



Assemblée générale

Distr.: Limitée
13 décembre 2004

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Septième session
New York, 4-8 avril 2005

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-5	2
II. Principes législatifs généraux et démarche à suivre pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés	6-13	3
III. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés	14-47	5
A. Notion d'"électronique" et termes apparentés	17-22	6
B. Publication des lois, règles et règlements régissant la passation des marchés ...	23-30	7
C. Publication des possibilités de marchés	31-45	9
D. Publication des avis d'attribution de marchés et d'autres informations	46-47	12



I. Introduction

1. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (ci-après “la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés” ou “la Loi type”)¹, adoptée par la Commission en 1994, est destinée à servir de modèle aux États qui souhaitent moderniser leur législation dans ce domaine et à promouvoir des procédures visant à garantir la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité dans le processus de passation. Elle a influencé la législation dans un grand nombre de pays et son utilisation a contribué à une harmonisation croissante des règles et procédures de passation.

2. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission s'est déclarée très favorable à l'idée d'inclure le droit de la passation des marchés dans son programme de travail, notamment pour pouvoir étudier les questions et pratiques nouvelles ayant vu le jour depuis l'adoption de la Loi type². À sa trente-septième session, en 2004, elle a indiqué que le Groupe de travail chargé d'examiner ce thème devrait se concentrer sur deux principaux aspects pour lesquels la Loi type gagnerait probablement à être révisée: d'une part, les questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et, d'autre part, les questions qui se sont posées lors de l'application de la Loi type elle-même³.

3. Le Groupe de travail I (Passation de marchés) a commencé à élaborer des propositions de révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) en se fondant sur deux études élaborées par le secrétariat, l'une sur les questions découlant de l'utilisation accrue des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés publics, y compris l'Internet (A/CN.9/WG.I/WP.31), et l'autre sur les questions découlant de l'expérience récente en matière d'application de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.32).

4. À cette session, le Groupe de travail a noté que le recours à la passation électronique des marchés comportait de nombreux avantages potentiels, notamment en assurant un meilleur rapport qualité-prix et une plus grande transparence dans le processus de passation. Il a constaté que ces avantages potentiels correspondaient aux principaux buts et objectifs de la Loi type. Il a ensuite examiné dans quelle mesure cette dernière devrait éventuellement être modifiée pour permettre aux États adoptants de tirer pleinement parti de la passation électronique. Le Groupe de travail a dégagé trois grands principes sur lesquels se fonder pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la Loi type: a) celle-ci devrait, dans la mesure du possible, encourager une telle utilisation dans la passation des marchés; b) elle devrait énoncer à cette fin des dispositions appropriées en termes techniquement neutres; et c) le Guide pour l'incorporation⁴ pourrait, si nécessaire, fournir des indications supplémentaires plus détaillées. Le Groupe de travail est convenu que les recommandations susceptibles d'être formulées devraient viser tous les moyens de communication et contenir des indications sur les conditions devant régir leur utilisation (A/CN.9/568, par. 12 à 18).

5. Il a été constaté que les principaux problèmes de fond concernant la passation électronique des marchés se posaient dans les domaines suivants: la publicité des informations relatives aux marchés, notamment des invitations à participer à la procédure de passation et des avis d'attribution des marchés, l'utilisation des

communications électroniques dans le processus de passation et l'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/568, par. 19). La présente note et ses additifs examinent la portée des travaux futurs dans les deux premiers domaines et proposent des projets de modification aux articles concernés de la Loi type. Les questions relatives à l'utilisation des enchères électroniques inversées sont abordées dans un document séparé (A/CN.9/WG.1/WP.35).

