fin des années 1920.

30. — De cette évolution, la jurisprudence française, dont on a vu qu'en 1951 encore elle exprimait des vues proches de celles qu'avait manifestées la Cour permanente de Justice internationale, porte témoignage: c'est ainsi que, dans un arrêt remarqué rendu dans la fameuse affaire Hecht (Paris, 19 juin 1970 : *J.C.P.* 71, II, 16927, note Goldman ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1971, 692, note Level ; *Clunet* 1971, 833, note Oppetit et *Rev. Arb.* 1972, 67, note Fouchard ; pourvoi rejeté par Cass. civ. I, 4 juill. 1972 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1974, 82, note Level et Clunet 1972, 843, note Oppetit), la Cour de Paris a posé en principe que le rattachement d'un contrat international à une loi nationale ne s'impose « que pour ce que les parties ne décident pas expressément ». Plus récemment, un autre arrêt de la même cour (Paris, 13 déc. 1975 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1976, 507, note Oppetit) déclare que « compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage dans un contrat international, celle -ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique ». Ainsi, lorsqu'il s'agit de la clause compromissoire, le rattachement de celle-ci à une loi nationale la validant ne serait même plus nécessaire. Et, comme l'observe le commentateur de l'arrêt (Oppetit, *op.* et toc. *cit.*, spéc. p. 514) « la licéité de la clause compromissoire découlerait donc, non de la volonté des parties, mais de la seule force du principe d'autonomie qui se verrait ainsi reconnaître une portée absolue : dans le silence des parties, la validité de l'accord compromissoire procéderait, non d'une intention supposée des parties de se soustraire à l'emprise de la loi gouvernant le contrat principal, mais du seul fait que cet accord a été stipulé dans un contrat international ».

31. — C'est sous l'influence des idées cidessus résumées que la jurisprudence arbitrale et la doctrine du droit international ont été amenées à « internationaliser » le contrat de l'une ou de l'autre des façons suivantes :

1) Dans une première analyse, le contrat relèverait d'un ordre juridique spécifique créé par lui. Les parties auraient ainsi la faculté de ne pas rattacher le contrat à un droit étatique et de faire du contrat lui-même la seule loi de leurs rapports. C'est ce que l'on désigne parfois par

la formule du « contrat sans loi », appellation qui n'est d'ailleurs pas correcte car l'accord relève, en réalité, d'un droit, c'est-à-dire d'un ensemble de règles constitué par la « *lex mercatoria* », laquelle est issue des usages accumulés dans le domaine couvert par le contrat comme par les principes généraux de droit reconnus dans les systèmes juridiques nationaux et communs à toutes les nations.

Quelque opinion que l'on ait de cette première analyse, le Tribunal de céans n'a pas à s'y arrêter car il est certain qu'en l'espèce les parties contractantes n'ont pas entendu faire de leur contrat la seule et unique loi de leurs rapports mais qu'elles ont, au contraire, fait le choix d'un système juridique destiné à le régir en se référant aux « principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international » et, à défaut de conformité des premiers avec les seconds, aux « principes généraux du droit, en ce compris ceux de ces principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales ».

2) Une deuxième analyse permet de conclure à l'internationalisation du contrat, la pratique internationale et la jurisprudence arbitrale ayant, pour ce faire, dégagé un certain nombre de critères qui seront indiqués par la suite *(Cf. infra*, n° 40 s., pp. 381 s.).

32. — Qu'il suffise, pour le moment, de noter que l'évolution qui s'est produite par rapport à la vieille jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale tient à ce que, alors que pour celle-ci le contrat ne pouvait pas relever du droit international parce qu'il ne pouvait être assimilé à un traité entre Etats, dans la conception nouvelle les traités ne sont pas le seul type d'accords régis par ce droit. Encore qu'ils ne se confondent pas avec les traités, les contrats entre Etats et personnes privées peuvent néanmoins, sous certaines conditions, relever d'une branche particulière et nouvelle du droit international : le droit international des contrats.

33. — Comme l'écrit M. F.A. Mann (« *Studies in International Law* », Oxford 1973, p. 223) :

« *In regard to treaties between international persons, the nature and subject-matter of which frequently are not substantially different from contracts between international and private persons, those legal rules have been, or are capable of being, and, in any event, must be developed. The law which is available for*

application to the one type of contractual arrangement can, without difficulty, be applied to the other

group of contracts. »

Précisant sa pensée sur ce point dans un récent article (Contrats entre Etats et personnes privées étrangères : the theoretical approach towards the law governing contracts between States and private persons : *Rev. beige dr. int.* 1975, 562, spéc. p. 564-565), le Pr F.A. Mann écrit encore :

« *Although normally the law of a given State will govern the State contract, precisely years ago another possible solution was suggested. It was said that a contract between a State and an alien private person could be* "internationalised" *in the sense of being subjected to the only other legal order known to us, namely public international law. This does not mean or was ever intented to mean that the State contract should be considered to be a treaty or should be governed by public international law in the same way as transactions between States. It simply means that by exercising their right to choose the applicable legal system the parties may make public international law the object of their choice. Certainly French law is designed normally to apply to French people or French transactions. Certainly public international law is designed to apply as a rule to States and the transactions between them. But nothing prevents a contract between the German State and a Dutch firm to be submitted to French law. Similarly the fact that one party is not a State should not prevent the contract from being submitted to public international law. It should thus become subject to the mandatory rules of public international law. No mandatory law of any national system as such could touch it. If the parties desire this. why should we put any obstacle in their way ?... Of course, we must guard against abuse. For this reason the teachings of private international law in general are to the effect that the choice of the legal system adopted by the parties must be reasonable, free from capriciousness, supported by rational, legitimate grounds. These conditions, will be fulfilled if one party to the contract is a State or, one may add, a State corporation, though for reasons of social policy private persons contracting among themselves should be precluded from choosing a legal system other than a national one. The public international law thus applicable within a limited field would normally be found in the general principles accepted by civilized nations.* »

34. — Du phénomène ainsi décrit la Cour permanente de Justice internationale en 1929 ne pouvait guère tenir compte si on rappelle,

comme le fait un auteur (M. Francescakis, Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux : l'arrêt "Barcelona" de la Cour internationale
de justice ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1970, 609, spéc. p. 658) que c'est l'époque de la première guerre mondiale et du Traité de Versailles « qui a sonné l'entrée massive des intérêts particuliers dans le domaine du droit international ». Le même auteur observe, d'ailleurs
(op. cit., p. 615) :

9

« L'évolution des relations internationales, spécialement économiques, montre
que les Etats s'intéressent de plus en
plus directement au règlement d'intérêts
qui, du moins en système capitaliste, apparaissent comme étant ceux
de simples particuliers, personnes physiques ou morales. On peut donc dire
que le droit international public prend
en charge parfois les intérêts des particuliers tout autant que le droit international
privé. Il aurait même tendance
aujourd'hui à apparaître au premier
plan dans certains domaines, tel l'activité internationale des grandes entreprises, traduite au moyen du concept nouveau d'investissement. »

En outre, ce phénomène lui-même est complexe
et l'internationalisation des contrats passés entre Etats et personnes privées peut, ainsi qu'il sera ensuite précisé, résulter de divers moyens.

35. — Le Tribunal de céans tiendra donc pour acquis d'emblée que les contrats de concession litigieux se situent dans le domaine du droit international et que celui-ci leur donnait le droit
de choisir la loi qui allait régir leurs relations contractuelles.

2) Deuxième question :

36. — Dans quelles circonstances la désignation
du droit applicable a-t-elle été opérée et quelles conséquences convient-il d'en tirer quant à l'internationalisation des contrats litigieux
?

a) Dans son dernier état, la clause de désignation
du droit applicable ou de choix de la loi établie par l'article 28 des contrats de concession
était rédigée comme suit :

« La présente concession sera régie
par et devra être interprétée conformément aux principes de la loi libyenne
en ce que ces principes peuvent avoir
de commun avec les principes du droit international ; et, en l'absence de points communs entre les principes de la loi libyenne et ceux du droit international,
elle sera régie par et interprétée
conformément aux principes généraux du droit, en ce compris ceux de ces principes généraux dont il a té fait application par des juridictions internationales.
»

37. — II convient de rappeler que la rédaction

de cette clause a varié dans le temps *(Cf.* Mémoire au fond des sociétés demanderesses, n° 42 s., p. 51 s. et procès-verbal d'audience des 15-16 juin 1976, p. 138 s.). Une première formulation de la clause, conforme à la loi de 1955 sur les pétroles dans sa rédaction initiale, était la suivante :

« La concession sera régie par le droit libyen et interprétée sur cette base, ainsi que selon les principes et les règles du droit international dans la mesure où ils seront pertinents et le surarbitre ou l'arbitre unique fondera sa sentence sur ces droits, ces principes et ces règles. »

Telle était la première formule adoptée : elle rendait applicable, à titre principal, le droit libyen tout en donnant au tribunal arbitral la possibilité de faire également application des principes et règles du droit international mais seulement dans la mesure où il les estimerait pertinents.

38. — Cette rédaction est demeurée en vigueur jusqu'en 1963 : puis, à la suite de la modification apportée par le décret royal du 15 juillet 1961, modification acceptée par les sociétés concessionnaires en 1963, une place prépondérante allait être faite à la loi libyenne puisque la clause recevait, à cette époque, la rédaction suivante :

« La concession sera régie par le droit libyen et interprétée sur cette base, ainsi que par les principes et règles du droit international dans la mesure où ils seront pertinents et où ils ne seront pas incompatibles avec le droit de la Libye ou contraires à ce droit. »

10

Conformément à l'article 16 des contrats de concession, cette modification a été soumise à l'agrément des sociétés concessionnaires, le squelles l'ont acceptée.

C'est donc dans un troisième temps que, à la suite du décret royal du 22 novembre 1965, les sociétés ayant donné leur acceptation en 1966, la rédaction actuelle a été adoptée.

39. — Ainsi, la clause relative au droit applicable a varié dans le temps : il ne semble pas que le procédé en lui-même puisse susciter d'objections car, dans la mesure où il est admis qu'il appartient aux contractants eux-mêmes de décider du choix de la loi ou du système de droit qui gouvernera leurs relations, on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas, par leur accord mutuel, décider de modifier ce choix (ce résultat, ainsi que le Tribunal l'a déjà noté au passage, est admis par certaines jurisprudences nationales). En l'espèce, il doit d'autant plus en être ainsi que ces modifications ont été conformes à la charte fondamentale des parties en ce sens quelles ont toujours donné lieu à acceptation des sociétés concessionnaires ainsi que le prévoyait l'article 16 des contrats de concession et qu'en outre elles ont eu un caractère

contractuel très marqué : c'est véritablement l'équilibre tout entier des contrats qui était en jeu, notamment avec la modification dernière en date. Celle -ci tendait, en effet, à améliorer la situation juridique des sociétés concessionnaires cependant que, de son côté, le Gouvernement défendeur obtenait, en contrepartie, des avantages économiques substantiels *(Cf.* procès-verbal de l'audience des 15-16 juin 1976, p. 142). Non seulement donc il n'y a aucune objection de principe à tenir compte de ces modifications, mais encore le fait de ne pas les sanctionner aboutirait à bouleverser fondamentalement l'équilibre contractuel voulu et atteint par les parties contractantes.

Le Tribunal de céans considère donc qu'il est tenu d'appliquer la clause de choix de la loi figurant dans l'article 28 des contrats de concession dans son dernier état.

b) La clause relative au choix de la loi et l'internationalisation du contrat :

40. — Ainsi que le Tribunal l'a déjà observé *(Cf. supra,* n° 31 *in fine),* l'internationalisation des contrats passés entre Etats et personnes privées étrangères peut résulter de divers moyens sur lesquels il importe maintenant de revenir :

41. — *a.a)* Tout d'abord, il est admis que la référence faite par le contrat, dans la clause concernant le droit applicable, aux principes généraux du droit a cette portée. Ces principes généraux, étant ceux qui figurent dans l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, constituent une des sources du droit international : ils peuvent figurer seuls dans la clause ou concurremment avec un droit national, spécialement avec le droit de l'Etat contractant.

