



## Assemblée générale

Distr.  
GÉNÉRALE

A/CN.9/SR.530  
10 juin 1994

ORIGINAL : FRANÇAIS

---

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Vingt-septième session

COMPTE RENDU ANALYTIQUE DE LA 530e SÉANCE

Tenue au Siège, à New York,  
le mardi 7 juin 1994, à 10 heures

Président : M. MORAN (Espagne)

SOMMAIRE

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (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 mémorandum 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, Département des services de conférence, bureau DC2-750, 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 5.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (suite)  
(A/CN.9/392)

Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 16. Méthode de passation des marchés

1. M. LEVY (Canada) rappelle la teneur de la proposition de note de bas de page se rapportant à l'article 16 3 b) dont il a donné lecture à la séance précédente. Il pense qu'elle est plus neutre que celle avancée par l'observateur de l'Australie à la même séance.

2. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'il n'a pas d'objection au libellé de la proposition formulée par le Canada mais estime qu'eu égard à l'adoption du texte du chapitre IV bis, il importe de n'autoriser qu'un nombre limité de choix en ce qui concerne la passation des marchés de services. Il faut permettre aux États adoptant la loi type de restreindre le nombre des méthodes possibles en limitant le champ d'application du paragraphe 3 b) à certaines des méthodes visées aux articles 17 à 20. En incorporant dans la note de bas de page la passation des marchés de biens et de travaux comme l'a proposé le Canada, on affecte le texte original du projet alors que l'on ne devrait traiter que des questions supplémentaires nées de l'incorporation des marchés de services au projet. La proposition australienne offre un choix de restrictions en matière de services compte tenu du chapitre IV bis, qui reste la principale méthode de passation des marchés de services.

3. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) et M. Chaturvedi (Inde) appuient le projet de note de bas de page proposé par la délégation canadienne.

4. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) se range à la proposition canadienne, mais souhaite que ce commentaire comporte un paragraphe supplémentaire concernant les services et l'adoption du chapitre IV bis. Il importe de savoir si l'on veut conserver les articles 17 à 20, ou seulement l'article 20 qui serait considéré comme suffisant eu égard aux mécanismes prévus par ailleurs. Si l'on supprime l'un quelconque des articles 17 à 20, il faudra modifier le texte adopté pour en éliminer les références aux services.

5. M. LEVY (Canada) pense qu'il faudra souligner dans le Guide ou le commentaire que si l'on supprime les articles 19 et 20, on ne peut avoir recours à la procédure de sollicitation d'une source unique ou à des avis en cas d'urgence.

6. M. CHATURVEDI (Inde) dit que la dernière phrase de la proposition canadienne est assez claire. Elle ne signifie pas que l'on doit avoir une préférence pour une méthode particulière.

/...

7. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que la proposition de l'Australie de ne conserver que l'article 20 ne peut être retenue parce qu'en ce qui concerne les services, la sollicitation d'une source unique n'est pas suffisante : d'autres méthodes seront nécessaires.

#### CHAPITRE V. RECOURS

##### Article 42. Droit de recours

8. M. CHATURVEDI (Inde) dit qu'un fournisseur ou un entrepreneur qui a effectivement subi une perte ou un dommage ne peut se prévaloir du paragraphe 1 de l'article 42. Il conviendrait d'en supprimer les mots "qui déclare avoir subi". On peut par ailleurs, en ce qui concerne l'expression "la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice", objecter que le mot "obligation" est une expression juridique dont le corollaire est la notion de droit. Il n'y a pas d'obligation sans droit. Or, les fournisseurs ou entrepreneurs n'ont aucun droit tant qu'un contrat n'est pas signé. L'utilisation du mot "obligation" n'est donc pas appropriée dans ce paragraphe. Le paragraphe 2 de l'article 42 semble acceptable en l'état. Par contre, le recours porté devant l'entité adjudicatrice (article 43) et le recours administratif (article 44) font double emploi. Si néanmoins l'on garde l'article 44, il convient d'en conserver la note de bas de page. À l'article 47, le nom du tribunal ou des tribunaux ne devrait pas être indiqué par l'entité adjudicatrice. C'est aux parties intéressées de choisir la juridiction compétente. Seul le droit local et les procédures du tribunal compétent sont applicables. À l'article 46, la période de sept jours prévue pour la suspension de la procédure de passation du marché donne toute discrétion à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la procédure de passation du marché. Il ne devrait pas y avoir de suspension automatique.