II. Principes législatifs généraux et démarche à suivre pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés

6. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés a été adoptée à une époque où l'on pouvait prévoir que l'utilisation de l'informatique et des communications électroniques, même si elle n'était pas très répandue alors, finirait par se généraliser. C'est pourquoi certaines de ses dispositions, comme l'article 9-1, qui se réfère aux communications présentées sous une forme qui "atteste" leur teneur (au lieu de mentionner expressément les "communications écrites"), témoignent du souci de tenir compte des communications électroniques ou autres communications analogues. Toutefois, les questions juridiques liées à l'utilisation des nouvelles technologies ne sont pas la préoccupation première de la Loi type et le libellé d'un certain nombre de dispositions montre que celles-ci ont été élaborées dans un contexte où les systèmes de communication, d'archivage et de preuve se fondaient dans une large mesure sur des informations consignées sur des supports matériels (essentiellement écrites sur papier). On citera, à titre d'illustration, le fait que la Loi type mentionne des "pièces" et des notions similaires (voir art. 6-2, 7-3 a) iii), 10, 27 c), 36, 38 f)) ou que les règles régissant l'élaboration, la modification, le retrait, la soumission et l'ouverture des offres exigent, en particulier, la présentation de ces dernières dans une "enveloppe scellée" (voir art. 27 h), q), r) et z); 30, 31-2 et 33).

7. À la sixième session du Groupe de travail, il a été proposé que ce dernier s'inspire autant que possible des dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁵ (A/CN.9/568, par. 43). En effet, un certain nombre de principes énoncés dans cette dernière pourraient être utiles pour moderniser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Dans certains cas, toutefois, la différence de finalité entre les deux lois exigera peut-être l'élaboration de solutions adaptées au contexte particulier de la passation des marchés publics.

8. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a pour objet d'offrir aux législateurs nationaux un ensemble de règles internationalement acceptables pour lever un certain nombre d'obstacles juridiques à l'utilisation des moyens modernes de communication, obstacles qui tiennent parfois au fait que l'effet ou la validité juridique de ces moyens de communication sont incertains. La Loi type utilise à cette fin une "approche fondée sur l'équivalent fonctionnel", qui consiste à analyser les objectifs et les fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier afin de déterminer comment ces objectifs pourraient être atteints ou ces fonctions assurées avec les techniques du commerce électronique. La Loi type sur le commerce électronique ne cherche pas à définir un équivalent informatique pour tout type de document papier. Elle s'attache plutôt à isoler les fonctions essentielles

de l'exigence d'un document papier afin de dégager des critères qui, s'ils sont remplis par des messages de données, permettent à ces derniers d'obtenir la même reconnaissance juridique que leurs équivalents papier remplissant la même fonction. Conformément à cette approche et à l'objectif de neutralité technique, la Loi type n'attribue pas de conséquences juridiques à une technique ou à un format particuliers utilisés pour créer un message de données. Dans le système de la Loi type, la question de savoir si un message de données est effectivement "accessible pour être consulté ultérieurement" devrait être traitée au cas par cas.

9. Un autre aspect important dont le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte est le rôle central attribué à l'autonomie des parties dans le système de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Cette dernière part du principe que, dans la pratique, les solutions aux difficultés juridiques que soulève l'utilisation des moyens modernes de communication peuvent dans une certaine mesure être trouvées par voie contractuelle. Les parties peuvent donc exclure ou modifier les dispositions du chapitre III de la Loi type (qui traite de la formation et de la validité des contrats, de la reconnaissance par les parties des messages de données, de l'attribution de ces messages, de l'accusé de réception ainsi que du moment et du lieu de l'expédition et de la réception des messages).

10. En résumé, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pourrait être décrite comme énonçant une série de principes qui a) définissent des critères généraux d'équivalence fonctionnelle de manière souple afin de tenir compte des technologies changeantes et évolutives ou b) fixent des règles supplétives s'appliquant sauf stipulations contraires des parties.

11. Si l'on peut recourir au principe de l'équivalence fonctionnelle pour trouver des solutions dans le domaine de la passation des marchés, il faudrait néanmoins tenir compte du fait que les entités adjudicatrices souhaiteront peut-être soumettre l'utilisation des communications électroniques à certaines conditions en fonction de leur niveau de complexité respectif, des exigences de sécurité et d'autres facteurs pertinents. La très grande souplesse inhérente à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique – et sans doute essentielle dans le droit privé – ne convient peut-être pas tout à fait pour assurer le degré de sûreté juridique élevé qu'exigent les marchés publics.

