



Assemblée générale

Distr.
GENERALE
A/CN.9/SR.526
22 février 1995
FRANCAIS
ORIGINAL : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Vingt-septième session

COMPTE RENDU ANALYTIQUE DE LA 526e SEANCE

Tenue au Siège, à New-York
le vendredi 3 juin 1994, à 10 heures

Président : M. MORAN (Espagne)

SOMMAIRE

ELECTION DU BUREAU (suite)

NOUVEL ORDRE ECONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHES (suite)

Le présent compte rendu est sujet à rectifications.

Les rectifications doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un memorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, une semaine au plus tard à compter de la date du présent document, au Chef de la Section d'édition des documents officiels, Bureau des services de conférence, bureau DC2-794, 2 United Nations Plaza.

Les rectifications éventuelles aux comptes rendus des séances de la présente session seront groupées dans un rectificatif unique, qui sera publié peu après la clôture de la session.

La séance est ouverte à 10 h 10.

ELECTION DU BUREAU (suite)

1. M. TUVAYANOND (Thaïlande) est élu Rapporteur par acclamation.

NOUVEL ORDRE ECONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHES (suite)
(A/CN.9/392)

Article 41 bis

3. M. LEVY (Canada) lit une version révisée des paragraphes 3 et 4 de l'article 41 bis du projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services :

"(3) (Sous réserve d'approbation par... (l'Etat adoptant la Loi type précise qu'elle est l'organe habilité à donner la dite 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 et entrepreneurs;

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) lorsque la nature des services requis est extrêmement complexe et spécialisée, intellectuelle, technique ou confidentielle, 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 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 doit correspondre uniquement au coût de leur impression et de leur distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle distribue la sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été présélectionné et qui acquitte le prix éventuellement demandé."

3. Le texte a été rédigé par un groupe de rédaction officieux, à partir des délibérations tenues par la Commission le jour précédent. Ce groupe a en

/...

autre proposé de modifier l'article 11 de manière à prévoir que l'entité adjudicatrice doit consigner au procès-verbal toutes les décisions qu'elle aura prises au titre du paragraphe 3 de l'article 41 bis.

4. M. TUVAYANOND (Thaïlande) juge que le texte révisé marque une amélioration considérable par rapport à la version qui figure en annexe au document A/CN.9/392, et apaise l'essentiel des préoccupations que sa délégation entretenait à propos de la sollicitation directe. En principe, la Thaïlande accepte la nouvelle version, à condition qu'elle soit disponible par écrit, ce qui lui permettra de l'étudier davantage, et à condition que la capacité qu'ont les entités adjudicatrices de procéder par sollicitation directe soit clairement affirmée dans le compte rendu officiel de la séance.

5. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement), dit que si les alinéas a) et b) du paragraphe 3 sont meilleurs que ceux de la version précédente, le paragraphe c) contient beaucoup trop d'exceptions à la règle fixée au paragraphe 2. Le seul motif qui pourrait justifier une exception, c'est le cas des services ayant un caractère confidentiel. Dans tous les autres cas, on constate que la Loi type va faire disparaître l'obligation de publier des avis internationaux pour des services très variés.

6. Le PRESIDENT dit que le Groupe de rédaction pourrait peut-être réduire le nombre d'adjectifs employés à l'alinéa c) du paragraphe 3 pour décrire la nature des services requis.

7. M. JAMES (Royaume-Uni) est d'accord avec l'Observateur de la Banque interaméricaine de développement pour penser que le seul adjectif qu'il convient de maintenir dans la version révisée de l'alinéa c) est "confidentielle". Les exceptions fixées dans cet alinéa permettront aux entités adjudicatrices de contourner l'obligation qu'elles ont de publier les avis internationaux, justement dans les cas où ces avis sont le plus nécessaires. D'autre part, des exceptions aussi larges vont à l'encontre de l'esprit dans lequel la Commission a travaillé pendant cinq années et qui vise à assurer la plus large publication des appels d'offres. M. James se demande aussi s'il est bien opportun de renvoyer au Groupe de rédaction des questions qui touchent au fond du problème et qui ne sont pas de simples points de forme.