Dans le présent litige, les principes généraux du droit figurent subsidiairement dans la clause de droit applicable pour le cas d'un défaut de conformité entre les principes de la loi libyenne et les principes du droit international : mais précisément l'expression « principes du droit international » a une extension plus vaste que celle de « principes généraux du droit », ces derniers contribuant, avec d'autres éléments (la coutume internationale et la pratique telle qu'elle est reçue par le droit des gens) 'à former ce qu'il est convenu d'appeler les « principes du droit international ». Pour reprendre les termes employés par la Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt concernant l'affaire du «Lotus » (C.P.J.I., arrêt n° 9, série A, p. 16) :

« Le sens des mots "principes du droit international" ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale. »

Or, ces principes du droit international doivent,

en l'espèce, servir de pierre de touche pour l'application de la loi libyenne puisque c'est seulement si elle leur est conforme qu'elle doit être appliquée. Par conséquent, la référence qui est faite, tant à titre principal aux principes 11
du droit international qu'à titre subsidiaire aux principes généraux du droit, doit avoir pour effet d'entraîner l'application du droit international
aux rapports juridiques entre les parties.

Très nombreux sont les contrats internationaux comparables aux contrats litigieux de l'espèce qui comportent référence aux principes généraux
du droit. Qu'il suffise ici de citer : le contrat entre l'Iran et l'Agip Mineraria du 24 août 1954 (art. 40), l'accord entre l'Iran et le Consortium du 19 septembre 1954 (art. 46), le contrat entre Koweït et la Koweït Shell Petroleum
Company du 15 janvier 1961 (art. 35) et le contrat entre la République arabe unie et la Pan American U.A.R. Oil Company du 23 octobre 1963 (art. 42).

42. — La jurisprudence arbitrale internationale confirme que la référence aux principes généraux
du droit est toujours tenue pour un critère suffisant d'internationalisation du contrat. On retiendra, à cet égard, les sentences rendues dans les affaires Lena Goldfields contre U.R.S.S. en 1930, Petroleum Development Ltd. contre Souverain d'Abu Dhabi en 1951 et International Marine Oil Company contre Souverain
de Qatar en 1953 ainsi que dans l'affaire opposant la Sapphire International Petroleum Ltd. à la N.I.O.C.. toutes affaires dans lesquelles
les arbitres ont relevé la présence d'une référence aux principes généraux du droit pour en tirer des conclusions quant à l'internationalisation
du contrat.

Il est à noter que l'appel aux principes généraux du droit n'est pas fait seulement lorsque le droit interne de l'Etat contractant est inadapté au domaine pétrolier. Ainsi, le droit iranien, par
exemple, est sans doute particulièrement bien adapté aux concessions pétrolières et cependant les contrats passés par l'Iran font très souvent référence aux principes généraux. Le recours aux principes généraux ne s'explique donc pas seulement par l'inexistence d'une législation adéquate dans l'Etat considéré (ce qui a pu être le cas, un temps, dans certains émirats pétroliers). Il se justifie aussi par la nécessité pour le contractant privé de se protéger
contre des modifications unilatérales et brutales de la législation de l'Etat cocontractant : il joue donc un rôle important dans l'équilibre contractuel voulu par les parties.

43. — Cette évolution dans le. sens de l'internationalisation
des contrats était prévisible : en effet, dans ses arrêts relatifs aux emprunts serbes et brésiliens et à propos de l'examen des critères susceptibles d'être adoptés pour la détermination de la loi applicable, la Cour

permanente
de Justice internationale posait une
règle d'une grande souplesse :
« La Cour, saisie d'un différend impliquant
la question de savoir quelle est la
loi qui régit les obligations contractuelles
dont il s'agit ne saurait déterminer
cette loi qu'en s'inspirant de la nature
même de ces obligations et des circonstances
qui ont accompagné leur
création, sauf à tenir compte également
de la volonté exprimée ou présumée
des parties. »
Les trois critères énoncés par la Cour permanente
de Justice internationale et tirés de la
nature des obligations, des circonstances de
leur création et de la volonté des parties
convergent, dans la présente espèce, pour renverser
la présomption qu'établissait, par ailleurs,
les arrêts de 1929, présomption à laquelle il a
déjà été fait référence *(Cf. supra*, n° 27 *in fine)* et selon laquelle un Etat ne peut, d'emblée,
être supposé « avoir soumis la substance
de sa dette et la validité des engagements pris
par lui à ce sujet à une loi autre que sa propre
loi ».
44. — *b.b)* Un autre procédé d'internationalisation
du contrat consiste à y insérer une
clause prévoyant que les éventuels différends
qui pourront s'élever à propos de l'interprétation
et de l'exécution du contrat seront soumis à
l'arbitrage.
Une telle clause a une double portée :
—— d'une part, ainsi que le Tribunal de
céans l'a déjà relevé *(Cf. supra*, n°
16), l'institution de l'arbitrage sera celle
qu'établit le droit international ;
—— d'autre part, en ce qui concerne le
droit applicable au fond du différend
12
lui-même, l'insertion de clauses arbitrales
a pour effet de conduire à faire appel
aux règles du droit international.
Même si on considère que le choix d'une instance
arbitrale internationale ne peut, à lui seul,
entraîner l'application à titre exclusif du droit
international, il constitue un des éléments permettant
de déceler une certaine internationalisation
du contrat. La sentence rendue dans
l'affaire Sapphire International Petroleum Ltd.
est, à cet égard, très explicite : « Si aucune
déduction positive ne peut être tirée de la
clause arbitrale, il est permis d'y voir un indice
négatif, dans le sens du rejet de l'application
exclusive du droit iranien » ; c'est *ce* qui a
conduit l'arbitre dans cette affaire, en l'absence
de toute référence expresse au droit applicable,
à ne pas appliquer automatiquement le droit
iranien, écartant ainsi toute présomption en sa
faveur. Il est donc incontestable que la référence
à un arbitrage international suffit à internationaliser
le contrat, c'est-à-dire à le situer
dans un ordre juridique spécifique, celui du

droit
international des contrats.

45. — c) Un troisième élément d'internationalisation
des contrats litigieux résulte de ce que
ceux-ci prennent la dimension d'une nouvelle catégorie d'accords entre Etats et personnes privées : les accords de développement économique
(sur lesquels *Cf.* Bourquin, Arbitration
and economic development agreements : *The Business Lawyer* 1960, 860 ; Fatouros, *Government*
guarantees to foreign investors,
1962 ; Hyde, Economic development agreements
: *Cours La Haye,* 1962, t. 105 et Verdross,
The status of foreign private interests
stemming from economic development agreements
with arbitration clauses ; *Oesterreichische Zeitschrift für O.R.* 1959, 499).

Plusieurs éléments caractérisent ces accords ; en premier lieu, leur objet est particulièrement ample : ils ne se bornent pas à une fourniture ou à une prestation isolée, mais tendent à apporter
à un pays en voie de développement des investissements et une assistance technique, notamment dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales ou dans la construction d'usines à livrer «clefs en mains». Ils revêtent ainsi une importance réelle dans le développement du pays où ils sont exécutés
: qu'il suffise de mentionner ici l'importance des obligations assumées en l'espèce par
les sociétés concessionnaires en matière d'infrastructure
routière ou portuaire ainsi que de
formation sur place d'un personnel qualifié. Le cocontractant de l'Etat se trouve de la sorte associé à la réalisation du progrès économique et social du pays d'accueil.

En second lieu, la longueur de la durée assignée
à ces contrats implique une étroite coopération entre l'Etat et son cocontractant et entraîne
des installations durables comme la reconnaissance
de responsabilités étendues à
l'investisseur.

Enfin, en raison de l'objectif de coopération auquel doit participer le cocontractant de l'Etat et de l'ampleur des investissements qu'il consent, le caractère contractuel de ce type d'accords se trouve renforcé : l'accentuation du caractère contractuel des relations juridiques entre l'Etat d'accueil et l'investisseur a pour but d'assurer un équilibre entre l'objectif d'intérêt général qui leur est assigné et la rentabilité nécessaire à la poursuite de la mission confiée à l'entreprise privée. Il a également pour effet de garantir au contractant privé une certaine stabilité, justifiée par les investissements importants
qu'il fait dans le pays. L'investisseur doit spécialement être protégé contre les aléas législatifs,
c'est-à-dire les risques de modifications
dans la législation nationale de l'Etat d'accueil ou contre les mesures gouvernementales qui

aboutiraient à une dénonciation ou résiliation du
contrat. D'où l'insertion, comme dans la présente
espèce, de clauses dites de stabilisation :
celles-ci tendent à isoler tout ou partie de l'accord
du droit interne et à prévoir sa soumission
corrélative soit à des règles « *sui generis* »
selon la formule employée par la sentence rendue
dans l'affaire Aramco, soit à un régime qui
est proprement de droit international. Du point
de vue de ce dernier, on relèvera les considérations
suivantes, émises dans la sentence relative
à l'affaire Sapphire qui soulignent l'intérêt
de l'internationalisation du contrat :
13
«Une telle solution paraît particulièrement
apte à donner les garanties de
sécurité indispensables aux sociétés
étrangères qui, apportant à des pays en
voie de développement leur concours
financier et technique, assument des
risques importants. Il est de l'intérêt
des deux parties à de tels accords que
les litiges pouvant les diviser soient
tranchés selon des principes généraux
universellement reconnus et soient
soustraits aux particula rités des droits
nationaux.»
c) Sens et portée de l'internationalisation des contrats litigieux :
46. — Le Tribunal se doit de préciser la signification
et la portée exacte de l'internationalisation
d'un rapport contractuel de manière à éviter
toute méprise : en effet, dire que le droit
international régit les rapports contractuels d'un
Etat et d'une personne privée étrangère ne
signifie nullement que celle -ci soit assimilée à
un Etat ni que le contrat qu'elle a conclu avec
lui soit assimilé à un traité.
La précision mérite d'être donnée car la situation
des individus, et plus généralement des
personnes privées, au regard du droit international
a fait, à l'époque récente, l'objet de débats
doctrinaux importants, à l'occasion desquels
certaines positions parfois excessives ont
pu être affirmées. C'est ainsi que, pour certains,
« les règles du droit international économique
concernent non seulement les Etats mais
directement les individus ; parce que le progrès
économique et social dont il a pour but d'assurer
l'application les concerne directement. Il en
résulte que les individus sont directement sujets
du droit international économique ou social »
(P. Vellas, *Droit international économique et social*, tome I, p. 30, Sirey, Paris, 1965).
47. — Le Tribunal de céans se gardera d'aller
aussi loin : il tient seulement pour acquis qu'aujourd'hui
la notion de capacité juridique internationale
ne se confond pas avec celle d'Etat et
que le droit international compte des sujets
diversifiés. Si les Etats, sujets originaires de
l'ordre juridique international, disposent de

toutes
les capacités offertes par celui-ci, les autres sujets ne jouissent que de capacités limitées, affectées à des fins déterminées. La proposition qui vient d'être énoncée est conforme à l'affirmation faite par la Cour internationale de justice dans son Avis sur les réparations du 11 avril 1949 selon laquelle «les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas identiques
quant à la nature ou à l'étendue de leurs droits et leur nature dépend des besoins de la communauté ». En d'autres termes, déclarer qu'un contrat entre un Etat et une personne privée se situe dans l'ordre juridique international
signifie qu'aux fins de l'interprétation et de l'exécution du contrat, il convient de reconnaître
au cocontractant privé des capacités internationales
spécifiques. Mais, à la différence de
l'Etat, la personne privée n'a qu'une capacité limitée et sa qualité de sujet de droit international
ne lui permet que de faire valoir, dans le champ du droit international, les droits qu'elle tient du contrat.