12. Dans la pratique, les pays qui ont adopté une législation sur les opérations électroniques régissant des questions telles que celles traitées par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ne semblent pas se fonder exclusivement sur ce cadre législatif pour instaurer l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés ou, plus généralement, dans la fonction publique. Dans certains pays, les règles générales relatives aux communications électroniques ne s'appliquent pas à la passation des marchés publics⁶, ou ont été incorporées dans les règles de droit privé existantes de telle manière qu'elles ne semblent pas s'appliquer automatiquement à la fonction publique⁷. D'autres pays et régions ont adopté à la fois des règles sur l'utilisation des communications électroniques dans l'administration (y compris dans la passation des marchés) et une législation générale sur le commerce électronique, dont certaines dispositions sont déclarées applicables au secteur public, tandis que d'autres ne semblent pas avoir été conçues à l'intention de l'administration⁸. Dans plusieurs autres pays, encore, la législation générale sur le commerce électronique et les opérations électroniques régit expressément les administrations, sauf dans un certain nombre de domaines

spécifiquement exclus⁹. Cependant, même dans ces pays, la législation sur le commerce électronique contient souvent des règles spéciales pour l'utilisation des communications électroniques dans le secteur public¹⁰, ou prévoit généralement l'adoption de règlements spéciaux à cette fin¹¹. Lorsque des dispositions particulières existent, elles autorisent généralement les organismes publics à spécifier des aspects tels que les modalités et le format de stockage, de création, de conservation ou d'émission des enregistrements électroniques; l'obligation ou non de signer les enregistrements électroniques et les méthodes pouvant être utilisées pour créer la signature; les mécanismes et procédures de contrôle propres à assurer l'intégrité, la sécurité et la confidentialité des enregistrements ou des paiements électroniques. Enfin, certains pays – dont tous ne disposent pas d'un cadre général pour le commerce électronique et les opérations électroniques¹² – ont adopté des dispositions détaillées sur les communications électroniques dans le processus de passation des marchés¹³.

13. En conséquence, le Groupe de travail estimera peut-être que, pour un traitement approprié des questions soulevées par l'utilisation des communications électroniques dans le cadre de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, il faudra sans doute davantage qu'un simple renvoi aux dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ou de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques¹⁴. Il est donc proposé que le Groupe de travail insère des dispositions fondées sur les textes relatifs au commerce électronique élaborés par la CNUDCI tout en les modifiant pour les adapter à la passation des marchés publics dans la Loi type révisée.

III. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés

14. À sa sixième session, le Groupe de travail a été informé du fait que la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés pouvait assurer à ces dernières une diffusion plus large que les méthodes traditionnelles sur support papier, en les rendant plus accessibles à un nombre potentiellement plus grand de fournisseurs. Il a été d'avis que la Loi type devrait encourager la publication par voie électronique des informations qu'elle faisait obligation aux États de publier (A/CN.9/568, par. 21).

15. L'objectif étant de promouvoir l'utilisation et l'application de la Loi type, le Groupe de travail est convenu de préserver la souplesse et de trouver un équilibre entre les dispositions de la Loi, qui traiteraient les questions sur le plan des politiques et des principes, et le Guide pour l'incorporation, qui les aborderait plus en détail, si nécessaire. Il a donc estimé que la Loi type devrait essentiellement se limiter à formuler les principes directeurs de manière appropriée mais que le Guide pour l'incorporation pourrait à toutes fins utiles donner de plus amples indications (A/CN.9/568, par. 24).

16. Le Groupe de travail a noté qu'une question importante était de savoir dans quelle mesure la publication électronique devrait être obligatoire ou facultative, autrement dit si, dans tel ou tel cas, les informations devraient être publiées par des moyens électroniques uniquement ou par des moyens électroniques en sus des méthodes traditionnelles sur support papier. Selon un avis fermement appuyé, la

publication électronique devrait être autorisée, mais à titre facultatif, notamment pour préserver le principe de souplesse et pour tenir compte des différences de situation entre États adoptants (A/CN.9/568, par. 25 et 26). En conclusion, le Groupe de travail a estimé que cette forme de publication devrait demeurer facultative dans le cadre de la Loi type. Il est néanmoins convenu que le Guide pour l'incorporation pourrait donner des indications afin d'aider les législateurs à établir des seuils de maturité technologique et d'accès aux marchés à partir desquels ils pourraient envisager d'imposer l'obligation de publier les informations sous forme électronique (A/CN.9/568, par. 27).