9. M. TUVAYANOND (Thaïlande) pense comme le représentant de l'Inde qu'au paragraphe 1 de l'article 42, les mots "qui déclare avoir subi" devraient être supprimés, mais puisqu'ils figurent dans le texte adopté précédemment, il serait peut-être souhaitable d'insérer un petit commentaire à ce sujet dans le Guide. Toute déclaration de perte ou de dommage devrait être dûment justifiée pour que l'article 42 s'applique. Au paragraphe 2 a) bis de l'article 42, il serait préférable, par souci d'harmonisation, d'utiliser l'expression "la procédure de sélection" plutôt que "le choix de la procédure d'évaluation". Enfin, le représentant de la Thaïlande souhaiterait qu'on lui rappelle quelles sont les garanties qui ont été prévues contre un abus du droit de recours.

10. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) souscrit aux arguments avancés par le représentant de l'Inde en ce qui concerne le membre de phrase "qui déclare avoir subi, ou qui peut subir" au paragraphe 1 de l'article 42. De plus, il faudrait ajouter que dans un délai de 20 jours, le fournisseur ou l'entrepreneur doit présenter un exposé des circonstances, ou mieux encore des "causes" – un terme juridique – de la perte ou du dommage, ce qui lui donnerait le droit de ne pas continuer à fournir les articles qu'il est censé livrer.

(M. Choukri Sbai, Maroc)

11. Aux paragraphes 2 et 4 de l'article 43, les délais prévus sont trop longs. Il faudrait en effet faire courir le délai à partir de l'apparition des causes qui ont abouti à un changement de circonstances. Dès que le fournisseur sait que les circonstances ont changé par suite de causes précises, il devrait en informer l'entité adjudicatrice. Au paragraphe 4, le délai de 30 jours pour la présentation de la réclamation est trop généreux : il devrait être réduit à 10 jours. Il importe en effet que la réclamation soit présentée rapidement. Il conviendrait d'ailleurs de laisser à chaque pays le soin de fixer le délai de présentation tant de la réclamation par le fournisseur ou l'entrepreneur que de la réponse à la réclamation par l'entité adjudicatrice.

12. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) rappelle qu'il avait été convenu de ne modifier les dispositions générales des chapitres I, II et V que dans la mesure où l'inclusion des marchés de services rendait cela nécessaire, l'argument du représentant de la Thaïlande concernant l'article 42 2 a) bis est donc fondé et cette disposition semble n'avoir pas été rédigée de manière appropriée. Cette réserve mise à part, le texte actuel du chapitre V devrait être laissé en l'état. Quant à ce qu'a dit le représentant de l'Inde à propos de l'article 47 sur le recours judiciaire, il convient de souligner que cet article ne donne nullement à l'entité adjudicatrice la possibilité de décider devant quel tribunal porter le recours judiciaire. C'est au législateur de décider de l'instance compétente.

13. Le PRÉSIDENT dit que l'article 42 bis lui paraît clair et définit bien les cas de recours.

14. M. CHATURVEDI (Inde) dit que plusieurs questions restent controversées et il rappelle que l'argument selon lequel le texte a déjà été adopté ne tient pas, puisqu'on examine le texte dans l'optique de l'inclusion des "services" dans le champ de la loi type. Le représentant de l'Inde accepte le libellé souligné des alinéas a) bis et c) de l'article 42. S'agissant de l'article 45, il est mal conçu : ce ne sont pas tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation des marchés qu'il faut aviser, mais seulement celui qui fait une réclamation. Au paragraphe 2, seul le fournisseur ou entrepreneur dont les intérêts sont effectivement lésés a le droit de participer à la procédure de recours. Au paragraphe 3, la "copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice" devrait, selon le représentant de l'Inde, n'être transmise qu'au fournisseur ou entrepreneur qui a présenté la réclamation, et non pas à tous les autres, encore moins être mise à la "disposition du public". Ainsi, le représentant de l'Inde émet des objections sur l'ensemble du texte de l'article 45.