8. M. CHATURVEDI (Inde) demande de surseoir à l'examen du texte proposé, de manière que sa délégation ait le temps de l'étudier. Le sens de l'adjectif "intellectuelle" n'est pas clair à ses yeux, et il souhaiterait savoir pourquoi il est maintenant question de services "confidentiels".

9. Pour ce qui est du paragraphe 1 de l'article 41 bis, M. Chaturvedi fait remarquer que les avis sont en général publiés dans des journaux et non dans le journal officiel ou autre publication d'Etat. La deuxième phrase devrait être rendue plus claire.

/...

10. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) pense comme l'Observateur de la Banque interaméricaine de développement que l'alinéa c) permet beaucoup trop d'exceptions à la règle primaire établie au paragraphe 2. Il s'oppose également au principe de la transparence. Enfin, le projet révisé soulève des questions de fond, qui ne peuvent être résolues par le groupe de rédaction.

11. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que beaucoup des difficultés que présentait le texte aux yeux de sa délégation n'ont pas été réglées, et les décisions en matière de passation des marchés de services sont soumises à des considérations politiques, qui sont extrêmement importantes. Pour des raisons d'Etat, le gouvernement thaïlandais ne souhaite pas faire des affaires avec des pays hostiles. Comme aucune disposition ne permet de se dégager des obligations que fixe la Loi type, il est indispensable que le texte prévoie l'éventualité de la sollicitation directe, notamment quand il faut rester discret et avoir confiance dans les compétences du fournisseur. La délégation thaïlandaise aura beaucoup de mal à accepter le texte à moins que ces questions ne soient résolues.

12. M. WESTPHAL (Allemagne) dit qu'à en croire ses délibérations les plus récentes, la Commission se trouve devant une question tout à fait politique. Les membres de la Commission ne sont pas tous d'accord pour penser que la concurrence doit présider à la passation des marchés. Ces considérations ne concernent pas seulement la passation des marchés de services, et la Commission aurait peut-être dû y penser lorsqu'elle a adopté la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux.

13. En réalité, on peut toujours trouver une raison pour s'adresser à un fournisseur unique quand l'Etat juge que c'est important. En fait, le projet de loi type le permet à l'article 20. Le récent accord conclu sur la passation des marchés de services, adopté dans le cadre des Négociations d'Uruguay, adopte la même démarche à l'égard des biens et des travaux. Cette évolution est telle que si la Commission tardait encore à adopter le projet de loi type, elle ne ferait qu'amoindrir la valeur de son travail. En fait, certains pays d'Europe de l'Est sont déjà en train d'élaborer leur propre législation.

14. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) rappelle que sa délégation a déjà demandé la suppression de l'alinéa c) du paragraphe 3. La mention de la "véritable concurrence" doit disparaître parce qu'elle ouvre la porte aux abus. L'alinéa pourrait se lire ainsi :

"Lorsque la nature des services requis fait qu'il faut procéder par sollicitation directe, les propositions doivent être soumises par un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer un certain équilibre dans la concurrence."

15. Il y a des domaines dans lesquels on ne peut avoir que certains fournisseurs, dans celui par exemple de la restauration des monuments historiques ou des mosquées. Il est important de renvoyer à la nature du service requis.

/...

16. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) constate que les débats de la Commission portent essentiellement sur la nature de la passation des marchés de services, plutôt que sur l'article 41 bis en lui-même. Aux Négociations d'Uruguay, le niveau de précision était très différent dans le cas de l'Accord général sur les tarifs et le commerce. Pour ce qui est de la question de la raison d'Etat, elle a été débattue par le Groupe de travail au moment où celui-ci examinait les articles premier et 2, à propos de l'exclusion de certains types de marchés. La question de savoir s'il faut exclure de la Loi type des catégories entières de marchés n'est pas la même que celle de savoir si la sollicitation directe doit être permise sous le couvert de l'article 41 bis, puisqu'on peut désirer, non pas exclure telle catégorie de la Loi type, mais simplement échapper à l'obligation de la publication d'avis, quand il s'agit par exemple d'affaires confidentielles. Enfin, pour répondre aux inquiétudes de la délégation thaïlandaise, on pourrait exclure certains services de la Loi type, aux termes des articles premier et 2, et retravailler l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 41 bis.