A. Notion d'“électronique” et termes apparentés

17. De par son caractère procédural, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés mentionne, dans plusieurs de ses dispositions, divers types de communications entre les entités adjudicatrices et les fournisseurs ou diverses mesures prises par eux dans le cadre de la procédure de passation ainsi que la forme qu'elles doivent revêtir¹⁵. Bien que, dans la plupart des cas, les expressions employées ne soient pas intrinsèquement liées à un support particulier, le Groupe de travail pourrait juger bon d'insérer, au besoin, des mentions destinées à permettre de communiquer par “des moyens électroniques”.

18. À cette fin, il sera peut-être nécessaire d'indiquer dans la Loi type la signification du mot “électronique” en rapport avec la forme des communications. Une telle définition est importante car ce mot, généralement employé pour qualifier toute information qui n'est pas contenue sur un support matériel, désigne à proprement parler une technologie particulière (utilisant des impulsions électriques). Ainsi, l'imagerie numérique, qui dans l'usage courant, est assimilée à une technique “électronique”, repose sur le stockage optique, qui techniquement n'a rien à voir avec l'“électronique”.

19. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui s'intéresse avant tout à la valeur juridique de l'“information”, ne définit pas la notion d'“électronique”, une telle définition étant inutile puisqu'elle se trouve incorporée dans la notion de “message de données”. En effet, son article 2 a) définit le “message de données” comme “l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie”. Comme l'explique le paragraphe 30 du Guide pour l'incorporation, la notion de “message de données” telle qu'employée dans la Loi type ne se limite pas aux données communiquées mais englobe aussi les données enregistrées sur ordinateur qui ne sont pas destinées à être communiquées.

20. Bien que la notion de “message de données”, telle qu'employée dans le contexte général de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, fournisse des indications utiles sur les techniques devant être visées par toute disposition destinée à promouvoir l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, elle ne sera peut-être pas directement transposable dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Il vaudrait probablement mieux insérer une définition générale de la notion

d'«électronique», qui pourrait qualifier soit le support utilisé pour stocker l'information (par exemple «document électronique») soit le moyen utilisé pour transmettre l'information («publication par voie électronique»).

21. Un autre élément important à prendre en considération est la notion d'«écrit» ou d'«enregistrement». La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ne définit pas ces termes, car elle s'appuie sur l'interprétation qui leur est donnée dans d'autres lois. Une telle définition n'est pas nécessaire non plus car la Loi type n'établit aucune exigence de forme¹⁶. Dans certains pays, la législation autorise l'utilisation de communications électroniques chaque fois qu'un document écrit est exigé¹⁷. Du fait, toutefois, que plusieurs dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés fixent diverses conditions de forme et que les entités adjudicatrices ne pourront peut-être pas toujours considérer la forme électronique comme satisfaisant à toutes ces conditions ou à certaines d'entre elles, il importera sans doute de conserver dans la Loi type une distinction entre les «documents papier» ou «communications sur papier» et leurs équivalents électroniques.

22. Sous réserve des définitions ou éclaircissements supplémentaires qu'il pourrait juger nécessaires au vu de ses délibérations, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'insérer, à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, de nouvelles définitions dont le projet de texte figure dans l'additif à la présente note, publié sous la cote A/CN.9/WG.1/WP.34/Add.2.

B. Publication des lois, règles et règlements régissant la passation des marchés

23. À sa sixième session, le Groupe de travail a examiné: a) la publication électronique des textes juridiques mentionnés à l'article 5 de la Loi type; et b) la question de savoir si d'autres informations non visées par l'article 5, telles que des politiques ou instructions internes, devraient entrer dans le champ d'application de la Loi type.

1. Publication électronique des textes juridiques mentionnés à l'article 5 de la Loi type

24. L'article 5 de la Loi type énonce un principe général d'accessibilité selon lequel le texte de la Loi elle-même ainsi que «des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi» est «promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour». À sa sixième session, le Groupe de travail a constaté que cette disposition semblait avoir une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication – électronique ou sur support papier – puisqu'elle traitait la question du point de vue de l'accessibilité (A/CN.9/568, par. 22).

25. Il pourrait néanmoins être utile de prévoir clairement dans la Loi type la possibilité de diffuser ces informations par voie électronique. Ayant généralement exprimé le souhait que les communications électroniques soient autorisées, mais non imposées, et qu'elles ne se substituent pas aux autres modes de publication, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'article 5 de la Loi type de la

CNUDCI sur la passation des marchés pourrait être modifié de manière à se référer à la possibilité de diffuser simultanément les informations par voie électronique (un projet de modification est proposé dans l'additif à la présente note, publié sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2).

