



Assemblée générale

Distr.: Générale
8 mai 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-neuvième session
New York, 19 juin-7 juillet 2006

Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa neuvième session

(New York, 24-28 avril 2006)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-2	3
II. Organisation de la session	3-8	3
III. Délibérations et décisions	9-10	4
IV. Examen des propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	11-111	5
A. L'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1)	11-86	5
1. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents	11-22	5
2. Critères d'accessibilité	23-38	7
3. Forme des communications	39-46	11
4. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement	47-48	13
5. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché	49-51	13
6. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix	52-63	13
7. Ouverture électronique des offres	64-65	16



8.	Publication électronique des informations relatives à la passation des marchés	66-79	16
9.	Questions en suspens	80-86	18
B.	Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.43).....	87-111	20
1.	Remarques générales	87-94	20
2.	Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées	95-104	22
3.	Procédures préalables à la phase d'enchère	105-111	24

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la “Commission”) a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d’élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la “Loi type”, A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé ces travaux à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). Pour les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième à huitième sessions, voir A/CN.9/568, A/CN.9/575 et A/CN.9/590.

2. À sa trente-huitième session, en 2005, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu’il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu’il avait entreprise, ainsi qu’à l’inclusion dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172).

II. Organisation de la session

3. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa neuvième session à New York du 24 au 28 avril 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d’Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Iran (République islamique d’), Jordanie, Kenya, Lituanie, Madagascar, Mexique, Ouganda, Pakistan, Qatar, République de Corée, République tchèque, Singapour, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Uruguay.

4. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Bolivie, Cap-Vert, El Salvador, Indonésie, Mali, République démocratique du Congo et Philippines.

5. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Secrétariat de l’ONU et Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Banque africaine de développement (BAD), Banque interaméricaine de développement (BID), Commission européenne, Communauté économique des États de l’Afrique de l’Ouest (CEDEAO) et Organisation mondiale du commerce (OMC);

(c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau (AIB) et International Law Institute (ILI).

6. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:
Président: M. Stephen R. KARANGIZI (Ouganda)
Rapporteur: M. Gonzalo SUÁREZ BELTRÁN (Colombie)
7. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:
 - a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.41);
 - b) Une note sur l'utilisation des communications et de la publication électroniques dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1);
 - c) Une note sur les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1);
 - d) Une étude comparative des accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1); et
 - e) Une note concernant les listes de fournisseurs (A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1).
8. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:
 1. Ouverture de la session.
 2. Élection du Bureau.
 3. Adoption de l'ordre du jour.
 4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.
 5. Questions diverses.
 6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

9. À sa neuvième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.43). L'examen des autres parties de A/CN.9/WG.I/WP.43, A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.44 et A/CN.9/WG.I/WP.45 et de leurs additifs a été reporté à la prochaine session du Groupe de travail.

10. Le vendredi matin, le secrétariat a présenté brièvement les révisions que le Groupe de travail avait demandé de voir apporter aux projets de texte pour la Loi type et le Guide, concernant l'utilisation des moyens électroniques de communication dans la passation des marchés et les enchères électroniques inversées, pour tenir compte de ses délibérations à la session en cours. Le Groupe de travail a aussi entendu un exposé récapitulatif sur les autres thèmes qui restaient à son ordre du jour (énumérés dans A/60/17, par. 171) et des informations sur les travaux d'autres organisations régionales et internationales dans le domaine de la passation des marchés¹. Le Groupe de travail a noté que la Convention des Nations Unies contre la corruption était récemment entrée en vigueur et que, même si les principaux éléments des dispositions de cette Convention relatives à la passation des

marchés étaient compatibles avec la Loi type, les exigences en matière de dispositions relatives au recours interne et les dispositions concernant les conflits d'intérêts allaient au-delà des dispositions actuelles de la Loi type et pourraient justifier que le Groupe de travail s'y intéresse en temps voulu.

IV. Examen des propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. L'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1)

1. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents: nouvel article 4 bis (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 7 à 16, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 1 et 2)

Article 4 bis

11. Un certain nombre de propositions rédactionnelles ont été faites en ce qui concerne le nouveau texte proposé pour l'article 4 *bis*: i) employer le terme "moyens de communication" au lieu de "méthodes de communication", de manière à éviter toute confusion dans la mesure où le mot "méthodes" était déjà employé dans la Loi type et dans le Guide dans le contexte des méthodes de passation des marchés, et également pour se conformer au texte de la Loi type sur le commerce électronique; ii) supprimer le texte entre crochets, sauf dans le cas du renvoi; iii) placer une liste illustrative d'exemples des "moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables" de communication dans le Guide pour l'incorporation et supprimer les références obsolètes; iv) supprimer les mots "moyens comparables", du fait que ces moyens ne sont pas définis, mais garder les exemples énumérés dans le texte de la Loi type; v) terminer l'article par "satisfasse à l'article 4 [*ter*]"; vi) ajouter les mots "la communication d'" après les mots "relative à" et une référence à "message de données"; et vii) remplacer le mot "notamment" dans la deuxième série de crochets par "tels que".

12. Le Groupe de travail a noté que l'adoption de certaines des suggestions ci-dessus aboutirait à un texte qui s'écarterait des dispositions équivalentes figurant dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux² et d'autres textes de la CNUDCI. Il a néanmoins été convenu que l'adoption de certaines des modifications proposées simplifierait et rendrait plus rationnel le texte pour les objectifs spécifiques de la Loi type, et que le Guide expliquerait que la disposition allait dans le même sens que les autres textes de la CNUDCI.

13. Le Groupe de travail a été d'accord avec certaines des suggestions proposées et a décidé que l'article devrait être modifié comme suit:

“Article 4 bis. Équivalence fonctionnelle entre [tous les moyens] [toutes les méthodes] de communication, de publication, d’échange ou de conservation d’informations ou de documents

Toute disposition de la présente Loi relative à la communication d’un écrit, à la publication d’informations, à la soumission d’offres dans une enveloppe scellée, à l’ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme incorporant ~~[tout moyen utilisé à cet effet, y compris]~~ comprenant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet], ~~[notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie]~~, à condition que le moyen choisi satisfasse ~~[aux dispositions de/critères d’accessibilité énoncés à]~~ à l’article [4 ter].”

14. Il a été convenu que le Guide contiendrait une liste illustrative d’exemples des “moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables” supprimés du texte de l’article, qui serait actualisée, en particulier pour ce qui était des références au télex et au télégraphe. D’un autre côté, il a été souligné que les moyens de communication obsolètes différeraient selon les pays et que les dispositions devraient donc tenir compte du niveau de pénétration des divers types de communications et de technologies électroniques sur les marchés concernés. Il a également été convenu que le Guide indiquerait que les dispositions de l’article étaient censées être interprétées largement de manière à englober toutes dispositions de la Loi type impliquant la présence physique ou un environnement papier.

15. Le groupe de travail a noté une certaine contradiction entre le principe de “neutralité technologique” contenu dans l’article 4 bis et l’article 9-3 proposé où il est fait référence à une technologie spécifique, contradiction qui devrait être réexaminée en temps utile.

16. À propos de l’emplacement des dispositions de l’article 4 bis, certains représentants ont été d’avis que ces dispositions devraient être incluses soit à l’article 4 ter soit à l’article 9. Une autre suggestion a été de les placer à la fin de l’article 2 (Définitions). On a fait observer toutefois que l’article 4 bis proposé ne donnait pas de définition mais contenait un principe fondamental qui s’appliquerait dans toute la Loi type. C’est pourquoi il a été proposé de conserver les dispositions de l’article 4 bis sous forme d’article distinct au début de la Loi type, peut-être en tant qu’article 2 bis. D’un autre côté, il a été noté que ce placement des dispositions dans un article distinct en début de texte entraînerait une importante renumérotation des articles de la Loi type. Il a été indiqué que le Groupe de travail devrait avoir présent à l’esprit l’impact qu’une renumérotation et d’autres changements dans la structure de la Loi type, découlant des révisions, aurait sur les pays qui avaient adopté des lois sur la passation des marchés publics en s’inspirant de la Loi type. Il a été proposé dans ce contexte que, par souci de clarté, chaque nouvelle disposition et toutes les dispositions modifiées soient accompagnées d’une note explicative appropriée.