48. — C'est ce que constate le Pr I. Seidl-Hohenveldern lorsque, se référant aux travaux du Pr Böckstiegel, il écrit (Contrats entre Etats et personnes privées étrangères : the theory of quasi-intemational and partly international agreements : *Rev. belge dr. int.* 1975, 567, spéc. p. 570) :

« *If it is possible to recognize international organizations, insurgents, etc. as subjects of international law and if some authors at least consider that even individual human beings under certain circumstances may be subjects of international law, why should a State be prevented from recognizing its partner to such a contract as a subject of international law ? Of course, such recognition does not mean that the State recognizes its partner to such a contract as a subject enjoying all rights and duties due to a State. The private partner is recognized as a subject of only those rights and duties*
14
as are embodied in the contracts concerned. »

Ou, comme l'énonce le Pr Garcia Amador (Responsabilité internationale : quatrième rapport
: *Annuaire de la Commission du droit international*, Volume II, Document A/CN.4/119, 1959, p. 32) :

«En matière contractuelle, l'individu (c'est-à-dire la personne privée, physique ou morale) a la personnalité et la capacité internationales qui lui sont reconnues dans ses relations juridiques
avec l'Etat. A la différence des conventions régies exclusivement par le droit interne celles qui, sous une forme ou sous une autre, prévoient l'application de systèmes ou de principes

étrangers au droit interne ou l'obligation de soumettre les différends à des méthodes et à des procédures internationales de règlement confèrent nécessairement au particulier, du fait qu'elles placent sur le plan international les relations entre l'Etat et ce partic ulier, la personnalité et la capacité dont il a besoin pour agir internationalement. »

Ainsi, l'internationalisation de certains contrats conclus entre un Etat et une personne privée ne tend pas à conférer à cette dernière des compétences comparables à celles d'un Etat mais seulement certaines capacités lui permettant d'agir au plan international pour faire valoir les droits résultant pour elle d'un contrat internationalisé.

49. — La citation qui vient d'être faite de M. Garcia Amador est d'autant mieux venue qu'elle se réfère au passage à des conventions qui seraient « régies exclusivement par le droit interne » sous-entendant par là que certaines conventions pourraient être régies à la fois par un droit interne et par le droit international. C'est précisément ce dernier type d'hypothèse qui se rencontre dans le cas d'espèce puisque la clause des contrats litigieux relative au droit applicable fait référence aux «principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international». Il est significatif, à cet égard, que, dans une formule dont on doit supposer que chaque terme a été pesé, les parties aient visé, non pas la loi libyenne ou le droit libyen lui-même, mais « les principes de la loi libyenne ». En effet, les parties ont voulu marquer par là qu'elles entendaient que le Tribunal arbitral s'inspirât de l'esprit de la loi libyenne, tel qu'il s'exprime dans l'es principes fondamentaux de cette loi, plutôt que de ses règles en ce qu'elles peuvent avoir de contingent et de variable puisque lesdites règles dépendaient, en définitive, de la volonté unilatérale — voire de l'arbitraire —— de l'une des parties contractantes : d'où la référence qui est également faite aux principes du droit international.

Il s'ensuit que la référence que font les contrats litigieux aux principes de la loi libyenne n'a pas pour conséquence de réduire à néant l'effet d'internationalisation des contrats qui déjà résulte tant de leur nature d'accords de développement économique que du recours à l'arbitrage international pour le règlement des différends. L'application des principes de la loi libyenne n'a pas pour effet, tout au contraire, d'exclure celle des principes du droit international : elle oblige simplement à combiner les uns et les autres en vérifiant la conformité des premiers aux seconds.

50. — Le Tribunal se doit, à cet égard, de formuler deux observations destinées à éclairer la portée de l'internationalisation des contrats litigieux :

—— en premier lieu, le droit national (en l'espèce

: les principes de la loi libyenne) peut être exhaussé
au niveau de l'ordre juridique international
: en d'autres termes, le droit national est
incorporé à l'ordre juridique international en
tant que corps de règles matérielles (« *substantive*
law »), c'est-à-dire en raison de son
contenu normatif qui devient alors un ensemble de règles applicables par le tribunal international.
Le fondement de son applicabilité résulte,
non du jeu automatique de la souveraineté de
l'Etat contractant, mais de la commune volonté
des parties : le droit national de l'Etat contrac15
tant est alors considéré comme *« lex contractas »* par incorporation. C'est ce que le Pr Weil
a exprimé dans les termes suivants (Les cla uses
de stabilisation ou d'intangibilité insérées
dans les accords de développement économique
: *Mélanges Ch. Rousseau*, Pedone, Paris,
1974, p. 301 s., spéc. p. 319-320) :
« Le droit national ne s'applique pas
alors en lui-même, mais en tant que
droit de renvoi. La présence dans le
contrat d'une stipulation renvoyant au
droit national de l'Etat hôte ne signifie
donc pas forcément que l'internationalisation
soit écartée : si cette internationalisation
résulte des autres caractères
du contrat — et tel est le cas de
la plupart des accords de développement
économique — le contrat n'en sera
pas moins internationalisé, le droit
national étant alors applicable comme
droit de renvoi sur le fondement du
choix des parties tel que l'autorise le
droit international applicable en matière
contractuelle » ;
—— en second lieu, le droit interne de l'Etat
contractant comporte lui-même des principes
de droit international : tout droit national est
porteur des principes généraux de droit tel que
ceux-ci sont prévus par l'article 38 du statut de
la Cour internationale de justice. Sous ce nom
générique de principes généraux du droit on
désigne, en effet, certains principes communs
aux systèmes juridiques des différents Etats du
monde. Ils constituent une source du droit international
qui trouve son origine dans les divers
droits nationaux : par conséquent, l'application
du droit national n'exclut pas celle des
principes généraux du droit, lesquels font euxmêmes
partie des principes du droit international.
51. — Faisant application des principes cidessus
dégagés, le Tribunal arbitral se référera
:
1° d'une part, aux principes de la loi libyenne :
quelle que soit la source du droit libyen que l'on
considère, qu'il s'agisse de la Sharia — Loi
Sacrée de l'Islam (référence étant spécialement
faite à la Sourate 5 du Coran qui commence
par ce vers : "0 vous qui êtes croyants,
exécutez vos contrats !") ou du Code civil libyen,
qui contient sur ce point deux articles

fondamentaux illustrant la valeur qu'attache la loi libyenne au principe du respect de la parole donnée :

—— l'article 147 aux termes duquel "le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être ni résilié, ni modifié si ce n'est par leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi" ;

—— l'article 148 selon lequel « un contrat doit être exécuté conformément à son contenu et de manière à répondre aux exigences de la bonne foi », on est conduit à la même conclusion, savoir : que le droit libyen connaît et sanctionne le principe de la force obligatoire des contrats.

2° d'autre part, aux principes du droit international : de ce deuxième point de vue, il est incontestable, ainsi que l'écrit le Pr Jessup en conclusion de sa consultation (p. 71) que la maxime *"Pacta sunt servanda*" constitue un principe général de droit ; elle est un fondement essentiel du droit international (« *Pacta sunt servanda* » *is a general principle of law ; it is an essential foundation of International Law).* Aucune juridiction internationale, quelle qu'elle soit, n'a jamais émis le moindre doute quant à l'existence, en droit International, de la règle « *pacta sunt servanda* » : elle a été affirmée en termes vigoureux tant par la sentence Aramco en 1958 que par la sentence Sapphire en 1963. On lit, en effet, dans la sentence Sapphire que « c'est un principe fondamental du droit, constamment proclamé par les juridictions internationales, que les engagements contractuels doivent être respectés. La règle *" pacta sunt survanda "* est la base même de toute relation contractuelle. » Le Tribunal de céans ne peut que la réaffirmer à son tour en déclarant qu'il convient de voir dans la maxime « *pacta sunt servanda* » un principe fondamental du droit international.

16

52. — La conformité sur ce point essentiel des principes de la loi libyenne aux principes du droit international dispense le Tribunal d'aller plus avant — notamment de passer au deuxième degré, prévu subsidiairement par la clause de l'article 28 des contrats de concession —— et lui permet de conclure à la force obligatoire des contrats de concession litigieux.

[……
……
……]

Dispositif :

PAR CES MOTIFS,

L'Arbitre Unique soussigné :

1) dit et juge que les contrats de concession litigieux ont un caractère obligatoire pour les parties ;

2) dit et juge que le Gouvernement libyen, partie défenderesse, en adoptant des mesures de nationalisation en 1973 et en 1974, a manqué

aux obligations qui résultaient pour lui de ces contrats ;

3) dit et juge que le Gouvernement libyen, partie défenderesse, est en droit tenu d'exécuter ces contrats et de leur donner plein effet ;

4) accorde au Gouvernement libyen, partie défenderesse, un délai de cinq (5) mois courant à partir du 1er février 1977 et expirant le 30 juin 1977 à minuit (GMT) pour faire connaître au Tribunal arbitral les mesures par lui prises en vue de se conformer à la présente sentence arbitrale et de l'exécuter ;

5) décide que la suite de la procédure, dans l'hypothèse où la présente sentence ne serait pas exécutée dans le délai fixé, est réservée et que les frais et dépens de l'arbitrage resteront, en l'état, intégralement à la charge des parties demanderesses ;

6) décide que la présente sentence sera, dans un délai de six (6) mois à compter du 1er février 1977, déposée auprès du Greffe de la Cour internationale de justice.

……

……

…….

L'Arbitre Unique,

René-Jean DUPUY

Le Greffier,

Jean-PierreSORTAIS.

17

ANNEXE

Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères

(Arbitrage Texaco/Calasiatic c/ Gouvernement Libyen)

par Jean-Flavien Lalive

[……

……

…….]

II.

LES FAITS

Un certain nombre de contrats de concession ont été conclus, ou confirmés, entre les Autorités libyennes compétentes — d'abord le Gouvernement royal puis le Gouvernement révolutionnaire actuel — et les sociétés américaines California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company, de décembre 1955 à avril 1971. Fait important, le texte de ces contrats reproduisait celui d'un contrat-type joint en annexe à la loi libyenne sur les pétroles de 1955. Parmi les dispositions figurant dans ce contrat-type et incorporées dans les contrats, il y a lieu de citer de prime abord l'article 16. La version finale dudit article amendé en dernier lieu par un accord du 20 janvier 1966 se présente comme suit :

« Le Gouvernement de Libye prendra toutes les dispositions nécessaires pour garantir à la société la jouissance de tous les droits qui lui sont conférés par la présente convention. Les droits

contractuels expressément créés par la présente concession ne pourront être modifiés si ce n'est par accord mutuel des parties. Tant qu'elle demeurera en vigueur, la présente concession sera interprétée en conformité de la loi sur les pétroles et des règlements en vigueur à la date de signature de l'accord adoptant l'amendement par le quel le présent paragraphe 2 a été incorporé dans le contrat de concession. Toute modific ation ou abrogation desdits règlements sera sans effet sur les droits contractuels de la société sans son consentement.
»

Avec le passage du temps diverses modific ations de la loi sur les pétroles sont intervenues qui se sont traduites par des amendements aux contrats déjà conclus par les deux sociétés demanderesses, sous la forme d'avenants. On notera que toutes ces modifications législatives et contractuelles, avant d'entrer en vigueur, avaient toujours fait l'objet d'un accord entre les parties contractantes conformément aux dispositions de l'article 16 susvisé.

Des mesures de nationalisation furent imposées aux sociétés demanderesses en deux étapes au moyen des textes législatifs suivants :

a) Loi n° 66/1973 ou décret de nationalisation du 1er septembre 1973 visant non pas toutes les sociétés étrangères concessionnaires, sans distinction, mais les deux demanderesses et 18 quelques autres socié tés, nationalisant au taux de 51 % tous les biens, droits et avoirs en relation avec les contrats de concession dont elles sont titulaires. La nationalisation portait sur tous les éléments *d'actifs* des sociétés touchées tandis que le Gouvernement libyen déclarait n'être tenu en aucune façon du *passif* relatif à l'actif nationalisé. Le décret prévoyait l'octroi d'un dédommagement qui devait être déterminé par un comité de trois membres nommés par le Gouvernement libyen. Il ne semble pas que ce comité ait jamais fonctionné, à supposer même que ses membres aient été nommés. Le décret de nationalisation prévoyait en outre qu'un autre comité devait procéder à l'inventaire des biens et actifs nationalisés ; que les biens, droits et actifs que l'Etat libyen s'était ainsi appropriés seraient transférés à la Société nationale libyenne des pétroles (National Oil Corporation, ou N.O.C.) ; que la société Amoseas qui avait été constituée conjointement par les deux sociétés demanderesses pour être leur opérateur en Libye, continuerait d'exercer ses activités pour le compte de celles-ci à concurrence de 49 % et pour le compte de N.O.C. à concurrence de 51 %.

b) Loi n° 11/1974 ou décret de nationalisation du 11 février 1974 décidant la nationalisation de la totalité des biens, droits et avoirs résultant pour les deux sociétés des contrats de

concession
dont elles sont titulaires. Le décret visait nommément les sociétés demanderesses à l'exclusion de toute autre société ou entreprise ; les mesures concernant un éventuel dédommagement
n'étaient que la reprise de celles
qu'énonçait déjà la loi n° 66/1973 ; le transfert de la totalité des biens, droits et avoirs à la N.O.C. y était confirmé ; Amoseas, société de droit étranger, était transformée en une société sans but lucratif dont le capital était, en totalité, entre les mains de la N.O.C. La nouvelle société
était nommée «Om el Jawabi Company».
En d'autres termes, les décrets prétendaient transformer la structure interne d'une société américaine, considérée pourtant en Libye comme étrangère.