15. Au sujet de l'article 46, la réserve exprimée par la délégation indienne dans une intervention antérieure au sujet du premier paragraphe, sur la suppression de la procédure – critiquable selon elle – en cas de présentation d'une réclamation, vaut aussi pour le second. Par ailleurs, l'"intérêt général" n'a pas à être "certifié". C'est la validité de la décision ministérielle correspondante qui doit être vérifiée. La notion de "considérations urgentes d'intérêt général" n'est pas claire : seul existe en tant que tel l'intérêt général. À la fin du paragraphe, l'inclusion des mots "sauf au stade

(M. Chaturvedi, Inde)

judiciaire" ne se justifie pas, puisque, en Inde tout au moins, et sans doute aussi dans de nombreux autres pays, les décisions relatives à l'intérêt général ne sont pas de la compétence des instances judiciaires dès lors que la décision a été prise par l'autorité administrative compétente. La disposition devrait donc être modifiée.

16. Le PRÉSIDENT dit que la plupart des délégations approuvent le chapitre V dans son libellé actuel. Il y a une bonne raison pour cela, à savoir que l'Assemblée générale a adopté le projet de Loi type tel quel et l'a recommandé aux États Membres. Il ne serait donc pas approprié que la Commission revienne sur ce qu'elle a elle-même décidé. Il faudrait pour cela que la Sixième Commission se réunisse. Il semble donc au Président que la CNUDCI a achevé l'examen du projet d'amendements à la Loi type. Il y a du reste suffisamment d'explications dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/C.9/393). La Commission va donc bientôt examiner le projet d'amendements à ce guide (A/CN.9/394), amendements qui visent à refléter l'inclusion des marchés de services dans son champ d'application de la Loi type.

17. M. CHATURVEDI (Inde) dit que, lors de la seconde phase du débat, il importera de réfléchir au titre même du projet de Loi type, et surtout à la question de savoir si on y inclura "les services". Plutôt que de modifier le texte de la Loi type, pour inclure "les services", il conviendrait peut-être de le faire au moyen d'un protocole, étant entendu que la Loi type déjà approuvée par l'Assemblée générale pourra toujours être utilisée par les parties.

18. Le PRÉSIDENT dit que la Commission a achevé la première partie du débat sur le sujet puisqu'elle a formulé des suggestions sur le texte du projet de Loi type (A/CN.9/392) à l'intention du Groupe de rédaction. Quand ses membres auront tous les documents, la Commission les examinera en même temps que la question du titre. Pour le Président, le chapitre V doit rester pratiquement tel quel.

19. M. CHATURVEDI (Inde) maintient ses objections qui tiennent au droit interne de l'Inde; on ne saurait donc parler de consensus. Bien que conscient que l'on ne peut modifier le libellé du chapitre V, il tient à ce que ses objections soient consignées.

20. Le PRÉSIDENT indique au représentant de l'Inde que ses objections seront dûment consignées.

21. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) fait une observation relative à la méthode suivie par la Commission : le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/393), qui est un texte à vocation narrative et non pas normative, ne saurait modifier l'esprit de la Loi type. Il faut donc éviter qu'il y ait des disparités entre les deux textes et s'assurer que les amendements sont bien compatibles avec le texte de la Loi type.

/...

22. Le PRÉSIDENT dit que le Secrétariat a consacré beaucoup de travail à l'établissement du projet d'amendements au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/394), que le document est bien conçu et détaillé, notamment compte tenu de la richesse de la matière.

23. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) souhaiterait qu'au lieu du terme "commodities" ("biens") qui renvoie à un objet matériel plutôt qu'"intangible", l'on utilise le mot "item", même si celui-ci n'est pas entièrement satisfaisant. S'agissant du libellé du paragraphe 5, qui renvoie à l'article 14 bis (p. 3), il propose plusieurs corrections tendant à définir avec plus de précision et à mieux distinguer les différentes méthodes de sélection.

24. M. SHIMIZU (Japon) rappelle que sa délégation avait proposé de supprimer la mention "travaux" dès le début de la session, une proposition immédiatement rejetée par les autres délégations. En effet, les techniques modernes de construction comportent de nombreux aspects intellectuels qui les apparentent à des services. Il conviendrait donc de prévoir un traitement similaire pour la passation des marchés de travaux et celle des marchés de services. Ce n'est pas le cas dans l'état actuel du texte. La délégation japonaise espère donc que le Guide comportera une explication sur les moyens d'appliquer le chapitre IV bis du projet de loi aux travaux.

25. M. CHATURVEDI (Inde) dit qu'il ne lui paraît pas sage de modifier dès maintenant le Guide (A/CN.9/393), un long texte qui a été élaboré avec soin au cours de deux sessions du Groupe de rédaction et qui est de bonne qualité; les modifications éventuelles pourraient ultérieurement être regroupées dans un additif. C'est à cette occasion que l'on pourra éventuellement modifier le titre du projet.