17. Après l’examen des articles 4 ter et 9 par le Groupe de travail, d’autres modifications concernant le texte de l’article 4 bis, son titre et son emplacement ont été proposées (voir par. 36 et 37 ci-dessous).

Texte du Guide pour l'incorporation

18. Il a été estimé que, dans le texte du Guide pour l'incorporation concernant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, le mot "communications" devrait être remplacé par les mots "moyens électroniques", là où il y avait lieu, la notion de communications dans le texte de la Loi type ayant une portée très large, et que des commentaires sur le rôle et la place de la passation électronique dans la dématérialisation des procédures gouvernementales devraient être ajoutés.

19. En ce qui concerne le texte figurant au paragraphe 2 après le sous-titre i), il a été signalé que certains éléments faisant référence à l'administration des marchés et à l'application des règles et des politiques devraient être supprimés car ils n'entraient pas dans le champ d'application de la Loi type (voir toutefois par. 81 à 86 ci-dessous); que la traduction française de l'expression "electronic procurement" qui se réfère à des "procédures dématérialisées" et non à la "passation électronique des marchés" – traduction plus littérale de l'expression anglaise – a une portée plus large et que le libellé dans les deux langues devait donc être réexaminé et harmonisé; et que les paragraphes 3 et 4 devraient être alignés sur l'article 4 *ter*.

20. En ce qui concerne le texte figurant au paragraphe 7 après le sous-titre ii), il a été convenu qu'il fallait supprimer les mots "par tous" après le mot "lisibles". On a dans un premier temps exprimé la crainte que la référence suivante au caractère "inaltérable" puisse être interprétée comme imposant aux communications électroniques des exigences plus strictes qu'aux communications sur papier; le Guide devait donc préciser le délai envisagé. Le Groupe de travail est toutefois convenu qu'aucune précision n'était nécessaire sur ce point car le texte énumérait simplement les exigences qualitatives applicables aussi bien aux communications électroniques qu'à celles sur papier, par exemple qu'elles ne devaient pas se détériorer avec le temps.

21. En ce qui concerne le texte figurant au paragraphe 14 après le sous-titre ii), il a été proposé de préciser la première phrase de sorte qu'elle énonce clairement les situations dans lesquelles la Loi type exige l'utilisation de moyens électroniques, comme dans le cas d'enchères électroniques inversées ou lorsqu'une entité adjudicatrice l'exige expressément. Le texte fournirait aussi plus d'orientations sur l'impact des différents degrés de recours au commerce électronique par les États adoptants.

22. Il a été dit que, conformément à la structure actuelle du Guide, aucun sous-titre ne serait nécessaire.

2. Critères d'accessibilité (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 17 à 19, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 3)

Article 4 ter

23. Le Groupe de travail a rappelé que le texte proposé pour l'article 4 *ter* comportait quatre éléments abordant la question du moyen de communication (terme qui englobe la publication, l'échange ou la conservation d'informations ou de documents, la tenue de réunions ainsi que la soumission et l'ouverture d'offres) sous les angles suivants:

- a) La non-discrimination;
- b) Le fait de ne pas constituer d'obstacle au processus de passation des marchés;
- c) La disponibilité générale; et
- d) La compatibilité générale avec d'autres moyens de communication utilisés.

24. Diverses suggestions ont été faites en ce qui concerne ceux de ces éléments qui devraient être conservés dans l'article 4 *ter* proposé.

25. Il a été indiqué que le terme "critères d'accessibilité" dans le titre de l'article proposé pouvait avoir des connotations non voulues, la notion d'"accessibilité" étant désormais associée à des droits civils d'accès en tant que concept général concernant certains groupes minoritaires. En conséquence, on a proposé comme variante le terme "disponibilité". Il a été noté que le terme "accessibility" en anglais était employé à l'article 5 de la Loi type actuelle (faisant référence à l'accès du public aux textes juridiques relatifs aux marchés) et qu'il désignait un concept plus vaste que la "disponibilité" (qui est davantage basée sur les faits). D'un autre côté, on a fait observer que si l'entité adjudicatrice était tenue de prendre en compte la notion d'"accessibilité", de ce point de vue, elle serait peut-être amenée à supporter le coût d'assurer l'accès, ce qui serait onéreux et pourrait dépasser les objectifs du Groupe de travail. Le Groupe de travail a donc décidé qu'il faudrait employer le terme "disponibilité" de façon à éviter toute connotation non voulue.

26. Il a été noté que la principale question à traiter dans cet article était la non-discrimination dans les communications et que cette notion apparaissait déjà au paragraphe 3 de l'article 9 du texte actuel de la Loi type. Il a été aussi noté que les notions de "disponibilité" et de "compatibilité" pouvaient être considérées soit comme des aspects de la non-discrimination, soit comme des concepts liés entre eux mais distincts.

27. Il a été rappelé en outre que les directives de l'Union européenne sur les marchés publics de 2004 prévoyaient une exigence de disponibilité, mais dans le sens que le moyen de communication retenu dans le processus de passation des marchés ne devait pas limiter l'accès aux marchés. Il a été noté que le texte proposé de l'article 4 *ter* sur la question de la non-discrimination pourrait être interprété comme englobant les exigences énoncées dans les directives européennes, car il disposait que le moyen de communication choisi ne devait pas limiter la concurrence.

28. Il a donc été estimé que l'article 4 *ter* devrait comprendre les deux premiers paragraphes proposés et porterait uniquement sur la non-discrimination. Néanmoins, le Guide pour l'incorporation devrait approfondir le concept de "non-discrimination", afin de préciser que le moyen de communication choisi ne devrait pas constituer un obstacle au processus de passation des marchés, et traiter de la notion de "généralement disponibles".

29. On a également fait observer que la question de la discrimination dans le choix du moyen de communication (ou, en fait, dans la sélection de la méthode de passation des marchés) avait été examinée lors de la rédaction de la Loi type actuelle et que des discriminations étaient également possibles dans l'application de

ces décisions. Ces éventualités avaient été reconnues lors de la rédaction de l'article 9-3 du texte actuel de la Loi type.

30. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, les éléments visés aux points a), b) et d) du paragraphe 23 ci-dessus devraient être supprimés. En ce qui concerne le point b), à savoir le fait de ne pas constituer d'obstacle au processus de passation des marchés, on a fait observer que la disposition pourrait être considérée comme englobant tous les objectifs énoncés dans le préambule de la Loi type et permettrait la souplesse qui serait souhaitable pour le choix du moyen de communication et les questions connexes. D'un autre côté, on a fait valoir qu'une décision sur ce qui constituait un "obstacle" au processus de passation des marchés était subjective et qu'il risquait par conséquent d'y avoir abus de cette disposition. Néanmoins, le Groupe de travail est parti du principe que le Guide préciserait que le moyen de communication choisi ne constituerait pas un obstacle au processus de passation des marchés, car il compromettrait autrement la promotion des objectifs de la Loi type consistant à aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés qui sont énoncés dans le préambule (alinéa a).

31. En ce qui concerne l'élément visé à l'alinéa a) du paragraphe 23 ci-dessus, on a fait observer que la notion de non-discrimination existait dans certaines dispositions du texte actuel de la Loi type, par exemple à l'article 9-3, et en termes positifs de traitement juste et équitable des fournisseurs et entrepreneurs à l'alinéa d) du préambule. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir s'il faudrait inclure dans la Loi type un principe général de non-discrimination. L'opinion qui l'a emporté a été qu'il ne faudrait pas inclure un tel principe puisque le Groupe de travail déborderait ainsi le cadre de son mandat qui consiste à réviser la Loi type pour assurer l'équivalence fonctionnelle et permettre l'utilisation de nouvelles méthodes de passation des marchés. Il a été aussi mentionné que la non-discrimination du point de vue du moyen de communication et d'une manière générale était considérée comme un principe important. L'objectif consistant à garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs énoncé dans le préambule devrait donc être transposé dans la Loi type, là où il y avait lieu, sous forme de critères spécifiques.