III.

PROCEDURE

Les sociétés avisèrent le Gouvernement libyen le 2 septembre 1973 que, conformément à l'article
20 (1) de la loi sur les pétroles et à l'article 28 des contrats, elles entendaient soumettre à l'arbitrage le différend les opposant au Gouvernement
; elles désignaient comme arbitre un avocat de New York, Me Fowler-Hamilton. Le Gouvernement s'abstint de désigner son arbitre pendant le délai prévu par les contrats ; par une lettre du 8 décembre 1973 il a déclaré qu'il rejetait la demande à fin d'arbitrage. Se fondant sur la clause compromissoire (article 28) les deux demanderesses ont alors sollicité du Président
de la Cour internationale de Justice, par lettres du 3 avril et du 11 septembre 1974, la désignation d'un arbitre unique. Le 18 décembre
1974 le Président de la Cour appela aux fonctions d'Arbitre Unique pour connaître de l'affaire M. René-Jean Dupuy, professeur à la Faculté de droit de Nice, et Membre de l'Institut
de droit international. Celui-ci, à son tour, désigna comme Greffier du Tribunal arbitral, le professeur Jean-Pierre Sortais, de la même Faculté.
A la demande de l'Arbitre Unique le Greffe de la Cour internationale de justice lui adressa, le 28 février 1975, copie des correspondances échangées au sujet de la requête en désignation d'un arbitre unique. Parmi ces documents figure
une lettre, du 26 juillet 1974, du représentant du Gouvernement libyen auprès des
Nations Unies à Genève, à laquelle était joint un mémoire préparé par le ministre du pétrole du Gouvernement libyen. Cet important document,
le seul émanant du Gouvernement défendeur mis à la disposition du Tribunal arbitral, soutenait, notamment, qu'il n'y avait pas lieu à arbitrage dans la présente espèce.
Le 19 mars 1975 le Tribunal rendait une première
ordonnance qui scindait la procédure arbitrale en deux, la première partie étant spécialement

consacrée à la question de la compétence de l'Arbitre Unique.

Le Gouvernement ne participa point à la procédure.

Un mémoire fut déposé par les demanderesses sur la question de compétence. Il n'y eut pas de procédure orale.

19

Le 27 novembre 1975 le Tribunal prononça sa sentence préliminaire par laquelle il se déclarait compétent pour connaître du litige au fond. Un mémoire sur le fond fut produit par les demanderesses dans le délai fixé. En revanche, le Gouvernement libyen persista dans son défaut en ne déposant aucun mémoire en réponse, pas plus qu'il ne participa aux débats oraux en juin 1976.

Constatant avec regret le refus persistant de la partie défenderesse de participer à la procédure,

le Tribunal arbitral conclut que ce défaut n'empêchait nullement les parties demanderesses comparantes de «demander à l'Arbitre Unique de leur adjuger leurs conclusions», étant précisé que celui-ci ne pourrait le faire que «dans la mesure où ces conclusions sont fondées en fait et en droit», comme le prescrit le règlement de procédure.

[……]

ANNEXE 6: REGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CNUDCI (1976)

http://www.uncitral.org/fr-index.htm

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

(CNUDCI)

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CNUDCI

RÉSOLUTION 31/98 ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE LE 15 DÉCEMBRE 1976

31/98. Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

L'Assemblée générale,

Reconnaissant l'utilité de l'arbitrage en tant que méthode de règlement des litiges nés des relations commerciales internationales,

Convaincue que l'établissement d'un règlement d'arbitrage ad hoc qui soit acceptable dans des pays ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribuerait sensiblement au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

Consciente que le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a été élaboré à l'issue de consultations exhaustives avec les institutions d'arbitrage et les centres d'arbitrage commercial international,

Notant que le Règlement d'arbitrage a été adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa neuvième session1, à l'issue de délibérations approfondies,

1. *Recommande* l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour le règlement des litiges nés des relations commerciales internationales, particulièrement par le renvoi au Règlement d'arbitrage dans les contrats commerciaux;

2. *Prie* le Secrétaire général d'assurer la plus large diffusion possible au Règlement d'arbitrage.

RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CNUDCI

Section I. Dispositions préliminaires

CHAMP D'APPLICATION

Article premier

1. Si les parties à un contrat sont convenues par écrit2 que les litiges se rapportant à ce contrat seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications convenues entre les parties par écrit.

2. Le présent Règlement régit l'arbitrage, sous réserve cependant qu'en cas de conflit entre l'une de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, c'est cette dernière disposition qui prévaut.

NOTIFICATION, CALCUL DES DÉLAIS

Article 2

1. Aux fins du présent Règlement, une notification, y compris une communication ou une proposition, est réputée être arrivée à destination si elle a été remise soit en mains propres du destinataire, soit à sa résidence habituelle, à son établissement ou à son adresse postale, soit encore B aucune de ces adresses n'ayant pu être trouvée après une enquête raisonnable B à la dernière résidence ou au dernier établissement connu du destinataire. La notification est réputée être arrivée à destination le jour d'une telle remise.

2. Aux fins du calcul d'un délai aux termes du présent Règlement, ledit délai commence à courir le jour où la notification, la communication ou la proposition est arrivée à destination. Si le dernier jour du délai est un jour férié ou chômé au lieu de la résidence ou de l'établissement du destinataire, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés et chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés.

NOTIFICATION D'ARBITRAGE

Article 3

1. La partie qui prend l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après dénommée "le demandeur") communique à l'autre partie (ci-après dénommée "le défendeur") une notification d'arbitrage.

2. La procédure d'arbitrage est réputée commencer à la date à laquelle la notification d'arbitrage est reçue par le défendeur.

3. La notification d'arbitrage doit contenir les indications ci-après:

a) La demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage;
b) Les noms et adresses des parties;
c) La mention de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage invoquée;
d) La mention du contrat duquel est né le litige ou auquel il se rapporte;
e) La nature générale du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte;
f) L'objet de la demande;
g) Une proposition quant au nombre d'arbitres (c'est-à-dire un ou trois), à défaut d'accord sur ce point conclu précédemment entre les parties.

4. La notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes:

a) Les propositions tendant à nommer un arbitre unique et une autorité de nomination, visées à l'article 6, paragraphe premier;
b) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 7;
c) La requête visée à l'article 18.

REPRÉSENTATION ET ASSISTANCE

Article 4

Les parties peuvent se faire représenter ou assister par des personnes de leur choix. Les noms et adresses de ces personnes doivent être communiqués par écrit à l'autre partie ; cette communication doit préciser si la désignation est faite en vue d'une représentation ou d'une assistance.

Section II. Composition du tribunal arbitral

NOMBRE D'ARBITRES

Article 5

Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres (c'est-à-dire un ou trois) et si, dans les quinze jours de la réception par le défendeur de la notification d'arbitrage, les parties ne sont pas convenues qu'il n'y aura qu'un seul arbitre, il sera nommé trois arbitres.

NOMINATION DES ARBITRES (ART. 6 À 8)

Article 6

1. S'il doit être nommé un arbitre unique, chaque partie peut proposer à l'autre:

a) Le nom d'une ou plusieurs personnes susceptibles d'exercer les fonctions d'arbitre unique ; et
b) Si aucune autorité de nomination n'a été choisie par les parties d'un commun accord, le nom d'une ou plusieurs institutions ou personnes susceptibles d'exercer les fonctions d'autorité de nomination.

2. Si, dans les trente jours de la réception par une partie d'une proposition faite conformément au paragraphe 1, les parties ne se sont pas entendues sur le choix d'un arbitre unique, celui-ci est nommé par l'autorité de nomination choisie par les parties d'un commun accord. Si aucune autorité de nomination n'a été choisie par les parties d'un commun accord ou si l'autorité de nomination choisie par elles refuse d'agir ou ne nomme pas l'arbitre dans les soixante jours de

la réception de la demande d'une partie en ce sens, chaque partie peut demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner une autorité de nomination.

3. L'autorité de nomination, à la requête d'une partie, nomme l'arbitre unique aussi rapidement que possible. Elle procède à cette nomination en utilisant le système des listes conformément à la procédure suivante, à moins que les deux parties ne s'entendent pour écarter cette procédure ou que l'autorité de nomination ne décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que l'utilisation du système des listes conformément à cette procédure ne convient pas dans le cas considéré:

a) À la demande de l'une des parties, l'autorité de nomination communique aux deux parties une liste identique comprenant au moins trois noms;
b) Dans les quinze jours de la réception de cette liste, chaque partie peut la renvoyer à l'autorité de nomination après avoir rayé le nom ou les noms auxquels elle fait objection et numéroté les noms restants dans l'ordre de ses préférences;
c) À l'expiration du délai susmentionné, l'autorité de nomination nomme l'arbitre unique parmi les personnes dont le nom figure sur les listes qui lui ont été renvoyées et en suivant l'ordre de préférence indiqué par les parties;
d) Si, pour une raison quelconque, la nomination ne peut se faire conformément à cette procédure, la nomination de l'arbitre unique est laissée à l'appréciation de l'autorité de nomination.

4. L'autorité procède à la nomination en ayant égard à des considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et en tenant également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

Article 7

1. S'il doit être nommé trois arbitres, chaque partie en nomme un. Les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième qui exerce les fonctions d'arbitre-président du tribunal.

2. Si, dans les trente jours de la réception de la notification du nom de l'arbitre désigné par une partie, l'autre partie ne lui a pas notifié le nom de l'arbitre de son choix:

a) La première partie peut demander à l'autorité de nomination antérieurement désignée par les parties de nommer le deuxième arbitre ; ou
b) Si aucune autorité de nomination n'a été antérieurement désignée par les parties ou si l'autorité de nomination désignée antérieurement refuse d'agir ou ne nomme pas l'arbitre dans les trente jours de la réception de la demande d'une partie en ce sens, la première partie peut demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner l'autorité de nomination. La première partie peut alors demander à l'autorité de nomination ainsi désignée de nommer le deuxième arbitre. Dans l'un et l'autre cas, la nomination de l'arbitre est laissée à l'appréciation de l'autorité de nomination.

3. Si, dans les trente jours de la nomination du deuxième arbitre, les deux arbitres ne se sont pas entendus sur le choix de l'arbitre-président, ce dernier est nommé par une autorité de

nomination, conformément à la procédure prévue à l'article 6 pour la nomination de l'arbitre unique.

Article 8

1. Lorsqu'il est demandé à une autorité de nomination de nommer un arbitre conformément à l'article 6 ou à l'article 7, la partie qui fait cette demande lui adresse une copie de la notification d'arbitrage, une copie du contrat duquel est né le litige ou auquel il se rapporte et une copie de la convention d'arbitrage si celle-ci ne figure pas dans le contrat. L'autorité de nomination peut demander à l'une ou l'autre partie des renseignements dont elle estime avoir besoin pour s'acquitter de ses fonctions.

2. Lorsque la candidature d'une ou plusieurs personnes est proposée pour une nomination en qualité d'arbitre, les noms et adresses complets des intéressés ainsi que leur nationalité doivent être indiqués, accompagnés d'une description de leurs titres.

RÉCUSATION D'ARBITRES (ART. 9 À 12)

Article 9

Tout arbitre dont la nomination est envisagée signale à ceux qui l'ont pressenti toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou sur son indépendance. Une fois qu'il a été nommé ou choisi, un arbitre signale lesdites circonstances aux parties, s'il ne l'a déjà fait.

Article 10

1. Tout arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance.

2. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a désigné que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignation.