26. Le PRÉSIDENT rappelle que le texte de la Loi type a déjà été approuvé par l'Assemblée générale et recommandé par elle aux États Membres. Le Guide accompagne ce texte. La Commission examine les projets d'amendements à apporter à ce guide du fait de l'inclusion des "services" dans le champ d'application de la Loi type.

27. M. CHATURVEDI (Inde) dit que le Groupe de travail n'ayant pas reçu pour mandat de modifier le Guide, la délégation de l'Inde se dissocie des débats sur la question qui, en tout état de cause, ne lient pas la Commission.

28. M. HERMANN (Secrétaire de la Commission) craint que le titre qui a été donné au document A/CN.9/394 par le Secrétariat, sur le même modèle que le document relatif aux amendements à apporter à la Loi type, ne prête à confusion. Les projets d'amendements à la Loi type visent à établir une deuxième loi type, plus complète que la première, portant non seulement sur les biens et les travaux, mais aussi sur les services. Il est prévu d'établir un guide pour chacune des deux lois types et par conséquent il n'est pas question de modifier rétroactivement le Guide déjà publié sous la cote A/CN.9/393 et relatif à la première Loi type.

29. M. CHATURVEDI (Inde) se déclare satisfait de l'explication du Secrétariat et pense qu'il conviendrait de remplacer le titre actuel du document A/CN.9/394 par le titre suivant : "Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services".

30. Le PRÉSIDENT propose de passer à l'examen de la section II du document A/CN.9/394, intitulée "Observations article par article".

#### CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

31. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), se référant au point 16, dit qu'il n'est pas certain que le passage cité entre guillemets soit juste car au cours du débat qui avait eu lieu au sein de la Commission, on avait envisagé les cas où, pour une raison ou pour une autre, le prix n'était pas révélé à l'entité adjudicatrice. Par ailleurs, s'agissant de l'article 12, alinéa 3, de la Loi type, les membres de la Commission ont indiqué qu'il convenait peut-être que le montant minimum soit fixé par un règlement plutôt que par la loi. Cette idée, à laquelle faisait allusion, notamment, le représentant de la Thaïlande, devrait sans doute être évoquée dans le commentaire.

32. La séance est suspendue à 11 h 45; elle est reprise à 12 h 15.

33. M. JAMES (Royaume-Uni) rappelle que la question de la définition des services a été soulevée à plusieurs reprises à la Commission, de même que celle de la distinction entre services techniques et services rendus par des professions libérales. Cette distinction est d'ailleurs toujours présente dans l'article 16, alinéa 3 a), de la Loi type. L'Union européenne fait elle-même la distinction entre les services se prêtant à une procédure d'appel d'offres et les autres. Peut-être conviendrait-il de fait figurer dans le Guide, sous la définition des services ou dans la section relative à l'article 16, un ou deux exemples succincts.

34. Par ailleurs, la définition des services ayant été considérablement élargie, jusqu'à inclure des services qui ne sont pas considérés comme tels par tous les États, il conviendrait peut-être de se demander si les méthodes de passation de marchés décrites dans la Loi type devraient s'appliquer, par exemple, à l'acquisition de biens fonciers.

35. M. CHATURVEDI (Inde) signale que si la Commission décide de changer le titre du document A/CN.9/394, il faudra aussi veiller à le modifier dans l'annexe. De plus, le paragraphe 1 bis du document donne à penser qu'à sa présente session la Commission a modifié la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux, alors qu'elle a en fait adopté une Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services. Le paragraphe devrait être modifié en conséquence.

36. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) note, à propos de l'article 4 du projet de Loi type ("Règlements en matière de passation des marchés"), qu'il conviendrait peut-être de réfléchir davantage à la portée des règlements, dans la mesure où les États pourraient souhaiter pouvoir s'appuyer sur des principes et des procédures préétablis lorsque des conflits d'intérêts risquent de surgir par exemple lorsqu'une entreprise est invitée à participer à la conception d'un projet puis à son exécution.

37. M. Wallace évoque aussi la question des fonctions inhérentes de l'État, que les gouvernements pourraient préférer ne pas confier à des entreprises sous contrat. Cette question devrait aussi être mentionnée dans le Guide parmi celles que les États pourraient envisager d'aborder par le biais des règlements nationaux.

#### CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

38. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), évoquant l'observation relative au paragraphe 4 de l'article 16, dit que le verbe "should" devrait être remplacé par un verbe plus impératif à la manière du texte de la Loi type qui utilise le verbe "shall".