32. Le Groupe de travail a noté que les dispositions de l'article 9-3 relatives à la non-discrimination, qui visaient les risques de discrimination dans le contexte de systèmes de communication fermés, deviendraient obsolètes et seraient en fait en contradiction avec les modifications proposées, en particulier dans l'article 9 proposé qui permettrait à l'entité adjudicatrice de choisir le moyen de communication.

33. Il a également été fait observer que des dispositions sur la non-discrimination risquaient d'avoir par inadvertance un effet négatif sur l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation des marchés publics: les entités adjudicatrices pourraient être réticentes à recourir aux moyens électroniques par crainte de voir certains fournisseurs ou entrepreneurs, se sentant lésés par le choix du moyen de communication, chercher à introduire un recours contre la décision concernée, et un tel droit de recours pourrait lui-même devenir un obstacle au processus de passation des marchés. Il a été noté en outre que toute discrimination éventuelle ainsi que les problèmes et l'intégrité de la communication étaient des sujets qui devraient être examinés lorsque l'entité adjudicatrice évaluait les avantages potentiels de la passation électronique des marchés. Il pourrait y avoir un

risque que, simplement parce qu'un petit nombre de fournisseurs n'aurait pas accès aux technologies requises, la passation électronique des marchés ne soit pas introduite et que ses avantages ne se concrétisent pas.

34. Il se peut que l'ajout d'un qualificatif à la notion de discrimination, par exemple l'adjectif "déraisonnable", "manifeste", "évidente" ou "délibérée" proposé, n'élimine pas complètement ce risque et introduise aussi un élément de subjectivité. En outre, un tel qualificatif pourrait créer de nouveaux concepts de discrimination, aboutissant à une contradiction avec d'autres dispositions de la Loi type sur ce point. Il a néanmoins été convenu que le Guide pour l'incorporation devait aborder la notion de discrimination et expliquer, à l'aide d'exemples, comment celle-ci pouvait se manifester dans la pratique (voir aussi par. 60 ci-dessous).

35. Notant qu'il ne pouvait y avoir discrimination que si l'utilisation d'un certain moyen de communication ne pouvait se justifier objectivement, le Groupe de travail a estimé que les critères de "disponibilité générale" énoncés au dernier paragraphe de l'article 4 *ter* proposé pouvaient être considérés comme un moyen d'assurer la non-discrimination. Il a donc été décidé que l'article 4 *ter* devait comprendre le premier et le dernier paragraphe proposés et être libellé comme suit:

"L'entité adjudicatrice s'assure que le moyen qu'elle utilise pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents, pour tenir des réunions et pour la soumission et l'ouverture des offres est facilement compatible avec ceux d'usage général parmi les fournisseurs ou entrepreneurs."

36. Il a été convenu ensuite que ce libellé devrait être repris comme suit dans les dispositions de l'article 4 *bis* (l'article 4 *ter* étant entièrement supprimé):

"Toute disposition de la présente Loi relative à la communication, à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme incorporant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet] à condition que le moyen choisi soit facilement compatible avec ceux d'usage général parmi les fournisseurs ou entrepreneurs."

37. En ce qui concerne l'emplacement des dispositions modifiées et regroupées, il a été convenu qu'elles formeraient, avec certaines dispositions de l'article 9 proposé (voir par. 39 et 40 ci-dessous), un article distinct énonçant un principe fondamental relatif à l'utilisation des communications (au sens le plus large) dans le processus de passation des marchés, qui devrait donc être placé vers le début de la Loi type, peut-être après l'article 5 (pour suivre le déroulement du processus de passation des marchés, c'est-à-dire avant toute identification des fournisseurs ou entrepreneurs). Un nouveau titre refléterait le nouveau champ élargi de ces dispositions regroupées et il faudrait modifier en conséquence les références aux critères d'"accessibilité" ou de "disponibilité" ainsi qu'à l'"équivalence fonctionnelle".

38. S'agissant du texte proposé pour le Guide pour l'incorporation, le Groupe de travail est convenu qu'à l'exception de ce qui a été dit aux paragraphes 30 et 34 ci-dessus, le Guide tiendrait compte de ses décisions concernant le libellé des articles 4 *bis*, 4 *ter* et 9: i) en développant la notion de disponibilité générale des moyens de communication (par exemple dans l'idée que les entités adjudicatrices

doivent tenir compte du niveau de pénétration des communications et des technologies électroniques sur le marché concerné lorsqu'elles choisissent un moyen de communication pour une passation donnée, ainsi que le coût de ce moyen); ii) en soulignant que la question de savoir si l'utilisation de tel ou tel moyen de communication était objectivement justifiable dépendrait du pays et de la procédure de passation des marchés; iii) en abordant les questions de l'interopérabilité et de la compatibilité qui avaient été supprimées du dernier sous-alinéa de l'article 4 *ter* proposé; et iv) en signalant que des exigences plus strictes pourraient s'appliquer (par exemple en vertu de traités internationaux ou des prescriptions d'une banque multilatérale de développement).

3. Forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 20 à 28, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 4 et 5)

39. Lors de l'examen de l'article 9, il a été décidé que l'article 4 *bis*, tel que modifié (voir par. 36 et 37 ci-dessus), devait être fusionné avec le paragraphe 1 du projet d'article 9, selon lequel l'entité adjudicatrice est tenue de spécifier le moyen de communication choisi lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation à la procédure de passation des marchés, et avec le paragraphe 4 du projet d'article 9 selon lequel les règlements en matière de passation des marchés devaient prévoir des dispositions sur l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications.

Article 5 bis proposé

40. Le Groupe de travail a décidé d'examiner le texte suivant à sa prochaine session:

“Article 5 bis [titre à envisager pour la dixième session]

1) Toute disposition de la présente Loi relative à la communication [, à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion,] est interprétée comme incorporant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet] à condition que le moyen choisi soit facilement compatible avec ceux d'usage général [ou courant] parmi les fournisseurs ou entrepreneurs.

2) Les documents, notifications, décisions et autres communications ~~[visés dans la présente Loi]~~ entre fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice sont fournis, soumis ou effectués par les moyens de communication spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, à condition que le moyen spécifié soit susceptible d'être utilisé comme il est prévu au paragraphe précédent.

3) Les [règlements en matière de passation des marchés] [les entités adjudicatrices] [peuvent établir] [établissent] des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications.

[4] Les dispositions du premier paragraphe du présent article s'appliquent également à toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à la

publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion.]”

41. Le Groupe de travail a noté que le premier paragraphe de l'article ci-dessus portait non seulement sur les communications, mais également sur l'écrit, la publication d'informations, la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, l'ouverture des offres, les procès-verbaux et les réunions. Toutefois, les deuxième et troisième paragraphes concernaient uniquement les communications. Le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session ultérieure si ces autres éléments devraient être inclus dans le premier paragraphe ou figurer à part dans un quatrième paragraphe du projet d'article, ou ailleurs dans le texte, et que le texte entre crochets dans les paragraphes 1 et 4 signifierait cette question en suspens.

42. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article ci-dessus, il a été convenu que la formule restrictive “visés dans la présente loi”, dans la version précédente du texte, soit supprimée pour faire référence à toutes communications créées dans le processus de passation des marchés et que la même modification soit apportée aux autres parties de l'article 9 proposé (voir par. 44 ci-dessous).

43. En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article ci-dessus, le Groupe de travail a noté que les obligations énoncées dans le reste de l'article incombaient à l'entité adjudicatrice. Il est donc convenu d'examiner si c'était à l'entité, et non à l'État adoptant par voie réglementaire, de se préoccuper des questions d'authenticité, d'intégrité, d'accessibilité et de confidentialité des communications figurant dans ce paragraphe et s'il faudrait laisser soit à l'entité adjudicatrice soit à l'État adoptant la possibilité de le faire ou non ou bien l'obliger à le faire. Le texte entre crochets dans le paragraphe proposé signifierait cette question en suspens. Il a également été convenu que le Guide pour l'incorporation devrait traiter en détail des problèmes posés par l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications.