Article 11

1. Toute partie qui souhaite récuser un arbitre doit notifier sa décision dans les quinze jours suivant la date à laquelle la nomination de cet arbitre lui a été notifiée ou dans les quinze jours suivant la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées aux articles 9 et 10.

2. La récusation est notifiée à l'autre partie, à l'arbitre récusé et aux autres membres du tribunal arbitral. La notification se fait par écrit et doit être motivée.

3. Lorsqu'un arbitre a été récusé par une partie, l'autre partie peut accepter la récusation. L'arbitre récusé peut également se déporter. Cette acceptation ou ce déport n'impliquent pas reconnaissance des motifs de la récusation. Dans ces deux cas, la procédure prévue aux articles 6 ou 7 est appliquée à la nomination du remplaçant même si une partie n'a pas exercé son droit de nommer ou de participer à la nomination de l'arbitre récusé.

Article 12

1. Si la récusation n'est pas acceptée par l'autre partie et que l'arbitre récusé ne se déporte pas, la décision relative à la récusation est prise:

a) Si la nomination initiale a été faite par une autorité de nomination B par ladite autorité;
b) Si la nomination initiale n'a pas été faite par une autorité de nomination mais qu'une telle autorité a été désignée antérieurement B par ladite autorité;
c) Dans tous les autres cas, par l'autorité de nomination qui doit être désignée conformément à la procédure de désignation d'une autorité de nomination prévue à l'article 6.

2. Si l'autorité de nomination admet la récusation, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure applicable à la nomination ou au choix des arbitres qui est prévue aux articles 6 à 9 ; toutefois, dans le cas où cette procédure implique la désignation d'une autorité de nomination, la nomination de l'arbitre est faite par l'autorité de nomination qui s'est prononcée sur la récusation.

REMPLACEMENT D'UN ARBITRE

Article 13

1. En cas de décès ou de démission d'un arbitre pendant la procédure d'arbitrage, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure prévue aux articles 6 à 9 qui était applicable à la nomination ou au choix de l'arbitre devant être remplacé.

2. En cas de carence ou d'impossibilité de droit ou de fait d'un arbitre de remplir sa mission, c'est la procédure relative à la récusation et au remplacement des arbitres prévue aux articles précédents qui s'applique.

RÉPÉTITION ORALE EN CAS DE REMPLACEMENT D'UN ARBITRE

Article 14

En cas de remplacement de l'arbitre unique ou de l'arbitre-président en vertu des articles 11 à 13, la procédure orale qui a eu lieu avant le remplacement doit être répétée ; en cas de remplacement d'un autre arbitre, la décision de répéter cette procédure est laissée à l'appréciation du tribunal arbitral.

Section III. Procédure arbitrale

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 15

1. Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens.

2. À la demande de l'une ou l'autre partie et à tout stade de la procédure, le tribunal arbitral organise une procédure orale pour la production de preuves par témoins, y compris des experts, ou pour l'exposé oral des arguments. Si aucune demande n'est formée en ce sens, le tribunal arbitral décide s'il convient d'organiser une telle procédure ou si la procédure se déroulera sur pièces.

3. Toutes les pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées en même temps par elle à l'autre partie.

LIEU DE L'ARBITRAGE

Article 16

1. À défaut d'accord entre les parties sur le lieu de l'arbitrage, ce lieu est déterminé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'arbitrage.

2. Le tribunal arbitral peut fixer l'emplacement de l'arbitrage à l'intérieur du pays choisi par les parties. Il peut entendre des témoins et tenir des réunions pour se consulter, en tout lieu qui lui conviendra, compte tenu des circonstances de l'arbitrage.

3. Le tribunal arbitral peut se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié aux fins d'inspection de marchandises ou d'autres biens et d'examen de pièces. Les parties en seront informées suffisamment longtemps à l'avance pour avoir la possibilité d'assister à la descente sur les lieux.

4. La sentence est rendue au lieu de l'arbitrage.

LANGUE

Article 17

1. Sous réserve de l'accord des parties, le tribunal arbitral fixe sans retard, dès sa nomination, la langue ou les langues de la procédure. Cette décision s'applique à la requête, à la réponse et à tout autre exposé écrit et, en cas de procédure orale, à la langue ou aux langues à utiliser au cours de cette procédure.

2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces jointes à la requête ou à la réponse et toutes les pièces complémentaires produites au cours de la procédure qui ont été remises dans leur langue originale soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues choisies par les parties ou fixées par le tribunal arbitral.

REQUÊTE

Article 18

1. Si la requête n'a pas été exposée dans la notification d'arbitrage, le demandeur adresse, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral, sa requête écrite au défendeur et à chacun des

arbitres. Une copie du contrat et de la convention d'arbitrage, si elle ne figure pas dans le contrat, doit être jointe à la requête.

2. La requête comporte les indications ci-après:

a) Les noms et adresses des parties;
b) Un exposé des faits présentés à l'appui de la requête;
c) Les points litigieux;
d) L'objet de la demande.

Le demandeur peut joindre à sa requête toutes pièces qu'il juge pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'il produira.

RÉPONSE

Article 19

1. Dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral, le défendeur adresse sa réponse écrite au demandeur et à chacun des arbitres.

2. Le défendeur répond aux alinéas *b*, *c* et *d* de la requête (art. 18, par. 2). Il peut joindre à sa réponse les pièces sur lesquelles il appuie sa défense ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'il produira.

3. Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle fondée sur le même contrat ou invoquer un droit fondé sur le même contrat comme moyen de compensation.

4. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 18 s'appliquent à la demande reconventionnelle et au droit invoqué comme moyen de compensation.

MODIFICATIONS DE LA REQUÊTE OU DE LA RÉPONSE

Article 20

Au cours de la procédure arbitrale, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa requête ou sa réponse à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser ledit

amendement en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance. Cependant, une requête ne peut être amendée au point qu'elle sorte du cadre de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.

DÉCLINATOIRE DE COMPÉTENCE ARBITRALE

Article 21

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.

2. Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

3. L'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse ou, en cas de demande reconventionnelle, de la réplique.

4. D'une façon générale, le tribunal arbitral statue sur l'exception d'incompétence en la traitant comme question préalable. Il peut cependant poursuivre l'arbitrage et statuer sur cette exception dans sa sentence définitive.

AUTRES PIÈCES ÉCRITES

Article 22

Le tribunal arbitral décide quelles sont, outre la requête et la réponse, les autres pièces écrites que les parties doivent ou peuvent lui présenter ; il fixe le délai dans lequel ces pièces doivent être communiquées.

DÉLAIS

Article 23

Les délais fixés par le tribunal arbitral pour la communication des écritures (y compris la requête et la réponse) ne devraient pas dépasser quarante-cinq jours. Toutefois, ces délais peuvent être prorogés par le tribunal arbitral si celui-ci juge que cette prorogation est motivée.

PREUVES ET AUDIENCES (ART. 24 ET 25)

Article 24

1. Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse.

2. S'il le juge nécessaire, le tribunal arbitral peut prier une partie de lui fournir ainsi qu'à l'autre partie, dans le délai qu'il fixe, un résumé des pièces et autres preuves que la partie intéressée a l'intention de produire à l'appui des faits qui constituent l'objet du litige et qui sont exposés dans sa requête ou dans sa réponse.

3. À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet.

Article 25

1. En cas de procédure orale, le tribunal arbitral notifie aux parties suffisamment à l'avance la date, l'heure et le lieu de la procédure.

2. Si des témoins doivent être entendus, chaque partie communique, quinze jours au moins avant l'audience, au tribunal arbitral et à l'autre partie, les noms et adresses des témoins qu'elle se propose de produire en précisant l'objet des témoignages et la langue dans laquelle ils seront présentés.

3. Le tribunal arbitral prend des dispositions pour faire assurer la traduction des exposés oraux faits à l'audience et établir un procès-verbal de l'audience, s'il juge que l'une ou l'autre de ses

mesures s'impose eu égard aux circonstances de l'espèce ou si les parties en sont convenues et ont notifié cet accord au tribunal arbitral quinze jours au moins avant l'audience.

4. L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander que des témoins se retirent pendant la déposition d'autres témoins. Il est libre de fixer la manière dont les témoins sont interrogés.

5. La preuve par témoins peut également être administrée sous la forme de déclarations écrites signées par les témoins.

6. Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance des preuves présentées.

MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

Article 26

1. À la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant par exemple leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables.

2. Ces mesures provisoires peuvent être prises sous la forme d'une sentence provisoire. Le tribunal arbitral peut exiger un cautionnement au titre des frais occasionnés par ces mesures.

3. Une demande de mesures provisoires adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention.

EXPERTS

Article 27

1. Le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera. Une copie du mandat de l'expert, tel qu'il a été fixé par le tribunal arbitral, sera communiquée aux parties.

2. Les parties fournissent à l'expert tous renseignements appropriés ou soumettent à son inspection toutes pièces ou toutes choses pertinentes qu'il pourrait leur demander. Tout différend s'élevant entre une partie et l'expert au sujet du bien-fondé de la demande sera soumis au tribunal arbitral, qui tranchera.

3. Dès réception du rapport de l'expert, le tribunal arbitral communique une copie du rapport aux parties, lesquelles auront la possibilité de formuler par écrit leur opinion à ce sujet. Les parties ont le droit d'examiner tout document invoqué par l'expert dans son rapport.

4. À la demande de l'une ou l'autre des parties, l'expert, après la remise de son rapport, peut être entendu à une audience à laquelle les parties ont la possibilité d'assister et de l'interroger. À cette audience, l'une ou l'autre des parties peut faire venir en qualité de témoins des experts qui déposeront sur les questions litigieuses. Les dispositions de l'article 25 sont applicables à cette procédure.

DÉFAUT

Article 28

1. Si, dans le délai fixé par le tribunal arbitral, le demandeur n'a pas présenté sa requête et n'a pu invoquer un empêchement légitime, le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale. Si, dans le délai fixé par le tribunal arbitral, le défendeur n'a pas présenté sa réponse, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral ordonne la poursuite de la procédure.

2. Si l'une des parties, régulièrement convoquée conformément au présent Règlement, ne comparaît pas à l'audience, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut poursuivre l'arbitrage.

3. Si l'une des parties, régulièrement invitée à produire des documents, ne les présente pas dans les délais fixés, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

CLÔTURE DES DÉBATS

Article 29

1. Le tribunal arbitral peut demander aux parties si elles ont encore des preuves à présenter, des témoins à produire ou des déclarations à faire, faute desquels il peut déclarer la clôture des débats.

2. Le tribunal arbitral peut, s'il l'estime nécessaire en raison des circonstances exceptionnelles, décider, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, la réouverture des débats à tout moment avant le prononcé de la sentence.

RENONCIATION AU DROIT DE SE PRÉVALOIR DU PRÉSENT RÈGLEMENT

Article 30

Toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions ou des conditions énoncées dans le présent Règlement n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection.

Section IV. La sentence

DÉCISIONS

Article 31

1. Lorsque les arbitres sont au nombre de trois, toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral est rendue à la majorité.

2. En ce qui concerne des questions de procédure, à défaut de majorité ou lorsque le tribunal arbitral l'autorise, l'arbitre-président peut décider seul sous réserve d'une éventuelle révision par le tribunal arbitral.

FORME ET EFFET DE LA SENTENCE

Article 32

1. Le tribunal arbitral peut rendre non seulement des sentences définitives, mais également des sentences provisoires, interlocutoires ou partielles.

2. La sentence est rendue par écrit. Elle n'est pas susceptible d'appel devant une instance arbitrale. Les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence.

3. Le tribunal arbitral motive sa sentence, à moins que les parties ne soient convenues que tel ne doit pas être le cas.

4. La sentence est signée par les arbitres et porte mention de la date et du lieu où elle a été rendue. Lorsque les arbitres sont au nombre de trois et que la signature de l'un d'eux manque, le motif de cette absence de signature est mentionné dans la sentence.

5. La sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties.

6. Des copies de la sentence signées par les arbitres sont communiquées par le tribunal arbitral aux parties.

7. Si la loi en matière d'arbitrage du pays dans lequel la sentence est rendue impose au tribunal arbitral l'obligation de déposer ou de faire enregistrer la sentence, le tribunal satisfera à cette obligation dans le délai prévu par la loi.