26. De fait, un certain nombre de pays utilisent de plus en plus les moyens électroniques pour publier des lois, des règlements et d'autres informations analogues d'intérêt général¹⁸. Les lois, les règlements et, parfois, les décisions judiciaires et d'autres informations similaires d'intérêt général sont généralement placés dans des bases de données accessibles par Internet. Cependant, l'étendue de la diffusion, la qualité et le niveau d'accès ainsi que la quantité d'informations fournies varient sensiblement d'un cas à l'autre. Le plus souvent, toutes les informations sont accessibles gratuitement. Dans certains pays, toutefois, elles ne le sont qu'aux abonnés à un prestataire de services¹⁹. La technologie utilisée n'est pas uniforme non plus: la diffusion des informations repose dans la plupart des cas sur des solutions Internet mises au point par des organismes publics, mais aussi parfois sur d'autres types de réseaux²⁰.

27. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail pourrait envisager d'employer un terme général qui ne soit pas spécifiquement lié à une technologie ou à un procédé particulier, tel que "système d'information électronique accessible au public", lequel pourrait recouvrir différents moyens tels que l'Intranet, les sites Internet ou les bases de données électroniques internes accessibles au public. Le terme proposé aurait en outre l'avantage de s'inspirer de la terminologie qui est employée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et qui a été reprise dans la législation de plusieurs pays ayant incorporé cette Loi dans leur droit interne. Le terme "système d'information" est défini à l'article 2 f) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique comme "un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données"²¹. Un projet de définition est proposé dans l'additif à la présente note, qui est publié sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Une autre solution possible serait de ne pas définir le terme dans la Loi type mais d'en expliquer la signification dans le Guide pour l'incorporation.

28. Une autre question que le Groupe de travail souhaitera peut-être aborder est celle de savoir s'il serait souhaitable de fournir dans le Guide pour l'incorporation des indications sur la valeur de la publication électronique des lois et règlements. L'état actuel des publications électroniques fait que les informations ne sont pas encore universellement accessibles. Comme il a été indiqué plus haut, l'obligation de payer un abonnement peut également entraver l'accès aux informations. De plus, même dans les pays avancés sur le plan technologique, les bases de données législatives sont parfois incomplètes et contiennent des textes qui ne remontent qu'à un certain nombre d'années. Les organismes chargés de les tenir à jour limitent généralement leur responsabilité en indiquant que les textes législatifs et autres fournis sous forme électronique, en particulier lorsque le fichier électronique n'est pas un fac-similé du texte original imprimé, ne font pas foi²². Dans la plupart des cas, les lois et règlements sont publiés sous forme électronique à des fins d'information uniquement. Certains pays envisagent néanmoins de rendre la publication électronique et la publication sur papier juridiquement équivalentes²³.

2. Autres renseignements devant être publiés

29. En ce qui concerne le contenu des informations à publier, le Groupe de travail a noté qu'il devrait examiner plus avant si d'autres renseignements intéressant les fournisseurs potentiels, dont la Loi type n'exige pas la publication actuellement, tels que les politiques ou instructions internes sur la conduite de la procédure de passation (voir A/CN.9/568, par. 28), pourraient être mentionnés dans une nouvelle disposition ou recommandation.

30. Étant donné que ces renseignements sont de nature substantielle et ne sont pas simplement une conséquence de l'utilisation des communications électroniques, le secrétariat examine actuellement la pratique suivie dans les régimes internes de passation des marchés et fera part au Groupe de travail des résultats de son examen en temps utile. Toutefois, aucune disposition particulière ne devrait en principe être nécessaire pour la publication électronique de ces renseignements (par opposition à d'autres formes de publication), le secrétariat proposant d'insérer simplement des mentions appropriées à ce sujet dans l'actuel article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, une fois que le Groupe de travail se sera entendu sur la nature des renseignements en question.

C. Publication des possibilités de marchés

31. Le degré d'utilisation des moyens électroniques pour diffuser des informations relatives à la passation des marchés étant variable, il serait utile que le Groupe de travail distingue entre deux types de publications, à savoir: a) d'une part, la publication d'informations générales sur les possibilités de marchés à venir et b) d'autre part, la publication d'invitations à participer à des procédures de passation particulières.