Article 9

44. En ce qui concerne le reste de l'article 9 précédemment proposé sur la forme des communications, il a été suggéré qu'il traite de l'obligation de présenter les communications sous une forme attestant leur teneur. En conséquence, le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations sur un article 9 révisé basé sur le texte suivant:

“Article 9. Forme des communications

1) Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi, 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 la teneur de la communication et est accessible pour être consultée ultérieurement.

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) [mise à jour pour modifications de la Loi type] peuvent être faites par un moyen n'attestant pas la teneur de la communication, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit

donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite communication et accessible pour être consultée ultérieurement.”

45. Il a été convenu que le libellé de l'article précédemment proposé serait modifié pour énoncer l'obligation d'attester “la teneur de ladite communication” et non “la teneur de ladite confirmation” de manière que le contenu de la communication et le fait de communiquer soient attestés.

Texte du Guide pour l'incorporation

46. Le Groupe de travail a décidé de ne pas examiner le texte pour le Guide, qui devrait être modifié à la lumière des discussions de la session actuelle.

4. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 29 et 30, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 6)

47. Le Groupe de travail a demandé que l'on remplace, à la dernière phrase du paragraphe 1 *bis* proposé de la version anglaise, la référence à l'“exécution” d'un marché (“executed”) par une référence à la “conclusion” d'un marché (“conclusion”), de manière à éviter toutes connotations techniques non voulues que pourrait entraîner l'emploi du mot “exécution” dans certains pays.

48. En ce qui concerne les paragraphes 1 *bis* et *quater*, il a été convenu que la forme verbale à employer, dans les références à la nécessité pour les États adoptants de s'assurer de l'adéquation de leur loi sur le commerce électronique, devrait être “souhaiteront peut-être” plutôt que “souhaiteront”, de manière à laisser une certaine souplesse et permettre aux États contractants de tenir compte des différentes situations concrètes.

5. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 31 et 32, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 7)

49. On a fait observer que le Guide pour l'incorporation devrait expliquer la portée de l'alinéa b) *bis* proposé, de manière que le procès-verbal indique tout logiciel particulier ou les autres critères utilisés par l'entité adjudicatrice pour choisir le moyen de communication.

50. Il a été indiqué que le texte du Guide pour l'incorporation devrait être mis en conformité avec l'article 5 *bis* proposé et que l'obligation faite à l'entité adjudicatrice de choisir un moyen de conservation de l'information contenue dans le procès-verbal qui permette à cette dernière de rester accessible “jusqu'à l'expiration du délai de recours prévu à l'article 52 de la Loi type” soit étendue de manière à inclure toute période différente que la loi d'un système particulier peut appliquer aux systèmes de conservation des documents.

51. Il a également été convenu que l'obligation de garantir “que les systèmes de conservation des procès-verbaux sont parfaitement compatibles (ou interopérables)” devrait être supprimée du texte. L'argument dominant a été que l'information contenue dans le procès-verbal pouvait être mise à la disposition des tiers habilités à la recevoir et que les critères d'accessibilité énoncés dans le texte régleraient la question de façon satisfaisante.

6. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 33 et 34, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 8)

52. On a fait observer qu'il y avait deux notions importantes en ce qui concerne la soumission électronique des offres: la nécessité, d'une part, d'encourager la confiance dans les systèmes électroniques et, d'autre part, d'identifier les objectifs des modifications proposées et de s'employer à les atteindre. La transposition des garanties des moyens traditionnels de soumission des offres dans l'environnement électronique serait fondamentale. L'introduction de tout nouveau système entraînerait de nouveaux risques et il faudrait adopter des mesures pour les atténuer, en particulier pendant la période de transition.

53. De l'avis du Groupe de travail, il serait important que le dossier de sollicitation indique le moyen de soumission des offres choisi par l'entité adjudicatrice. Bien que celle-ci soit tenue de respecter, au moment de son choix, les conditions de l'article 5 *bis* proposé, il a été estimé qu'une référence expresse à ces conditions ne serait pas nécessaire à l'article 30-5 a) de la Loi type. En conséquence, la disposition du texte faisant référence à l'article 5 *bis* proposé devrait être supprimée.

54. Le Groupe de travail a également examiné les propositions visant à supprimer du texte original de l'article 30-5 a) de la Loi type les références aux conditions selon lesquelles les offres doivent être soumises "par écrit, [sont] signées, et [sont] placées dans une enveloppe scellée". On a fait observer que ces conditions étaient des garanties fondamentales pour la soumission des offres.

55. Il a également été dit au Groupe de travail que, dans de nombreux pays, l'immense majorité des offres continuaient d'être soumises de façon traditionnelle, sur papier et que les conditions ci-dessus restaient pertinentes.

56. Il a été dit aussi que quelques pays avaient essayé d'éviter les conséquences techniques de l'obligation de signature d'un document électronique en indiquant que de tels documents étaient authentifiables. Si le principe de neutralité technique était en contradiction avec les principes fondamentaux de la Loi type elle-même, par exemple l'obligation que les offres soient soumises par écrit, qu'elles soient signées et qu'elles soient placées dans une enveloppe scellée, ces derniers l'emporteraient. En conséquence, bien que ces conditions impliquent un environnement papier, elles devraient être maintenues dans le texte de l'article 30-5 a). Il a également été indiqué que les dispositions de l'article 5 *bis* proposé permettraient de transposer ces garanties dans l'environnement électronique en appliquant le principe de l'équivalence fonctionnelle.

57. Il a également été indiqué que le Guide pour l'incorporation devrait, en ce qui concerne cet aspect, aborder les questions pratiques qui se posent lorsque l'on autorise la soumission électronique des offres, notamment les garanties équivalentes à l'écrit, à la signature et à une enveloppe scellée (de manière qu'une offre électronique chiffrée soit équivalente à une offre placée dans une enveloppe scellée). En outre, une offre électronique risquait d'être supprimée par un virus au moment de son ouverture, auquel cas elle n'existerait plus. En conséquence, le Guide pourrait recommander (comme le font certains systèmes) l'utilisation d'un logiciel de détection de virus pour identifier tous risques potentiels de ce type, ce qui renforcerait à la fois la confiance dans l'environnement électronique et sa transparence.

58. Le Groupe de travail s'est demandé comment traiter de l'éventualité de la défaillance d'un système électronique de réception des offres. Il a été dit que si une offre n'était pas reçue, l'entité adjudicatrice ne pouvait en être tenue responsable – le risque lié à la soumission d'une offre relevait de la responsabilité du fournisseur, l'entité adjudicatrice étant seulement tenue de délivrer un récépissé de la soumission. Il a toutefois été estimé que des mesures pouvaient être prises pour limiter les risques, par exemple autoriser la soumission en double des offres sous différentes formes de manière à se prémunir contre une défaillance du système (ce que certains systèmes permettaient déjà). Bien que l'on ait indiqué que les fournisseurs pourraient essayer de modifier les conditions de leurs offres lors de la soumission d'un double et que des exemples de cette pratique aient été observés, il a été estimé que le fait d'autoriser des soumissions de sauvegarde aurait plus d'avantages que d'inconvénients potentiels.

59. Il a en outre été dit au Groupe de travail que de nombreux pays n'exigeaient pas un moyen exclusif de soumission des offres. Ils avaient un système mixte dans lequel quelques fournisseurs soumettaient des offres sous forme traditionnelle, et d'autres électroniquement. (D'autres variantes de systèmes mixtes comprendraient l'utilisation de différentes méthodes de communication pendant le processus de passation des marchés et la possibilité pour les fournisseurs de soumettre certaines parties de leurs offres, comme des échantillons ou des dessins techniques, ou encore des attestations juridiques, sous forme matérielle ou sur papier.) On a fait valoir que le fait d'autoriser un système mixte, non seulement favoriserait la confiance, mais entraînerait aussi une plus grande participation. En conséquence, il a été décidé que l'entité adjudicatrice devrait être en mesure de choisir soit un moyen traditionnel, sur papier, de soumission des offres (et des communications en général), soit un moyen électronique, ou bien les deux, et que le texte de la Loi type devrait autoriser expressément le choix de plus d'un moyen.