LOI APPLICABLE, AMIABLE COMPOSITEUR

Article 33

1. Le tribunal arbitral applique la loi désignée par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige. À défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'"amiable compositeur" (*ex aequo et bono*) que si le tribunal arbitral y a été expressément autorisé par les parties et si ce type d'arbitrage est permis par la loi applicable à la procédure arbitrale.

3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

TRANSACTION OU AUTRES MOTIFS DE CLÔTURE DE LA PROCÉDURE

Article 34

1. Si, avant que la sentence ne soit rendue, les parties conviennent d'une transaction qui règle le litige, le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou, si les deux parties lui en font la demande et s'il l'accepte, constate le fait par une sentence arbitrale rendue d'accord parties. Cette sentence n'a pas à être motivée.

2. Si, avant que la sentence ne soit rendue, il devient inutile ou impossible pour une raison quelconque non mentionnée au paragraphe 1 de poursuivre la procédure arbitrale, le tribunal arbitral informe les parties de son intention de rendre une ordonnance de clôture de la procédure. Le tribunal arbitral est autorisé à rendre cette ordonnance à moins que l'une des parties ne soulève des objections fondées.

3. Le tribunal arbitral adresse aux parties une copie de l'ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou de la sentence rendue d'accord parties, dûment signée par les arbitres. Les dispositions des paragraphes 2 et 4 à 7 de l'article 32 sont applicables aux sentences arbitrales rendues d'accord parties.

INTERPRÉTATION DE LA SENTENCE

Article 35

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral d'en donner une interprétation.

2. L'interprétation est donnée par écrit dans les quarante-cinq jours de la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence, et les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 lui sont applicables.

RECTIFICATION DE LA SENTENCE

Article 36

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature. Le tribunal arbitral peut, dans les trente jours de la communication de la sentence aux parties, faire ces rectifications de sa propre initiative.

2. Ces rectifications sont faites par écrit et les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 leur sont applicables.

SENTENCE ADDITIONNELLE

Article 37

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure d'arbitrage mais omis dans la sentence.

2. Si le tribunal arbitral juge la demande justifiée et estime que l'omission peut être rectifiée sans nécessiter de nouvelles audiences ou de nouvelles preuves, il complète sa sentence dans les soixante jours qui suivent la réception de la demande.

3. Les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 sont applicables à la sentence additionnelle.

FRAIS (ART. 38 À 40)

Article 38

Le tribunal arbitral fixe les frais d'arbitrage dans sa sentence. Les "frais"comprennent uniquement:

a) Les honoraires des membres du tribunal arbitral, indiqués séparément pour chaque arbitre et fixés par le tribunal lui-même conformément à l'article 39;
b) Les frais de déplacement et autres dépenses faites par les arbitres;
c) Les frais encourus pour toute expertise ou pour toute autre aide demandée par le tribunal arbitral;
d) Les frais de déplacement et autres indemnités des témoins, dans la mesure où ces dépenses

ont été approuvées par le tribunal arbitral;
e) Les frais en matière de représentation ou d'assistance juridique encourus par la partie qui triomphe, lorsque ces frais constituent l'un des chefs de la demande d'arbitrage et dans la mesure où le tribunal arbitral en juge le montant raisonnable;
f) Le cas échéant, les honoraires et frais de l'autorité de nomination, ainsi que les frais du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye.

Article 39

1. Le montant des honoraires des membres du tribunal arbitral doit être raisonnable, compte tenu du montant en litige, de la complexité de l'affaire, du temps que les arbitres lui ont consacré et de toutes autres circonstances pertinentes de l'espèce.

2. Si une autorité de nomination a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et si cette autorité a publié un barème pour les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux qu'elle administre, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte de ce barème dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

3. Si cette autorité de nomination n'a pas publié de barème pour les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux, chaque partie peut, à tout moment, prier l'autorité de nomination d'établir une note indiquant la base de calcul des honoraires qui est habituellement appliquée dans les litiges internationaux dans lesquels l'autorité nomme les arbitres. Si l'autorité de nomination accepte d'établir cette note, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte des renseignements ainsi fournis dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

4. Dans les cas visés aux alinéas 2 et 3, lorsqu'à la demande d'une partie l'autorité de nomination accepte cette mission, le tribunal arbitral ne fixe le montant de ses honoraires qu'après avoir consulté l'autorité de nomination, qui peut adresser au tribunal arbitral toutes observations qu'elle juge appropriées concernant ces honoraires.

Article 40

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

2. En ce qui concerne les frais en matière de représentation ou d'assistance juridique visés au paragraphe *e* de l'article 38, le tribunal arbitral peut, eu égard aux circonstances de l'espèce,

déterminer la partie à la charge de laquelle seront mis ces frais ou les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié.

3. Lorsque le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou une sentence d'accord parties, il fixe les frais d'arbitrage visés aux articles 38 et paragraphe 1 de l'article 39 dans le texte de cette ordonnance ou de cette sentence.

4. Le tribunal arbitral ne peut percevoir d'honoraires supplémentaires pour interpréter ou rectifier sa sentence ou rendre une sentence additionnelle, conformément aux articles 35 à 37.

CONSIGNATION DU MONTANT DES FRAIS

Article 41

1. Dès qu'il est constitué, le tribunal arbitral peut demander à chaque partie de consigner une même somme à titre d'avance à valoir sur les frais visés à l'article 38, paragraphes *a*, *b* et *c*.

2. Au cours de la procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner des sommes supplémentaires.

3. Si une autorité de nomination a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et lorsqu'à la demande d'une partie l'autorité de nomination accepte cette mission, le tribunal arbitral ne fixe le montant des sommes ou sommes supplémentaires à consigner qu'après avoir consulté l'autorité de nomination qui peut adresser au tribunal arbitral toutes observations qu'elle juge appropriées concernant le montant de ces consignations.

4. Si les sommes dont la consignation est requise ne sont pas intégralement versées dans les trente jours de la réception de la requête, le tribunal arbitral en informe les parties afin que l'une ou l'autre d'entre elles puisse effectuer le versement demandé. Si ce versement n'est pas effectué, le tribunal arbitral peut ordonner la suspension ou la clôture de la procédure d'arbitrage.

5. Après le prononcé de la sentence, le tribunal arbitral rend compte aux parties de l'utilisation des sommes reçues en dépôt ; il leur restitue tout solde non dépensé.

Notes

1 *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), chap. V, sect. C.

2 *Libellé type de clause compromissoire*

Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

Note. - Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes:
a) L'autorité de nomination sera ... [nom de la personne ou de l'institution];
b) Le nombre d'arbitres est fixé à ... [un ou trois] ;
c) Le lieu de l'arbitrage sera ... [ville ou pays];
d) La langue (les langues) à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera (seront) ...

ANNEXE 7: CONVENTION DE NEW-YORK DU 10 JUIN 1958 RELATIVE A LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES

CONVENTION POUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRES

CONVENTION POUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION
DES SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRES

Article premier

1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

2. On entend par "sentences arbitrales" non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.

3. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.

Article II

1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

2. On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

Article III

Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

Article IV

1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande:

a) L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité;
b) L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

2. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

Article V

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; ou
b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou
c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées ; ou
d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; ou
e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou
b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

Article VI

Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1, *e*, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence ; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Article VII

1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle

pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères cesseront de produire leurs effets entre les États contractants du jour, et dans la mesure, où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention.

Article VIII

1. La présente Convention est ouverte jusqu'au 31 décembre 1958 à la signature de tout État Membre des Nations Unies, ainsi que de tout autre État qui est, ou deviendra par la suite, membre d'une ou plusieurs institutions spécialisées des Nations Unies ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ou qui aura été invité par l'Assemblée générale des Nations Unies.

2. La présente Convention doit être ratifiée et les instruments de ratification déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article IX

1. Tous les États visés à l'article VIII peuvent adhérer à la présente Convention.

2. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article X

1. Tout État pourra, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration produira ses effets au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État.

2. Par la suite, toute extension de cette nature se fera par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et produira ses effets à partir du quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification, ou à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État si cette dernière date est postérieure.

3. En ce qui concerne les territoires auxquels la présente Convention ne s'applique pas à la date de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, chaque État intéressé examinera la possibilité de prendre les mesures voulues pour étendre la Convention à ces territoires, sous réserve le cas échéant, lorsque des motifs constitutionnels l'exigeront, de l'assentiment des gouvernements de ces territoires.

Article XI

Les dispositions ci-après s'appliqueront aux États fédératifs ou non unitaires:

a) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront les mêmes que celles des États contractants qui ne sont pas des États fédératifs;
b) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants;
c) Un État fédératif Partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

Article XII

1. La présente Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des États qui ratifieront la Convention ou y adhéreront après le dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion, elle entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article XIII

1. Tout État contractant pourra dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prendra effet un an après la date où le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification.

2. Tout État qui aura fait une déclaration ou une notification conformément à l'article X pourra notifier ultérieurement au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies que la Convention cessera de s'appliquer au territoire en question un an après la date à laquelle le Secrétaire général aura reçu cette notification.

3. La présente Convention demeurera applicable aux sentences arbitrales au sujet desquelles une procédure de reconnaissance ou d'exécution aura été entamée avant l'entrée en vigueur de la dénonciation.

Article XIV

Un État contractant ne peut se réclamer des dispositions de la présente Convention contre d'autres États contractants que dans la mesure où il est lui-même tenu d'appliquer cette convention.

Article XV

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies notifiera à tous les États visés à l'article VIII:

a) Les signatures et ratifications visées à l'article VIII;
b) Les adhésions visées à l'article IX;
c) Les déclarations et notifications visées aux articles premier, X et XI;
d) La date où la présente Convention entrera en vigueur, en application de l'article XII;
e) Les dénonciations et notifications visées à l'article XIII.

Article XVI

1. La présente Convention, dont les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposée dans les archives de l'Organisation des Nations Unies.

2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies remettra une copie certifiée conforme de la présente Convention aux États visés à l'article VIII.

INDEX LEXICAL

A

abus de position dominante 51, 53, 54, 59
acceptation ..43, 90, 121, 126, 132, 145, 146, 154
accessibilité 88
accords 49
ACP..... 32
acte d'engagement....127, 146, 154
activité internationale 18
adjudication..... 134
aide
  bilatérale 31
  multilatérale 31
aménagement 73
aMP
  besoin..... 22
  droit communautaire 7
  Droit communautaire 7
  seuil 96
AMP 160, 162, 164, 166, 167, 168, 180, 182
anonymat.....5, 19, 103, 154
appel d'offres 4, 15, 92, 95, 97, 99, 119, 151, 153
appel d'offres en deux étapes .. 111
appel d'offres infructueux 80
appel d'offres restreint 97
application directe 190
appui diplomatique..... 209
arbitrage 10, 156
assimilation 68
assistance 73, 74
associations d'entreprises..... 48
attributaire 105, 143, 146, 148, 156
attribution.....121, 143, 154
autorisation de signer; 146
autorité de chose jugée 228
avantage concurrentiel.... 102, 115, 123
avis 100, 153
avis d'attribution.....144, 147

B

besoin 15, 17, 19, 153
  définition 22
  destination 27
  destination 24
  détermination 21
  financement 20
  valeur..... 25, 26
brevet.....115

C

candidats évincés.... 105, 116, 143, 144, 154
certificats 56
charges douanières.....83
Charte de la Havane.....170
choix de la procédure..... 90, 151
circulation des sentences 157
CIRDI..... 227, 235, 237
clause compromissoire ... 203, 214, 218, 219, 226
clauses de gel.....252
CNUDCI
  besoin 21
  loi-modèle 6
coefficients 139
communication 34, 39
compensation.....75
compétitivité..... 19, 126
concession 9
concurrence 18, 19
  égalité 15
  internationale 3, 8
  promotion 8
concurrence internationale 158
concurrentialité 132, 149, 151
confidentialité 104, 108
conflit de systèmes.....254
consensus 13
contestation 183, 184
contraintes.....131, 153
contrôle de légalité.....146
Convention de Genève 217
Convention de New-York .12, 157, 240, 241, 242, 243, 244, 245
Convention de Washington.....217
coopération 190
corrections.....129, 130
corruption 156, 187, 188, 189, 192, 193, 195, 196
critères 90, 107, 121, 134, 137, 138, 149, 153
critères additionnels 140
critères sociaux 149, 151, 153