32. Cette distinction se justifie par le fait que les informations mentionnées au point a) ci-dessus ne présentent habituellement aucun caractère contraignant et ont une finalité générale, par exemple favoriser une meilleure planification de la passation des marchés publics ou permettre aux fournisseurs potentiels de prendre des dispositions préalables pour participer aux procédures de passation à venir. La Loi type n'exige pas actuellement la publication de ces informations. Les invitations visées au point b) ci-dessus, quant à elles, diffèrent considérablement des informations générales relatives aux possibilités de marchés, car elles constituent la base sur laquelle sera conduite la procédure de passation et donnent naissance à des droits et obligations qui s'imposent tant aux entités adjudicatrices qu'aux fournisseurs. Il est admis toutefois que, dans la pratique, les dispositions ou recommandations législatives élaborées par les organisations internationales sur la publication électronique des possibilités de marchés, souvent formulées en termes généraux, ne distinguent pas toujours entre ces deux types de publications.

1. Informations générales sur les possibilités de marchés à venir

33. À sa sixième session, le Groupe de travail a noté que l'article 24 de la Loi type se référait à la publication d'invitations à participer à une procédure de passation particulière, telles qu'une invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection, mais qu'aucune disposition équivalente n'était prévue

pour les étapes antérieures du processus de passation, telles que la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (A/CN.9/568, par. 28).

34. Plusieurs pays publient fréquemment des informations préalables sur des projets futurs ou des informations générales sur les possibilités de marchés avec des entités particulières. En règle générale, les entités adjudicatrices publient régulièrement (par exemple une fois par an) des informations générales sur leurs besoins en biens et services prévus pour la période considérée, sans engagement de leur part d'acquiescer effectivement ces biens ou services. Ces informations sont de plus en plus souvent diffusées par voie électronique et peuvent figurer sur le site Web de l'entité adjudicatrice concernée ou sur des systèmes électroniques centralisés regroupant plusieurs entités.

35. L'Union européenne dispose d'un système centralisé de publication et de traduction pour tous ses États membres qui doit être utilisé pour tous les marchés réglementés, dont un avis est publié au *Journal officiel de l'Union européenne*, disponible sous forme électronique uniquement (sur Internet et sur CD-ROM). Toutefois, les entités peuvent faire paraître des avis supplémentaires dans d'autres publications et le font généralement (souvent sur support papier et sur support électronique également). Le régime de l'Union européenne exige actuellement²⁴ que les entités publient des avis généraux de possibilités de marchés lorsque leurs achats de certains groupes de produits ou catégories de services dépassent un montant spécifié (égal ou supérieur à 750 000 euros) ainsi que des préavis des principaux projets de travaux²⁵.

36. L'Accord sur les marchés publics (ci-après "AMP")²⁶, négocié sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), et l'Accord de libre-échange nord-américain ("ALENA")²⁷ énumèrent pour chaque État les publications dans lesquelles doivent paraître les avis de marchés, sans énoncer d'exigences particulières ni de principes généraux concernant le mode de publicité.

37. Les principes non contraignants sur les marchés publics de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) indiquent que les informations sur les possibilités de marchés devraient être diffusées sur un support aisément accessible dont la consultation serait gratuite ou facturée à un prix raisonnable, par exemple sur Internet²⁸. Ils précisent également que la publication sur Internet d'informations relatives aux marchés est un moyen d'assurer l'application du principe de non-discrimination énoncé par le Groupe, car elle permet à ces informations d'être instantanément accessibles à tous les fournisseurs intéressés²⁹.

38. La publication d'informations préalables sur des projets futurs et d'informations générales sur des possibilités de marchés n'est pas le seul fait des entités adjudicatrices dont les activités de passation sont régies par un régime multilatéral ou régional, ni celui des pays développés. En effet, les pays en développement ont de plus en plus recours à la publication électronique d'informations relatives à la passation de marchés. Dans certains cas, ces informations figurent sur le site Web de l'entité adjudicatrice concernée et, dans d'autres, sur des systèmes électroniques centralisés³⁰.

39. Les capacités des systèmes de publication électronique varient considérablement d'un pays à l'autre. Certains proposent des résumés seulement tandis que d'autres ont mis au point des bases d'informations qui comprennent des sites Web consultables avec des liens aux possibilités de marchés elles-mêmes³¹.