60. Bien qu'il ait été dit au Groupe de travail que le fait d'autoriser les fournisseurs à choisir eux-mêmes le moyen de soumission pourrait augmenter la participation, il a été convenu qu'il faudrait laisser le choix à l'entité adjudicatrice. Le fournisseur pourrait exercer un recours au cas où l'entité adjudicatrice agirait de manière discriminatoire en effectuant son choix, mais il serait tenu par ailleurs de se conformer au moyen de soumission choisi par elle et indiqué dans le dossier de sollicitation. En liaison avec cette question, on a fait observer que la disposition relative à la non-discrimination dans le texte de l'actuel article 9-3 de la Loi type, qui cherchait à prévenir toute discrimination dans l'application ou le choix du moyen de communication, restait pertinente même compte tenu de l'article 5 *bis* proposé de la Loi type. En conséquence, le Groupe de travail a décidé d'examiner à sa prochaine session s'il fallait retenir une disposition expresse concernant la non-discrimination et, dans l'affirmative, déterminer son emplacement.

61. À cet égard, il a été indiqué aussi que le Guide pour l'incorporation devrait souligner que le recours à des systèmes mixtes serait particulièrement approprié pendant la période de transition après l'introduction des moyens électroniques de communication dans la passation des marchés, et que l'utilisation exclusive de tels moyens électroniques serait encouragée lorsqu'il y avait lieu à long terme.

62. On a fait observer aussi que le texte proposé de l'article 30-5 a) faisait référence à la "forme", tandis que l'article 5 *bis* proposé mentionnait le "moyen" de soumission des offres. Il a été dit que les deux dispositions devraient être cohérentes

sur ce point, ainsi que dans les références à l'obligation de soumettre les offres dans une enveloppe scellée, et que si la condition de forme spécifiée était que les offres soient soumises "par écrit, [soient] signées, et [soient] placées dans une enveloppe scellée", il faudrait peut-être parler, pour la manière dont elles étaient soumises, du "moyen" de soumission, afin de parvenir à la cohérence souhaitée.

63. En conséquence, le Groupe de travail a décidé d'examiner à sa prochaine session le texte de l'article 30 5 a) qui est libellé comme suit: "Les offres sont soumises [par le moyen spécifié dans le dossier de sollicitation, et sont soumises] par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée".

7. Ouverture électronique des offres (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 35 à 37, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 9)

64. On a fait observer que l'utilisation d'une enveloppe scellée pour soumettre les offres, dont il a été question dans la section précédente, était aussi une caractéristique essentielle de l'ouverture des offres, la présence du sceau jusqu'au moment de l'ouverture étant un élément capital de la confiance dans le processus.

65. En ce qui concerne le libellé proposé pour le paragraphe 4 de l'article 33 de la Loi type, il a été noté que les fournisseurs devraient être en mesure de suivre l'ouverture des offres non pas "simultanément" ou "instantanément" mais "en direct", ce qui obligerait l'entité adjudicatrice à ouvrir les offres électroniques et à les télécharger immédiatement après sur le site Web pertinent, procédure équivalente à l'ouverture publique traditionnelle des offres et qui ne serait pas plus onéreuse. On a aussi suggéré de libeller comme suit la dernière partie du texte proposé: "si [les fournisseurs] sont capables de suivre l'ouverture des offres en direct par les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables de communication utilisés par l'entité adjudicatrice."

8. Publication électronique des informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 38 à 45, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 10)

Article 5

66. Il a été souligné que cet article était important et que des banques multilatérales de développement s'en servaient comme référence pour évaluer le degré de transparence de la réglementation des marchés dans différents pays. Il a été estimé que les dispositions de cet article devaient rester aussi claires que possible et ne pas être surchargées de prescriptions complexes.

67. Selon l'avis qui a prévalu, la portée actuelle de l'article devait être maintenue. On a fait observer que si l'objectif de transparence était important, il ne faudrait pas l'atteindre aux dépens d'autres aspects eux aussi importants, par exemple en imposant des coûts et des charges supplémentaires aux entités adjudicatrices.

68. On s'est interrogé sur l'opportunité d'inclure une référence à "toutes les décisions judiciaires sur son application" dans la version modifiée de l'article. On a exprimé la crainte qu'il soit impossible dans certains pays de satisfaire à l'obligation de mettre promptement ces informations à la disposition du public et de les tenir systématiquement à jour. De l'avis de certaines délégations, cette obligation ne devrait donc porter que sur les décisions judiciaires "d'application générale" et ayant valeur de précédent.

69. Des questions ont été soulevées concernant le sens de l'expression "systématiquement tenus à jour". Il a été indiqué qu'elle visait à rendre l'idée de l'obligation de mise à jour qui pourrait être onéreuse pour certains types d'informations. Il a été dit que cette obligation ne devait s'appliquer qu'à la législation et aux règlements sur la passation des marchés, tandis que les directives administratives, par exemple, seraient soumises à un régime moins strict.

70. Il a également été dit qu'il faudrait faire une distinction entre l'obligation de rendre les textes juridiques accessibles et l'obligation de les publier. Si, dans la plupart des cas, la première pouvait être facilement remplie dans la pratique pour tous les textes juridiques visés dans l'article, le respect de la seconde poserait des problèmes pratiques, surtout si elle portait sur toutes les décisions judiciaires et directives administratives. D'un autre côté, il a été souligné que l'obligation de rendre les textes juridiques accessibles pouvait poser des problèmes dans la pratique car les décisions judiciaires et les directives administratives, par exemple, pouvaient être disponibles sans pour autant être facilement accessibles.

71. L'idée de scinder l'article 5 en deux paragraphes a bénéficié d'un certain soutien: le premier porterait sur les textes juridiques devant être publiés (législation, règlements en matière de passation des marchés et directives d'application générale) et le second sur les décisions judiciaires et les directives administratives importantes qu'il faudrait tenir à jour en permanence. Il a été dit que ces deux catégories d'informations devraient répondre à des exigences différentes. S'agissant de la première catégorie, les exigences resteraient identiques à celles qui sont imposées dans l'actuel article 5, en particulier. Il a été souligné que la notion d'accès en temps utile était importante et qu'il fallait donc conserver le mot "promptement" dans l'article. S'agissant de la seconde catégorie, les mots "systématiquement tenus à jour" seraient remplacés par "régulièrement mis à jour si nécessaire".

72. Selon l'avis qui a prévalu, le secrétariat devrait tenir compte de cette approche lorsqu'il élaborerait une version révisée de l'article 5 et d'autres précisions devraient être données dans le Guide, en ce qui concerne notamment les questions spécifiques qu'il serait souhaitable de soumettre aux règlements en matière de passation des marchés, comme celles du média et des modalités de publication.

73. Un certain soutien a été exprimé en faveur du maintien de la première proposition d'ajout à l'article 5. Il a été suggéré de limiter la référence qui y est faite aux "autres informations" en ajoutant les mots "relatives aux politiques en matière de passation des marchés". D'un autre côté, on s'est demandé si les termes proposés avaient leur place dans la Loi type, car un État adoptant aurait en tout état de cause la possibilité d'ajouter des dispositions à celles prévues par la Loi type, et s'ils n'étaient pas déjà couverts par l'objectif général de transparence.

74. Selon l'avis qui a prévalu, il faudrait tenir compte de tous les ajouts possibles proposés entre crochets uniquement dans le Guide. Il a été dit que la deuxième proposition devait préciser, dans l'intérêt des États adoptants, quelles étaient les exigences relatives à la publication figurant dans la Loi type. Dans ce contexte, l'exigence de mise à jour systématique devrait être reconsidérée à la lumière de son caractère onéreux et de ses avantages illusoire.

Dispositions sur les “possibilités de marchés à venir”

75. Des opinions divergentes ont été exprimées sur l’opportunité d’inclure ces dispositions dans la Loi type. D’une part, il a été déclaré que cela serait souhaitable car ces dispositions favoriseraient la transparence dans la passation des marchés publics et encourageaient la concurrence. D’autre part, il a été souligné que l’on alignerait ainsi la Loi type sur la partie correspondante de l’Accord de l’Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics.