D

DCE).....93
déductible.....158
définition
  besoin.....20
dérogation 72, 76
détournement de procédure .79, 90, 118, 153
développement 8, 70, 71, 73
  négociation 74
dialogue compétitif 169
différend
  règlement 11
différentiel de coût 87

dilatoire 80
discrétion.....103, 105
discrimination .64, 86, 88, 99, 107, 109, 117
prohibition 65
discrimination positive.18, 86, 153
divulgation 104, 105, 156
dossier 99, 109, 128, 147, 149, 153
contenu 100
droit communautaire160, 162, 167, 168
dualité 211

E

effet direct 181
égalité.....15, 17, 169
égalité d'accès 151
égalité de traitement 67, 96, 129, 130, 154
égalité formelle 15
égalité réelle 15
élaboration 19
engagement 11
entente 48
entité 77, 78, 87
entité adjudicatrice 17
entraide judiciaire..... 190
entrée en vigueur.....144, 147, 149, 154
entreprise subventionnée.121, 122, 150
enveloppe 121
erreurs 121
étanchéité 17
État souverain..... 213
État-administration.....211, 213
État-souverain 211
évaluation.....90, 149, 150
exemptions 50
exequatur..... 245
extranéité..... 86
extranéité..... 60
extra-territorialité 190

F

faible valeur 151
favoritisme..... 156
fournisseurs qualifiés..... 116

G

GATT 170
groupes spéciaux 186

H

harmonisation 160

I

immunité d'exécution 221, 226
immunité de juridiction .. 220, 221, 226
immunité d'exécution..... 220
information 81, 98, 101
infraction 192, 193, 194
intérêt..... 8
intérêt mutuel..... 71
investissement 11
invitation à soumissionner 36
invocabilité 180

J

joint-venture 46, 88
jure gestionis..... 204
jure imperii 206

K

Kompetenz-Kompetenz 227

L

langue française 64
lex mercatoria 255
liberté d'accès..... 96, 122
liberté de prestation de services . 66
libre-circulation 66
lieu du siège..... 235
liste de fournisseurs qualifiés... 162
Lomé
aide sectorielle 32
aides globales.....33
Convention 32
développement intégré.....32
intérêt mutuel.....33

M

marché public
définition 4
extranéité 6
ouverture..... 6
taille 3
mieux-disant 91, 134, 135, 139, 149, 151, 153
mise en concurrence....15, 92, 151, 153
mise en conformité.....160
modifications 121, 154
moins-disant.....91, 134, 135, 136, 138, 149, 156
motif d'intérêt général.....146
multilatéralisation 13
multinationale 15
limites 53

N

nationalité 64, 86, 208
négociations 106, 107, 108, 154
néo-colonialisme 72
non-conformité.....130
non-discrimination .67, 86, 89, 165
non-réciprocité 70, 71
non-signature 148
normalisation ..119, 131, 132, 153, 154
norme
discrimination 23
normes 23
notification.....147

O

offre 90, 101, 107
Offre

immuabilité.....126, 128
intangibilité..... 129
modifications 128
non-conformité 101, 140
Offres équivalentes 141
validité 127, 128
offre alternative.....102, 103, 109
offre internationale..... 18, 86
offres anormalement basses 85
offres équivalentes 151
OMC 170
accord plurilatéral 6
opérations d'intérêt national 216
ORD...10, 157, 178, 180, 183, 186
ouverture 88

P

peine..... 196
pénétration 19
performance 19
PNUD 31
pré-avis 37, 39
préparation 19
présélection 162
cas98
dossier..... 98
procédure 98
pré-sélection..... 16
pré-sélection..... 99
prêt 17
principe d'égalité 65
principes généraux du droit..... 257
prise illégale d'intérêts..... 156
prix.....84, 105, 121, 122, 133
procédure nationale 69
procédures 119
protection.....18
protectionnisme 15, 18
publicité.....19, 35

Q

qualifications 55, 56
qualité-prix 132, 136

R

recours 183
renseignements 101
responsabilité pénale 194
ressource
aide.....30
exportations.....28
financement.....20
impôts.....28
rivalité.....18

S

sanction.....185
savoir-faire 114
secret 104, 105
sélection.....115
sentence
exécution ... 241, 242, 243, 244, 245
ordre public.....245, 247
reconnaissance..... 12, 157, 241, 242, 243, 245
seuil 92, 95, 99
signature.....40, 144, 145, 146
société en participation 47, 88
sollicitation 112, 113, 117, 118, 151
soumission
délais.....79, 80
soumissionnaire
classique 42
moderne 44
nationalité 60
sous-traitance.....42
souveraineté 9, 11, 253
spécifications techniques.....19, 22, 115, 165
stratégie.....19

T

T.V.A. 29
territorialité 187
traduction 61, 86, 89, 153
traitement national 67, 74
dérogation.....69, 72
traitement national 69
traitement privilégié.....71
transparence 15

U

urgence.....117, 119, 120

V

voie électronique.....40, 93

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

BOUVERESSE JACQUES, *Droit et politiques du développement et de la coopération: PUF*, coll. Droit fondamental, 1990, ISBN 22407182-7-00

CARREAU DOMINIQUE ET JUILLARD PATRICK, *Droit international économique: L.G.D.J.*, 4e éd., coll. Manuels, 1998

CASTAING ROBERT, NOGUELLOU ROZEN ET PREBISSY-SCHNALL CATHERINE, *Les marchés publics: Litec*, coll. Affaires finances, 2003, ISBN 2-7111-3518-7

COMBACAU JEAN ET SUR SERGE, *Droit international public: Montchrestien*, 4e éd.,1999, ISBN 2-7076-1154-9

DELEBECQUE PHILIPPE ET JACQUET JEAN-MICHEL, *Droit du commerce international: Dalloz*, coll. Cours, 2000, ISBN 2-24-703660-8

DUPUY PIERRE-MARIE, *Droit international public: Dalloz*, 4e éd., Coll. Précis, 1998, ISBN 2-24703214-1

FABRE REGIS, MOUSSERON JEAN-MARC, PIERRE JEAN-LUC ET RAYNARD JACQUES, *Droit du commerce international: Litec*, 2e éd., 2000, ISBN 2-7111-3007-5

FALLON MARC, *Droit matériel général de l'Union Européenne: Bruylant,* 2e éd., 2002, ISBN 2-87209-688-4

GAVALDA CHRISTIAN ET PARLEANI GLBERT, *Traité de droit communautaire des affaires: Litec*, 2e éd., 1992, ISBN 2-7111-2110-0

GOURION PIERRE-ALAIN ET PEYRARD GEORGES, *Droit du commerce international: L.G.D.J.*, 3e éd., 2001, ISBN 2-275-02053-5

GUYON YVES, *Droit des affaires: Economica*, t. 1, 11e éd., coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 2001, ISBN 2-7178-4076-1

ICARD PHILIPPE, *Droit matériel et politiques communautaires: Eska*, coll. Droit public et sciences politiques, 1999

MAYER PIERRE, *Droit international privé: Montchrestien*, 6e éd., 1998, ISBN 2-7076-1009-7

MICHON JEROME, *La nouvelle réglementation des marchés publics: Le Moniteur*, 2e éd., coll. Guides juridiques, 2002, ISBN 2-281-12363-4

NGUYEN QUOC DINH †, DAILLIER PATRICK ET PELLET ALAIN, *Droit international public: L.G.D.J.*, 6e éd., 2001, ISBN 2-275-01588-4

RICHER LAURENT, *Droit des contrats administratifs: L.G.D.J.*, coll. Manuel, 3e éd., 2002, ISBN 2-275-02005-5

SINKONDO MARCEL, *Droit international public: Ellipses*, coll. Universités droit, 1999, ISBN 2-8271-0922-0

OUVRAGES SPECIALISES

CARRON VINCENT ET FOURNIER JACQUES, *La protection juridique dans la passation des marchés publics, étude de droit comparé: édition universitaire Fribourg Suisse*, 2002, ISBN 2-8271-0922-0

CHARVIN ROBERT, *L'investissement international et le droit au développement: L'Harmattan,* 2002

DIDIER PIERRE, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la communauté européenne: Bruylant Bruxelles*, 1997, ISBN 2-8027-0793-0

FOUCHARD PHILIPPE, GAILLARD EMMANUEL ET GOLDMAN BERTHOLD, *Traité de l'arbitrage commercial international: Litec*, 1996, ISBN 2-7111-2573-4

KASSIS ANTOINE, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux: LGDJ*, 1993, ISBN 2-275-00482-3

LAVIGNE JEAN-CLAUDE ET LESTIENNE BERNARD, *Construire une éthique de la coopération: Chronique Sociale*, 2000, ISBN 2-85008-382-8

LANKARANI EL-ZEIN LEILA, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international: Bruylant*, coll. Droit international, 2001, ISBN 2-8027-1503-8

LESGUILLONS HENRY, *Lamy, contrats internationaux: Lamy*, t.2, 2001, ISBN

MALAURIE-VIGNAL MARIE, *Droit de la concurrence: Armand Colin*, 2e éd., 2003, ISBN 2-24705365-3

O.C.D.E. Industrie, services et échanges, *La taille des marchés publics: Revue O.C.D.E. sur la gestion budgétaire*, 2002, n° 5, ISBN 9264297103

PREBISSY-SCHNALL CATHERINE, *La pénalisation du droit des marchés publics: L.G.D.J.*, 2002, ISBN 2-275-02249-X

QUIGLEY CONOR, *Droit communautaire des contrats: Bruylant-Kluwer*, trad. par V. Crévecœur et R. O'Donoghue, 1998, ISBN 2-8027-1222-5

SATCHIVI FRANCIS AMAKOUE, *Le déclin de l'État en droit international public: L'Harmattan*, coll.Logiques juridiques, 2001, ISBN 2-7475-1524-5

WEIL PROSPER, *Écrits de droit international: p. U.F.*, coll. Doctrine juridique, 2001, ISBN 224165/9/00

MELANGES

VARII AUCTORIS, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle: Litec, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, vol. 20, 2000, ISBN 2-7111-3268-4

MEMENTOS

CHATILLON STEPHANE, *Droit des affaires internationales: Vuibert*, 3e éd., coll. Gestion internationale, 2002, ISBN 2-7117-7875-4

COLARD-FABREGOULE CATHERINE, *L'essentiel de l'Organisation Mondiale du Commerce: Gualino éditeur*, coll. Les Carrés, 2002, ISBN 2-84200-468-X

SCHULTZ PATRICK, *Éléments du droit des marchés publics: L.G.D.J.*, coll. Systèmes, 2e éd., 2002, ISBN 2-275-01795-X

ARTICLES SPECIALISES

CASSIA PAUL, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement: RTDEur*, 01/07/2003, pp. 413-416

CHAMINADE ANDRE, *Loi « MURCEF »: les nouvelles règles relatives aux marchés publics et à la commande publique: JCP G*, 06/02/2002, n° 6, p. 273

CLAISSE YVES, *L'attribution d'un marché public à un organisme subventionné: jamais interdite mais pas toujours possible: LPA*, 20/03/2001, n° 56, p. 14

FLORY MAURICE, *Mondialisation et droit international du développement: RGDIP*, 1997, n° 3, pp. 609 et s.

GUEDJ ALAIN, *L'obligation d'informer les candidats évincés d'un marché public avant la notification dudit marché: LPA*, 24/06/2003, n° 125, pp. 21-23

HANOTIAU BERNARD, *L'arbitrabilité : RCADI*, 2002, n° 296, pp. 28 et s.