39. M. JAMES (Royaume-Uni) rappelle que le texte proposé est censé remplacer le texte actuel et qu'il importe de ne pas modifier la teneur du Guide. Il estime que la phrase figurant au paragraphe 18 1) selon laquelle "pour les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un appel d'offres pour des biens ou des travaux, même s'il est possible, n'est pas la méthode que l'entité adjudicatrice juge la plus appropriée..." va un peu plus loin que le Guide et gagnerait sans doute à être légèrement modifiée de manière à cadrer plus rigoureusement avec le libellé du Guide initial.

#### CHAPITRE IV bis. SOLLICITATION DE PROPOSITIONS RELATIVES À DES SERVICES

40. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) estime que l'observation figurant au paragraphe 21 2) relatif à l'article 41 bis (Sollicitation de propositions), évoque des notions, certes intéressantes, comme celle de "value" (valeur minimale), mais qui ne sont pas consacrées par la Loi type; il souhaiterait que le texte cadre aussi rigoureusement avec la Loi type que possible.

41. Quant au paragraphe 2 des observations consacrées à l'article 41 sexies (Procédures de sélection), l'idée selon laquelle pour des services où les compétences et les connaissances du fournisseur ou de l'entrepreneur ont une importance cruciale, l'entité adjudicatrice peut souhaiter recourir à l'une des méthodes prévues aux paragraphes 3 et 4, ne paraît pas correspondre à la distinction déterminante entre les paragraphes 2 b) i), 2 b) ii) et les paragraphes 3 et 4. Tous ces paragraphes doivent être acceptables sur le plan technique et il s'agit en l'occurrence de services qui ne peuvent pas faire l'objet d'appel d'offres. Or, on ne peut pas opérer une telle distinction entre les paragraphes 2, 3 et 4. En outre, le dernier membre de phrase "car elles

(M. Wallace, États-Unis)

permettent comme dans l'appel d'offres..." gagnerait à être élucidé. Par ailleurs, l'obligation énoncée au paragraphe 4 b) de l'article 41 sexies d'informer les fournisseurs dont la proposition n'a pas été retenue devrait sans doute l'être également dans le Guide.

42. Enfin, par souci de cohérence avec la Loi type, il faudrait supprimer la phrase du paragraphe 5 des observations relatives à l'article 41 sexies (Procédures de sélection), qui semble déplorer que l'on ne ménage pas à l'entité adjudicatrice la possibilité de rouvrir des négociations avec le fournisseur avec lequel les négociations auraient été interrompues en raison du prix élevé de sa proposition.

43. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse), évoquant la deuxième phrase du paragraphe 1 des observations relatives à l'article 41 quater (Critères d'évaluation des propositions), estime qu'il serait bon d'indiquer expressément les dispositions de la Loi type où ces critères sont énumérés à l'exemple de l'article 41 ter, par exemple.

44. M. TUVAYANOND (Thaïlande) demande si l'explication concernant le seuil figurerait dans le rapport du Groupe de travail, dans une note de bas de page ou dans le Guide.

45. Le PRÉSIDENT déclare que le Groupe de rédaction est convenu de remplacer le terme "seuil" par l'expression "niveau minimal", encore que la Commission doive se prononcer sur cette décision lorsqu'elle examinera le rapport du Groupe. Il précise par ailleurs que l'explication en question figurera bel et bien dans le Guide.

46. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) demande à savoir à quel endroit et à quel moment la Commission envisage d'insérer une note dans le Guide pour tenir compte de la note de bas de page arrêtée sur la proposition de la délégation canadienne, à l'effet de préciser qu'il est désormais possible de limiter le nombre des choix qui s'offrent pour l'acquisition de biens et de travaux et d'indiquer par ailleurs dans un paragraphe distinct que, dans la mesure où l'article 41 bis est censé prescrire la principale méthode d'acquisition de services, il serait peut-être souhaitable de limiter l'application de l'article 16.3 b) de manière à reprendre les dispositions des paragraphes 19 ou 20 seulement et non les paragraphes 17 à 20.

47. Le PRÉSIDENT estime que le mieux serait d'insérer cette note dans la référence à l'article 16 dans le Guide et au chapitre premier de la Loi type qui traite des caractéristiques principales de cet instrument. Il conclut que la Commission a achevé l'examen du présent point de son ordre du jour.

La séance est levée à 12 h 55.