76. Il a été suggéré de modifier comme suit les dispositions proposées afin d’énoncer clairement qu’elles ne constitueraient pas des appels d’offres: “aussi rapidement que possible après le début d’un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier des informations sur les possibilités de marchés prévues pour les [l’État adoptant indique la période] suivant(e)s, et ces informations ne constituent pas le dossier de sollicitation ni des parties de ce dossier”. Une autre proposition a été de remplacer le terme “peuvent publier” par “publient” ou “devraient publier”. Certains représentants ont toutefois été d’avis que si les dispositions devaient être insérées dans la Loi type, elles devraient rester indicatives au lieu d’être prescriptives. Il a été suggéré qu’elles soient insérées dans l’article 5.

77. D’un autre côté, certains représentants ont estimé qu’il serait plus approprié de placer les dispositions proposées dans le Guide. Ils étaient opposés à ce qu’on leur donne un caractère prescriptif car elles imposeraient alors aux entités adjudicatrices des obligations contraignantes, dans le sens où elles pourraient être interprétées comme proposant une nouvelle norme ou étape à l’entité adjudicatrice en ce qui concerne la publication d’informations avant la sollicitation.

78. Il a été proposé que, lors de l’examen de cette question, le Groupe de travail évalue si la pratique de la publication de ce type d’informations serait conforme aux objectifs de la Loi type et s’il serait nécessaire alors d’insérer dans la Loi type une disposition d’habilitation spécifique pour promouvoir cette pratique.

Texte du Guide pour l’incorporation

79. Il a été suggéré que la phrase commençant par les mots “Des incitations peuvent être fournies”, au paragraphe 2 de la section a), la deuxième phrase du paragraphe 4 de la même section et le paragraphe 2 de la section b) soient supprimés. Dans la dernière partie de la phrase commençant par “Bien que la Loi type exige” au paragraphe 2 de la section a), il a été proposé de remplacer les termes “avoir un effet dissuasif sur la publication elle-même” par le texte suivant: “les États adoptants devraient considérer le coût de la publication de telles informations supplémentaires en tenant compte des avantages pour les destinataires”.

9. Questions en suspens (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 36 à 48)

80. À propos de l’approche générale concernant le remaniement de la Loi type, on a fait observer que les modifications devraient se limiter à l’essentiel et être rédigées de manière souple afin de tenir compte des situations variables dans différents pays. Il a été dit aussi que la Loi type révisée devrait être aussi facile que possible à utiliser.

81. En ce qui concerne le point de savoir s'il faudrait étendre le champ d'application de la Loi type et du Guide aux étapes de la planification et de l'administration des marchés, on a signalé que la passation des marchés, en fait, couvrait ces étapes et faisait intervenir divers organismes publics. Il a cependant été fait observer que certaines de ces étapes ne relevaient pas de la législation sur la passation des marchés, mais de la législation budgétaire (pour ce qui est de la planification) et du droit des contrats (pour ce qui est de l'administration). Néanmoins, il a été souligné que ces étapes faisaient partie intégrante de l'ensemble du processus de passation des marchés, si bien que toute insuffisance à l'une d'entre elles aurait un impact négatif sur les autres et sur l'ensemble du processus, ce qui risquait de compromettre les objectifs de la Loi type. C'est pourquoi il a été souligné qu'il était essentiel que toutes les étapes conduisant au choix d'un entrepreneur et faisant suite à ce choix – c'est-à-dire le champ d'application actuel de la Loi type – soient dûment réglementées.

82. En conséquence, il a été suggéré que, si ce n'est en énonçant des principes généraux dans la Loi type, il faudrait aborder dans le Guide, entre autres, les meilleures pratiques en matière de planification et d'administration des marchés, de manière à couvrir la totalité du processus de passation. D'un autre côté, on a indiqué qu'il serait peut-être plus facile, dans la Loi type étoffée et/ou dans le Guide, de traiter les seules questions de la planification des marchés, du fait que la réglementation de l'administration des marchés était une entreprise beaucoup plus complexe. Le Groupe de travail a rappelé à cet égard le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, qui traitait des questions précontractuelles ainsi que des dispositions spécifiques d'un contrat de construction. On a fait observer que, dans certains pays, l'étape de l'administration des marchés était régie par une législation distincte.

83. S'agissant spécifiquement de la planification des marchés, il a été indiqué que le Groupe de travail avait déjà abordé une des questions liées à cette étape, à savoir la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir. On s'est déclaré favorable à ce que le Guide incite à la publication de ces informations dans les États adoptants comme moyen favorable à la bonne gestion de la passation des marchés, à la bonne gouvernance et à la transparence. Il a été dit qu'il fallait veiller à ne pas inclure dans la Loi type plus que les principes généraux devant régir la planification des marchés, faute de quoi la souplesse nécessaire à cette étape serait supprimée. Il a été indiqué que le Guide ou d'autres outils qui pourraient être mis au point pour aider les États à adopter et appliquer la Loi type seraient un endroit approprié pour examiner dans le détail la planification des marchés et encourager certaines bonnes pratiques. On a néanmoins souligné qu'il pourrait y avoir des difficultés pratiques à trouver les informations pertinentes et des solutions qui tiendraient compte de la diversité des situations locales.

84. S'agissant spécifiquement de l'administration des marchés, il a été suggéré que la Loi type ou le Guide attire l'attention des États adoptants sur les problèmes susceptibles de se poser i) d'une part, à l'étape du choix d'un entrepreneur, ce qui pourrait avoir un impact négatif sur l'administration du marché, en particulier pour ce qui est du prix final que l'État devrait payer pour les biens, les travaux ou les services fournis, et ii) d'autre part, à l'étape de l'administration du marché, où des modifications pourraient majorer de façon importante le prix final, nuire à

l'intégrité du processus de passation et léser les intérêts légitimes des parties. Il a été suggéré que le Guide, lorsqu'il y avait lieu et que c'était possible, donne des indications aux États adoptants sur la manière de prévenir et traiter ces problèmes éventuels.

85. En ce qui concerne la nature du Guide, il a été suggéré que ce dernier soit destiné non seulement aux législateurs, mais qu'il soit aussi conçu comme guide plus général de l'application et de l'utilisation de la Loi type, à l'intention d'un public plus vaste. Il a été convenu que des projets de réglementation n'auraient pas leur place dans un tel guide, car ils devraient alors être plus précis encore que dans la Loi type et devraient tenir compte de systèmes divergents. Le Guide révisé pourrait traiter de façon plus approfondie des questions qu'il serait important de faire figurer dans la réglementation sur la passation des marchés. L'opinion a été exprimée que l'on pourrait aussi insérer dans le Guide des clauses types, qui pourraient être particulièrement utiles si elles s'inspiraient de l'expérience pratique de diverses parties prenantes, y compris des banques de développement. On a dit préférer employer dans le Guide pour l'incorporation le verbe "souhaiter" au verbe "vouloir", dans les références aux questions législatives générales à aborder par les États contractants.

86. Le Groupe de travail a décidé d'aborder ces questions en temps utile et le secrétariat pourrait alors être prié d'entreprendre une étude qui énumérerait les problèmes fréquemment rencontrés aux étapes de la planification et de l'administration des marchés et analyserait les moyens de les aborder dans divers règlements nationaux, régionaux et internationaux.

B. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.43)

1. Remarques générales

87. On a souligné que, lors de la rédaction de dispositions sur les enchères électroniques inversées dans la Loi type et dans le Guide, il ne faudrait pas perdre de vue la situation et les intérêts des pays qui seraient les principaux bénéficiaires de la Loi type. On a fait observer que la Loi type avait jusqu'ici promu l'appel d'offres ouvert traditionnel comme un "étalon-or", dont les principes fondamentaux comprenaient l'interdiction de négociations et une possibilité unique pour les fournisseurs de soumettre leur meilleure offre, principes qui ont été contredits par les caractéristiques inhérentes aux enchères électroniques inversées. La reconnaissance et la réglementation de ces dernières dans la Loi type pourraient revenir à s'écarter de ces principes fondamentaux et à diluer l'"étalon-or" de l'appel d'offres ouvert.