HECKEL BERNARD, *Les conditions permettant à une personne publique de se voir attribuer un marché: AJDA*, 21/04/2003, n° 15, p. 790

LINDITCH FLORIAN, *Le projet de réforme du Code des marchés publics commenté: la réforme des seuils: JCP Administration et collectivités territoriales*, 07/04/2003, n° 15, p. 469

LINDITCH FLORIAN, *L'opération de travaux n'implique pas nécessairement que les travaux de même nature soient computés: JCP Administration et collectivités territoriales*, 07/04/2003, n° 15, p. 472

LINDITCH FLORIAN, *Le projet de réforme du Code des marchés publics commenté: la réforme des procédures (1ère partie): JCP Administration et collectivités territoriales*, 14/04/2003, n° 16, p. 506

LINDITCH FLORIAN, *Le projet de réforme du Code des marchés publics commenté: la réforme des procédures (2ème partie): JCP Administration et collectivités territoriales*, 22-28/04/2003, n° 17-18, p. 552

LINDITCH FLORIAN, *Série de bonnes nouvelles sur la procédure de passation des marchés publics: JCP Administration et collectivités territoriales*, 23/06/2003, n° 26, p. 863

LINDITCH FLORIAN, *Réforme du code des marchés publics: JCP Administration et collectivités territoriales*, 15/09/2003, n° 38, p. 1184

LOQUIN ERIC, *L'exécution des sentences arbitrales au début du troisième millénaire: RDAI*, 2003, n° 7, p.747

MANNIN PHILIPPE, *A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclu par la Communauté européenne: RTDEur.*, juil-sept. 1997, p. ?????

MOURY JACQUES, *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger:D.,* 2001.chron. PPPPP

PIGNON SOPHIE, *Aperçu de la réforme du Code des marchés publics « un achat plus simple et plus efficace »?: LPA*, 20/01/2004, n° 14, pp. 6 et s.

ROULET VALDO, *Marchés publics: les groupements momentanés de prestataires: Gazette du Palais*, 18/05/2003, n° 138, p. 16

SYMCHOWICZ NIL, *Le code des marchés publics sauvé (pour l'essentiel) par le Conseil d'État: Lamy droit des affaires*, chronique, 04/2003

TERNEYRE PHILIPPE, *Les conditions de passation, en droit communautaire, d'un marché public de travaux: Recueil Dalloz*, Sommaires commentés, 1994

ARTICLES DE PRESSE GENERALISTE

ANONYME, *La concurrence s'intensifie à l'étranger: Le Monde,* 12/04/96

MEMOIRES, THESES

GONFRIER OLIVIER, *L'introduction des normes OMC dans l'ordre juridique de la Communauté Européenne et dans ceux des Etats membre: Mémoire de DEA*, Paris II, 2000

LEMAIRE SOPHIE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé: Thèse de doctorat*, Paris I, 1999

CODES

CODE DES MARCHES PUBLICS, édition législative et réglementaire: *Les éditions des journaux officiels*, 2003

SITES INTERNET

CIRDI http://www.worldbank.org/icsid/

MINISTERE DES AFFAIRES ÉTRANGERES, *LES ARCHIVES DIPLOMATIQUES*, BASE-PACTE: ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DE LA FRANCE:

http://www.doc.diplomatie.fr/pacte/

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE

http://www.oecd.org

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE http://www.wto.org

Accord sur les marchés publics de l'Organisation Mondiale du Commerce:

http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf

Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des procédures (mémorandum d'accord): http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf

ORGANISATION DES NATIONS-UNIES http://www.un.org

Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International http://www.uncitral.org

Texte de la Loi-type de la CNUDCI en matière de passation de marchés de biens, services et travaux

http://www.uncitral.org/fr-index.htm

http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

Guide d'incorporation en droit interne de la Loi-type de la CNUDCI

http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf

Texte de la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international:

http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/ml-arb-f.htm

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/fr-index.htm

PORTAIL D'ACCES AU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html

SERVICE PUBLIC DE LA DIFFUSION DU DROIT (FRANCE) http://www.legifrance.gouv.fr

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 1

PARTIE 1. — LES PROCEDURES DE PASSATION: L'EGALITE ORGANISEE 14

TITRE 1. — LA PRESENTATION DE L'APPEL ET DE L'OFFRE 17

Chapitre 1. — La préparation 19

Section 1. — L'élaboration de l'appel 20

Paragraphe 1. — La définition d'un besoin 20

I. — La détermination du besoin 21

A. — L'obligation de définir le besoin 21

B. — Un besoin polymorphe 24

II. — Le financement du besoin: des ressources diptyques 27

A. — Les ressources endogènes 28

B. — Les ressources exogènes 30

Paragraphe 2. — La communication du besoin 34

I. — La communication classique de référence 34

A. — une publicité déterminante 35

B. — La phase préalable à l'avis à la concurrence 37

II. — La communication par voie électronique 39

Section 2. — L'organisation de l'offre 41

Paragraphe 1. — La recherche d'optimisation de l'offre 41

I. — La soumission individuelle ou plurale 41

A. — La perception classique du soumissionnaire 42

B. — La forme moderne du soumissionnaire 44

1. — Les formes de soumission 45

2. — La limite de l'entente 48

II. — La synthèse des ces formes: la société multinationale 51

A. — Le recours aux ressources internes 52

B. — Les limites de l'abus de position dominante 53

Paragraphe 2. — Les garanties du soumissionnaire 55

Chapitre 2. — L'offre internationale 60

Section 1. — L'extranéité par la nationalité 60

Paragraphe 1. — La soumission d'une entreprise étrangère 61

I. — La langue du soumissionnaire 61

A. — L'obligation de traduction 61

B. — Une obligation relativisée 63

II. — La nationalité du soumissionnaire 64

A. — Une discrimination prohibée 65

B. — Une faculté envisagée 68

Paragraphe 2. — La gestion de la concurrence internationale 70

I. — La pondération des buts 70

A. — Par la non-réciprocité 70

B. — Par le développement 71

II. — La relativité des aménagements 73
A. — La prise en considération du niveau de développement 73
B. — Le rejet des compensations 75
Section 2. — La relation du soumissionnaire international et de l'entité adjudicatrice 77
Paragraphe 1. — La détermination de l'entité adjudicatrice: L'unicité d'interlocuteur 77
I. — L'entité adjudicatrice 78
II. — L'encadrement de l'activité de l'entité 79
A. — Le détournement de procédure pointé 79
B. — La généralisation des informations complémentaires 81
Paragraphe 2. — L'inégalité concurrentielle dans le marché public 82
A. — Le maintien des charges douanières 83
B. — La comptabilisation dans le prix 84
TITRE 2. — LA RENCONTRE DE L'OFFRE ET DE L'ACCEPTATION 90
Chapitre 1. — Le choix de la procédure 92
Section 1. — Le principe de l'appel d'offres 93
I. — Les éléments déterminants de la soumission 94
A. — L'influence des seuils 95
B. — Le dossier de l'appel d'offres 99
II. — L'anonymat dans les soumissions 103
A. — La discrétion dans la soumission 103
B. — Des négociations dangereuses 106
Section 2. — Les nécessités d'adaptations 109
Paragraphe 1. — Les procédures assouplies 110
A. — Les spécificités procédurales 110
1. — La participation des soumissionnaires 110
2. — La sollicitation de l'entité 112
B. — La spécificité juridique 114
Paragraphe 2. — Des procédures encadrées 116
I. — Encadrement sur l'aspect discriminatoire 116
II. — Encadrement sur le maintien d'une concurrence 118
Chapitre 2. — L'acceptation de l'offre 121
Section 1. — Les caractères de l'offre 122
Paragraphe 1. — La soumission d'une entreprise subventionnée: acceptabilité 122
I. — Le cas des personnes publiques 122
II. — Le cas des personnes privées subventionnées 125
Paragraphe 2. — L'immuabilité de l'offre 126
I. — Un engagement déterminé 126
A. — Dans la durée 127
B. — Dans l'évaluation 129
II. — La concurrentialité de l'offre 131
Section 2. — La confrontation de l'offre aux critères de choix 134
Paragraphe 1. — Des critères hiérarchisés 134
I. — L'alternative du critère principal 134
A. — Le critère du moins-disant 134
B. — Le critère du mieux-disant 136
II. — La pluralité des critères 137

A. — Des critères notés....137
B. — Les critères additionnels ?....140
Paragraphe 2. — L'acceptation par l'entité adjudicatrice....143
I. — La décision d'attribution....143
A. — Une attribution définitive....143
B. — L'information des candidats évincés....144
II. — La signature: La volonté de s'engager....145
A. — L'expression de l'acceptation....146
B. — L'hypothèse de non-signature du marché....148

PARTIE 2. — LE REGLEMENT DES CONTENTIEUX: L'EGALITE RECHERCHEE....155

TITRE 1. — PAR LA COORDINATION DES INSTRUMENTS....158
Chapitre 1. — L'intégration des instruments internationaux....160
Section 1. — L'insertion de l'Accord sur les Marchés Publics....161
Paragraphe 1. — L'obligation de mise en conformité....161
I. — Les éléments du droit communautaire mis en conformité....161
II. — Le champ d'application....163
Paragraphe 2. — La place de l'égalité dans la mise en conformité....167
Section 2. — La compatibilité de la Loi-type et de l'Accord sur les Marchés Publics....169
I. — Les philosophies des textes....170
A. — La philosophie de l'Organisation Mondiale du Commerce....170
B. — La philosophie de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International....172
II. — L'incompatibilité des textes....174
Chapitre 2. — Les recours contre la violation de l'égalité....178
Section 1. — Le contentieux de l'Accord sur les Marchés Publics....180
I. — L'invocabilité de l'Accord sur les Marchés Publics devant les juridictions....180
II. — La procédure de contestation de l'Accord sur les Marchés Publics....183
Section 2. — La corruption internationale....187
Paragraphe 1. — La prise de conscience....188
I. — Le contexte de la corruption....188
II. — L'extra-territorialité de la corruption....190
Paragraphe 2. — La volonté de dissuasion....192
I. — La caractérisation de l'infraction....192
A. — Les éléments constitutifs de l'infraction....192
B. — La responsabilité pénale des personnes morales....194
II. — Les sanctions....195
TITRE 2. — PAR LA LIQUIDATION DES DIFFERENDS....200
Chapitre 1. — La prévision du règlement du différend....202
Section 1. — Le recours à la clause compromissoire....203
Paragraphe 1. — Les implications de la personnalité morale de droit public....203
I. — La spécificité du lien contractuel....204
A. — La dissociation des activités par la finalité....204
1. — Les activités jure gestionis....204
2. — Les activités jure imperii....206
B. — L'influence du lien de nationalité....208

II. — L’indissociabilité de la personne morale 210
A. — La tentation de la dualité 211
B. — Le rejet de dualité 212
Paragraphe 2. — La faculté de compromettre 213
I. — La validité de la clause 214
A. — La suppression du désaccord des juridictions suprêmes 214
B. — Une intervention unificatrice 217
II. — L’autonomie de la clause compromissoire 218
Section 2. — Les préalables à la procédure de règlement 220
I. — La renonciation conventionnelle aux immunités 220
A. — La source des immunités 220
1. — L’immunité de juridiction 221
2. — L’immunité d’exécution 223
B. — La renonciation aux immunités 224
II. — La compétence de l’arbitre 227
Chapitre 2. — Le règlement du différend *232*
Section 1. — L’organisation de l’arbitrage 233
Paragraphe 1. — Le libre-choix du fonctionnement 233
I. — La liberté d’organisation procédurale 233
A. — Les procédures arbitrale types 234
B. — L’influence du lieu du siège 235
II. — La session du tribunal arbitral 235
A. — La désignation des arbitres 236
B. — Le développement de la session 238
Paragraphe 2. — La circulation des sentences 240
I. — L’importance de la Convention de New-York 241
A. — Son succès 241
B. — Sa teneur 243
II. —La procédure d'exequatur 245
A. — Le contrôle minimum 245
B. — Le rôle de l’ordre public 247
Section 2. — La recherche du droit applicable 248
Paragraphe 1. — La position des sentences arbitrales internationales 249
I. — Le fondement de la force obligatoire du contrat 249
A. — Une origine non théorisée 249
B. — Le "choix" du droit par les parties 251
II. — En l’absence de choix 253
A. — Le conflit de systèmes 254
B. — La référence à la *lex mercatoria* 255
Paragraphe 2. — Le contrat extrait du droit interne 256
I. — La lecture contractualiste des Principes Généraux de Droit International 257
A. — La référence aux principes généraux de droit 257
B. — L’internationalisation subséquente 259
II. — Le nécessaire encadrement systémique 260

CONCLUSION 268

ANNEXES **276**

INDEX LEXICAL **407**

TABLE DES MATIERES **417**