17. M. CHATURVEDI (Inde) partage les préoccupations du représentant de la Thaïlande sur la question de la nationalité. Ce n'est pas simplement une question de politique, puisque en Inde il serait en fait illégal de commercer avec des pays ennemis. Ce type d'exclusion serait mieux placé au paragraphe 1 de l'article 14, qui traite des obstacles fondés sur la nationalité. Quant aux exclusions visées aux alinéas a), b), c) du paragraphe 3, il n'y a aucune raison de faire une distinction entre publication nationale et publication internationale, car la même logique vaut dans les deux cas. Evidemment, la question de la nature des services, qui se pose à l'alinéa c) du paragraphe 3, est d'une extrême importance.

18. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) pense comme le représentant de la Chine qu'il faut faire preuve de souplesse en ce qui concerne l'obligation de publication dans le domaine des services. La question principale est de savoir si l'alinéa c) du paragraphe 3 traite d'une question qui n'est pas traitée ailleurs. Dans la négative, il faut le supprimer.

19. M. HUNJA (Service du droit commercial international) dit que les débats de la Commission donnent à penser qu'il faut autoriser la sollicitation directe de services, mais que la nature de ces services reste problématique. La question dépasse les paragraphes 1 et 2 de l'article 41 bis. Si la sollicitation directe est autorisée, il n'est plus besoin de publier aucun avis, puisque les fournisseurs seront contactés directement. Si la Commission pense qu'il faut autoriser la sollicitation directe pour certains services aux termes de l'alinéa c) du paragraphe 3, la description des services visés peut être laissée au Groupe de rédaction.

La séance est suspendue à 1 h 40; elle reprend à 12 h 5.

20. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que la Commission semble s'obnubiler sur l'obligation de publication, alors que la principale question est en fait

/...

celle de la sollicitation directe. C'est pour cette raison que la délégation thaïlandaise est fermement en faveur du maintien de l'alinéa c) du paragraphe 3. Il y a, outre les affaires confidentielles, d'autres circonstances particulières qui appellent la sollicitation directe (des considérations d'intérêt national par exemple), situation que ne couvrent pas les procédures de passation des marchés avec un fournisseur unique. La délégation thaïlandaise pense donc qu'il est indispensable de faire droit aux intérêts nationaux et d'assurer la transparence des opérations de passation des marchés, pour éviter tout risque d'abus de pouvoir par les autorités concernées.

21. M. LEVY (Canada) fait lui aussi remarquer qu'il y a des situations où la sollicitation directe est la seule solution. C'est pourquoi il faut conserver l'alinéa c) du paragraphe 3. Outre la confidentialité ou l'intérêt national, cet alinéa pourrait parler de la nature des services qui n'appellent pas une procédure plus large. Une autre solution serait de mettre des parenthèses après la mention de la confidentialité et de l'intérêt national, et de laisser les Etats développer la règle. En outre, la phrase d'introduction du paragraphe 3 devrait être modifiée et se lire : "L'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article, et peut procéder par sollicitation directe :".

22. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que si l'on parle de l'intérêt national à l'alinéa c) du paragraphe 3, il faudra dire bien clairement que l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les provisions du paragraphe 2 quand elle considère que la procédure n'est pas dans l'intérêt de son pays. Dire simplement que la nature des services n'appelle pas une procédure plus large, comme l'a proposé le représentant du Canada, ne serait pas acceptable, parce que cela reviendrait à donner carte blanche à l'entité adjudicatrice, qui ne publierait pas d'avis. En fait, la publication de ces avis est indispensable avec la nouvelle méthode de passation des marchés de services, car, sans cette publicité, on ne peut pas considérer que cette méthode est vraiment publique. Si la Commission veut proposer à l'approbation des Etats une loi type indiquant la méthode à préférer pour la passation des marchés de services, la méthode en question doit être aussi publique et ouverte que possible.

23. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) souscrit à la plupart des propositions faites par le représentant du Canada. A propos de l'alinéa c) du paragraphe 3, il pense comme la délégation britannique que s'il y a une méthode à préférer, elle doit être aussi publique que possible, et que le membre de phrase proposé par cette délégation ne fait que déplacer le problème. L'amendement pourrait être reformulé de manière à se lire : "Lorsque les services requis ont des aspects touchant à (la confidentialité, l'intérêt national, la complexité technique, toute autre catégorie que le législateur détermine) à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant,..." Comme il est certain que les solutions varieront d'un pays à l'autre, la formule d'accommodement la meilleure consiste peut-être à mettre des exemples entre parenthèses, ou à indiquer que le législateur donnera des directives.

/...

24. M. CHATURVEDI (Inde) appuie la proposition de la délégation canadienne. Il croit avoir compris que le chapeau du paragraphe 3 contiendrait un renvoi aux paragraphes 1 et 2, et que le paragraphe 3 dirait quelque chose de la nature des services n'appelant pas une procédure générale de sollicitation. Sur ce point, la proposition britannique, qui déplacerait la charge de la preuve, n'est pas acceptable. L'idée du texte proposé par la délégation américaine est très judicieuse.

25. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que les propositions faites par les représentants du Canada et des Etats-Unis répondent tout à fait aux préoccupations de sa délégation. Pour ce qui est de déplacer la charge de la preuve, le Gouvernement est responsable devant les instances législatives de ses erreurs, lorsqu'il décide en dernier ressort de ce qui est bon pour le pays.

26. M. SHI Zhaoyu (Chine) souhaite que l'on conserve l'alinéa c) du paragraphe 3. Plutôt que de s'enliser dans des discussions infinies sur les adjectifs qui doivent qualifier la nature des services, la Commission pourrait simplement revenir au libellé original, "en raison de la nature des services requis", sur lequel on pourrait plus facilement s'entendre. Comme la Thaïlande, la Chine est soucieuse non seulement de la nature des services, mais aussi du maintien de la notion de sollicitation directe dans le paragraphe.

27. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) admet que l'amendement proposé par le Royaume-Uni, qui consiste à ajouter la notion de confidentialité et d'intérêt national, rend le paragraphe plus restrictif. Si l'on parlait simplement de la nature des services, cela ouvrirait la porte à des exceptions, qui elles-mêmes conduiraient à tous les abus que la Loi type cherche précisément à éviter.

28. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) se référant à l'alinéa c) du paragraphe 3, dit que la phrase "lorsque la situation appelle une procédure de passation de marchés par sollicitation directe" insérée avant la règle spéciale concernant la nature des services requis, doit couvrir aussi les considérations de confidentialité et d'intérêt national.

29. M. HERMANN (Secrétaire de la Commission) pense que les délégations devraient se concentrer davantage sur la situation particulière et moins sur la nature des services. Il ne comprend pas tout à fait l'apparente controverse sur la charge de la preuve. Le paragraphe 3 fixe une exception aux obligations des paragraphes 1 et 2, et il est donc tout à fait indiqué de dire ce que l'on entend par charge de la preuve. Et comme un certain nombre de délégations ont insisté sur la nécessité de favoriser une procédure aussi publique que possible, il n'est peut-être pas très judicieux d'encourager les gouvernements à se donner toute sorte de raisons de ne pas utiliser la procédure indiquée aux paragraphes 1 et 2.

30. M. SHI Zhaoyu (Chine) dit que le Groupe de travail avait décidé à ses séances précédentes qu'il appartenait aux Etats qui adopteraient la loi type

/...

de décider de son champ d'application et de la nature des services qui seraient couverts par ses dispositions, parce qu'il était impossible de dresser la liste exhaustive de tous les services auxquels la loi pourrait s'appliquer, ou ne pas s'appliquer. Le même principe vaut pour l'alinéa c) du paragraphe 3. Cette démarche devrait permettre de s'entendre plus facilement.

La séance est levée à 13 h 5.