88. Le Groupe de travail a pris note des faits nouveaux dans l'utilisation et la réglementation des enchères électroniques inversées aux niveaux national et régional, ainsi que de la position des banques multilatérales de développement à cet égard. En réaffirmant que les enchères électroniques inversées comportaient un certain nombre de nouveaux risques et pouvaient augmenter ceux qui existaient dans la méthode traditionnelle de l'enveloppe scellée, le Groupe de travail a été d'avis

dans l'ensemble qu'il devrait examiner tous les problèmes que posaient ces enchères de manière à les atténuer de façon adéquate par la réglementation.

89. Il a été reconnu qu'en raison de la nouveauté des enchères électroniques inversées, il serait difficile d'énoncer la meilleure pratique concernant leur utilisation. C'est pourquoi l'avis a été émis que les dispositions de la Loi type les concernant devraient être rédigées en des termes aussi généraux que possible pour tenir compte de l'évolution de la pratique en la matière. En même temps, on a dit qu'il serait important d'établir le cadre juridique indispensable pour leur fonctionnement, sur la base des principes généraux de la passation des marchés et des principes propres au fonctionnement des enchères électroniques inversées. Ont été cités comme éléments importants à cet égard l'anonymat des soumissionnaires et l'établissement de spécifications claires portées à la connaissance des fournisseurs dès le début de la passation du marché. L'importance de préserver l'anonymat des soumissionnaires a également été soulignée dans le contexte plus général de la concurrence et de la loyauté commerciale.

90. On a dit que l'expérience en matière d'enchères électroniques inversées dans au moins un pays indiquait qu'elles pourraient être un moyen coûteux de satisfaire les besoins d'une seule entité adjudicatrice dans la mesure où l'on faisait appel à des entrepreneurs tiers. C'est pourquoi les achats groupés étaient encouragés.

91. On a dit pour commencer préférer que les dispositions soient rédigées de manière à autoriser que le prix soit le seul critère d'attribution lorsque l'on recourait aux enchères électroniques inversées. En autorisant d'autres critères, on ouvrirait la porte aux abus, car la tentative de quantifier ces critères introduisait un élément subjectif dans le processus. L'avis a été émis que l'établissement du prix le plus bas en dessous duquel une offre ne serait pas acceptée pouvait être un moyen important de garantir la bonne gestion des enchères électroniques inversées et de se prémunir contre les offres anormalement basses.

92. On a dit aussi préférer que les enchères électroniques inversées s'appliquent à des biens standard et à des produits courants. On a fait observer que même des services standard (par exemple des services de nettoyage) pouvaient comporter des éléments qualitatifs et que la passation de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées risquait donc de compromettre la qualité. D'un autre côté, il a été dit qu'il ne serait pas souhaitable de limiter les enchères électroniques inversées à un type particulier de passation de marchés car il serait difficile à ce stade de prévoir comment cet outil allait évoluer. Comme semblait l'indiquer l'expérience de quelques pays, les services pouvaient être achetés par enchères électroniques inversées même lorsque la qualité comptait dans le cadre d'une approche en deux étapes, la première consistant à évaluer les aspects qualitatifs.

93. Un certain nombre d'objections ont été soulevées contre l'idée de prévoir exclusivement les enchères du modèle 1 car elles présupposaient un processus entièrement automatisé qui, en particulier à un stade intermédiaire de développement, ne pouvait être réalisé sans qu'il y ait un risque d'exclure un nombre important de fournisseurs.

94. Il a été convenu que l'utilisation des enchères électroniques inversées ne devrait pas être limitée à une méthode autonome de passation des marchés, pour ne pas compromettre leur évolution. Il faudrait également autoriser le recours aux

enchères électroniques inversées comme une étape facultative dans certaines procédures de passation des marchés.

**2. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées
(A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 9 à 37)**

95. Il a été proposé d'insérer le texte suivant à la fin du chapitre III ("Procédure d'appel d'offres") en tant que nouvelle section IV intitulée "Enchères électroniques inversées" dans laquelle il faudrait regrouper toutes les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées, y compris le texte proposé pour les articles 47 *bis* et *ter*:

"Article [36 *bis*]. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation en recourant à une enchère électronique inversée conformément [à l'] [aux] article[s] 47 *bis* et *ter*], dans les circonstances suivantes:

- a) L'entité adjudicatrice est en mesure de formuler des spécifications détaillées et précises pour les biens, les travaux et les services;
- b) Il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée;
- c) Le marché porte sur:
 - i) Des biens d'usage courant, dont les caractéristiques sont généralement disponibles sur le marché; ou
 - ii) Des services ou des travaux d'usage courant, dont les caractéristiques sont généralement disponibles sur le marché à condition qu'ils soient de nature simple; et
- d) Le prix est le seul critère pour déterminer la soumission à retenir; ou
- e) [Variante pour le législateur: le prix et d'autres critères pouvant être exprimés en chiffres ou convertis en unités monétaires et faire l'objet d'une évaluation automatique sont les seuls critères pour déterminer la soumission à retenir]."

96. On a soutenu la formulation proposée, qui, a-t-on observé, représentait une solution de compromis rédigée de manière suffisamment générale et souple pour permettre l'évolution des enchères électroniques inversées suivant différents paramètres. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait considérer les dispositions de l'article 36 *bis* proposé comme formant un tout, de façon à préserver l'effet de toutes ses garanties.

97. Il a toutefois été indiqué que le texte proposé favorisait les considérations de prix aux dépens de la qualité et que l'approche devrait être réexaminée. À cela, il a été objecté qu'une telle approche était inhérente à l'enchère électronique inversée et que, par conséquent, pour les marchés où la qualité était plus importante ou aussi importante que le prix, d'autres méthodes de passation pourraient être plus

indiquées. On s'est également demandé si cet article garantissait suffisamment la conformité. Il a toutefois été signalé que cette question était traitée à l'article 47 *bis*.

98. Un certain nombre de modifications à apporter au texte ont été proposées, à savoir: placer systématiquement les mots "travaux et services" entre crochets dans l'ensemble du texte (pour assurer la cohérence avec la terminologie de la Loi type); remplacer, à l'alinéa a) les mots "L'entité adjudicatrice est en mesure" par "Il est possible"; remplacer, à l'alinéa c) les mots "dont les caractéristiques" par "qui"; placer, à l'alinéa c) ii), les mots "généralement disponibles sur le marché" entre crochets; et, à l'alinéa facultatif e), insérer le mot "uniquement" avant les mots "d'autres critères", examiner l'adéquation du membre de phrase "variante pour le législateur" et son emplacement, insérer une variante des termes "évaluation automatique", par exemple "évaluation par des procédés automatiques", remplacer le mot "soumission" par "offre" et se référer à l'alinéa d) et à l'alinéa facultatif e) comme variantes de l'alinéa d).

99. S'agissant de l'alinéa a), on a fait aussi observer qu'il risquait d'être redondant compte tenu de l'article 27 d) de la Loi type et que le Groupe de travail devrait réexaminer cette question. On s'est par ailleurs demandé si l'alinéa e) devait être conservé dans la Loi type ou inséré dans le Guide.

100. Selon un avis, le Guide devait préciser que les travaux et les services, sauf s'ils étaient très simples, ne rempliraient pas normalement les conditions des enchères électroniques inversées. Cet avis a été fermement appuyé et, à cet égard, on a renvoyé au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.I/WP.43, notamment à ses dispositions sur les produits courants, qui, a-t-on dit, devraient être maintenues en tant que texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 *bis* proposé. Il a également été indiqué que si l'article proposé envisageait des critères autres que le prix dans les enchères électroniques inversées le Guide devait signaler les dangers potentiels de l'inclusion de ces critères. Il a aussi été proposé de préciser dans le Guide que l'emploi du terme "qualifiés" à l'alinéa b) ne signifiait pas qu'une enchère électronique inversée faisait nécessairement l'objet d'une présélection.

101. Parmi les autres questions à aborder dans le Guide, on a suggéré: la nécessité de préserver l'anonymat des soumissionnaires (une enchère inversée ne pouvant donc être menée que sous forme électronique); l'exigence qu'une telle enchère ne comporte qu'une série d'offres définitive avant la sélection de l'adjudicataire de façon à prévenir tout abus; l'obligation de faire figurer dans le contrat le prix de l'offre qui l'a emporté, même dans le cas d'un accord-cadre; l'obligation de spécifier à l'avance le moment d'ouverture et de clôture des enchères; et l'importance de la participation d'un nombre suffisant de fournisseurs pour assurer la concurrence. Il a été dit au Groupe de travail que les critères autres que le prix envisagés comprenaient les délais de livraison et les considérations techniques. Le Groupe de travail est convenu qu'aucun critère autre que ceux énoncés à l'alinéa d) et à l'alinéa facultatif e) ne devait être pris en compte dans l'enchère.

102. En outre, pour préserver les avantages de l'enchère électronique inversée comme mécanisme efficace et pour atténuer les difficultés rencontrées dans la formulation de spécifications précises, il a été proposé que le Guide traite de l'opportunité d'une terminologie commune relative aux marchés qui désignerait les biens, les travaux et les services par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché (c'est-à-dire des produits standardisés). Il a aussi

été proposé de dresser des listes des biens, travaux ou services ne se prêtant pas aux enchères électroniques inversées ou une liste des caractéristiques que les biens, travaux ou services devaient présenter pour faire l'objet d'une telle enchère (par opposition à une liste indicative qu'il serait difficile de tenir à jour). À cet égard, on a renvoyé au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.I/WP.43.

103. Il a été jugé préférable, à titre provisoire, d'éviter le terme "standardisé" qui figurait dans l'article 19 *bis* proposé (A/CN.9/WG.I/WP.43) mais dont il n'a pas été tenu compte dans l'article 36 *bis* proposé, car il était susceptible d'interprétations différentes et risquait donc d'être à l'origine de recours. On a estimé que les mots "d'usage courant" avaient le même objet que les mots "généralement disponibles" et qu'ils étaient globalement plus faciles à comprendre, mais que les deux expressions pouvaient être conservées. On est également convenu que le recours aux enchères électroniques inversées ne serait pas subordonné à l'approbation d'un tiers. Comme l'indiquait l'emplacement de l'article proposé, le Groupe de travail est convenu que les enchères électroniques inversées constitueraient, pour l'essentiel, un élément de la procédure d'appel d'offres, mais il n'a pas écarté la possibilité qu'elles soient utilisées comme méthode autonome de passation ou comme étape dans le contexte d'accords-cadres à phases multiples.

104. Le secrétariat a été prié de réexaminer l'exemple au paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.I/WP.43 ainsi que l'ajout au paragraphe 5 du texte qu'il est proposé d'insérer dans le Guide concernant l'article 19 *bis*.

3. Procédures préalables à la phase d'enchère (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 38 à 53)

105. En ce qui concerne le projet d'article 47 *bis*, il a été demandé s'il prévoyait la possibilité pour les fournisseurs de se retirer de l'enchère électronique inversée avant sa clôture. Il a été déclaré que cet article ne comportait pas de disposition expresse à cet égard mais que, compte tenu de l'obligation faite à l'entité adjudicatrice de veiller en permanence à maintenir une concurrence suffisante, les fournisseurs pouvaient en effet se retirer. Il a également été dit que, dans certains pays, les fournisseurs n'étaient pas autorisés à se retirer une fois qu'ils s'étaient engagés à participer à l'enchère électronique inversée.

106. Par ailleurs, il a été noté qu'on pouvait distinguer deux types d'enchères électroniques inversées: dans le premier, toutes les étapes d'une procédure d'appel d'offres ordinaire, y compris l'évaluation de la conformité de l'offre initiale et des qualifications des fournisseurs, seraient menées avec toutes les garanties qu'offre le système de l'enveloppe scellée. Par la suite, tous les fournisseurs qualifiés seraient invités à participer à l'enchère, qui déterminerait l'adjudicataire. Dans un tel système, les fournisseurs pourraient se retirer puisque l'évaluation précédant l'enchère aurait permis de s'assurer que l'adjudicataire serait en mesure d'exécuter le contrat.

107. Dans le second type d'enchères électroniques inversées, il n'y aurait pas d'évaluation préalable et la vérification de la conformité de l'offre ou des qualifications des fournisseurs n'aurait lieu qu'une fois l'enchère close. Il a été signalé au Groupe de travail que des enchères électroniques inversées se déroulaient déjà de cette manière et que ces procédures pouvaient permettre de réduire au maximum le risque de fraude dans la conduite de l'enchère puisque les informations confidentielles qui seraient communiquées dans une offre initiale ne seraient pas

disponibles avant l'enchère elle-même. Dans ce système, les fournisseurs se contentaient de confirmer qu'ils acceptaient les spécifications et qu'ils étaient qualifiés pour participer à la passation du marché au moment où l'enchère commençait. On a fait observer qu'une évaluation de la conformité des offres et des qualifications postérieure à l'enchère accroissait le risque de découvrir, à ce moment, que le fournisseur qui l'avait emporté n'était pas qualifié ou que son offre n'était pas conforme, auquel cas un autre fournisseur se verrait attribuer le marché (en conformité avec les règles établies). Puisque dans ce système rien ne garantissait que le fournisseur l'ayant emporté puisse exécuter le contrat, il n'était probablement pas recommandé de permettre aux fournisseurs de se retirer.

108. Le Groupe de travail a estimé que la Loi type devrait être suffisamment souple pour permettre aux deux systèmes de fonctionner, à condition de prévoir des garanties suffisantes pour se prémunir contre les fraudes et les abus. Il a demandé que le projet d'article 47 *bis* soit reformulé pour offrir suffisamment de souplesse à cet égard. Concernant le texte actuel, il a été convenu que le paragraphe 2 devrait prévoir que, lorsque le premier type d'enchère électronique inversée évoqué ci-dessus était envisagé, les fournisseurs ou les entrepreneurs devraient, avant l'enchère, présenter des offres initiales qui soient complètes à tous égards. Il a également été convenu que, dans cet article, le terme "offres" convenait mieux que "soumissions", et qu'un terme plus approprié que "éléments" serait recherché pour décrire les parties de l'offre qui feraient l'objet de l'enchère.

109. Le Groupe de travail a estimé que le texte du Guide pour l'incorporation devait expliquer que les dispositions de la Loi type visaient à rendre la Loi type suffisamment souple pour que les enchères électroniques inversées puissent se dérouler de l'une ou l'autre des deux manières énoncées aux paragraphes 106 et 107 ci-dessus, en fonction des circonstances existant dans le pays concerné. Le Guide devait en outre traiter des garanties qui devaient être mises en place pour que chaque système puisse fonctionner conformément aux objectifs et aux procédures principales de la Loi type, y compris de toute différence entre les enchères électroniques inversées et ces procédures principales.

110. En ce qui concerne la possibilité pour les fournisseurs de se retirer de l'enchère électronique inversée et la garantie d'une concurrence effective, il a été convenu que le paragraphe 3 d) devrait prévoir que:

"L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à un moment ou à un autre avant la clôture de l'enchère, est de l'avis de l'entité adjudicatrice insuffisant pour assurer une concurrence effective, cette dernière [annule/peut annuler] l'enchère électronique inversée".

111. Le Groupe de travail est convenu d'examiner à sa prochaine session l'opportunité d'autoriser ou d'obliger l'entité adjudicatrice à annuler l'enchère dans ces circonstances, selon que les fournisseurs auront ou non l'autorisation de se retirer de l'enchère. Il a estimé que le texte du Guide pour l'incorporation devait aborder la question de savoir quand et comment les fournisseurs pourraient se retirer de la procédure avant la clôture de l'enchère.

Notes

- ¹ Les représentants de la Banque africaine de développement, de la Banque interaméricaine de développement, du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe et de l'Organisation mondiale du commerce ont fourni au Groupe de travail des informations à ce sujet. Pour une récapitulation de leurs travaux dans le domaine de la passation des marchés, voir A/CN.9/598/Add.1.
 - ² Résolution 60/21 de l'Assemblée générale.
-