40. Si le Groupe de travail décide que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés devrait encourager la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir, il devra examiner les questions suivantes:

a) La Loi type devrait-elle imposer la publication de ces informations ou la considérer comme facultative?

b) Un seuil devrait-il être fixé pour la publication de ces informations?

c) La publication sous forme électronique devrait-elle être exigée ou simplement encouragée?

41. L'additif à la présente note (document A/CN.9/WG.1/WP.34/Add.2) contient un projet de nouvelle disposition dans lequel différentes variantes ont été insérées pour traiter ces questions.

2. Invitations à participer à une procédure de passation particulière

42. Dans la pratique interne, la mesure dans laquelle les entités adjudicatrices peuvent recourir à des moyens électroniques pour faire part de leur intention de passer certains marchés de biens ou de services pour satisfaire un besoin particulier varie selon le niveau d'utilisation de l'informatique dans le processus de passation (cette question est traitée plus en détail dans l'additif à la présente note, publié sous la cote A/CN.9/WG.1/WP.34/Add.1, qui est consacré à l'examen de l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés).

43. Les articles ci-après de la Loi type traitent de la publication des invitations à participer à une procédure de passation: en ce qui concerne la procédure d'appel d'offres, l'article 24 (Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection); s'agissant de la méthode principale pour la passation des marchés de services, l'article 37-1 et 2 (Avis de sollicitation de propositions); et pour ce qui est de la passation des marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres, les articles 46-1 (Appel d'offres en deux étapes), 47-2 (Appel d'offres restreint) et 48-2 (Sollicitation de propositions).

44. À sa sixième session, le Groupe de travail a noté que les dispositions de l'article 24 de la Loi type laissaient entendre que la publication des invitations se ferait sur papier. Conscient des avantages potentiels de la diffusion par voie électronique d'informations sur les possibilités de marchés, il est convenu d'envisager différentes solutions pour apporter les modifications appropriées à cet article afin de lever les obstacles à la publication électronique des informations mentionnées dans ce dernier (A/CN.9/568, par. 23). Le secrétariat croit comprendre que la décision du Groupe de travail concernant l'article 24 s'applique *mutatis mutandis* aux autres articles de la Loi type mentionnés au paragraphe 43 ci-dessus.

45. Compte tenu du lien étroit entre la forme des invitations et la conduite de la procédure de passation et du fait que cette forme, en particulier pour ce qui est du choix des destinataires, est étroitement liée à la méthode utilisée pour la passation des marchés, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cette question ainsi que les modifications pouvant être apportées à l'article 24 et à d'autres articles de la Loi type dans le cadre de son débat sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation (voir A/CN.9/WG.1/WP.34/Add.1).

D. Publication des avis d'attribution de marchés et d'autres informations

46. L'article 14 de la Loi type fait obligation aux entités adjudicatrices de publier les avis d'attribution de marchés au-delà d'un certain montant spécifié par l'État adoptant et dispose également que des règlements peuvent indiquer les modalités de cette publication. Cet article semble avoir une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication, électronique ou autre. Cependant, afin d'encourager l'utilisation de la publication électronique des avis d'attribution de marchés, dont on estime qu'elle contribue à accroître la transparence, le Groupe de travail jugera peut-être utile de mentionner expressément la publication électronique à l'article 14 de la Loi type, comme cela a été suggéré pour l'article 5 (voir ci-dessus par. 24 à 28). Un projet de modification de l'article 14 est proposé dans l'additif à la présente note, publié sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

47. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait prévoir dans la Loi type une disposition pour la publication sous forme électronique d'autres informations que la Loi ne fait actuellement pas obligation aux États de publier (telles que des informations sur l'état d'avancement d'une procédure de passation en cours) ou s'il faudrait mentionner l'utilité d'une telle publication dans le Guide pour l'incorporation.

Notes

- ¹ Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I (texte également publié dans: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Annuaire* (ci-après "*Annuaire de la CNUDCI*"), vol. XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I). La Loi type est également disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (<http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf>).
- ² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 229.
- ³ *Ibid.*, *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 81 et 82.
- ⁴ Pour le texte du 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, voir document A/CN.9/403, reproduit dans: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Annuaire*, vol. XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe II.
- ⁵ Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I (également publié dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII: 1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne ont été publiés sous la forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm-F.htm>).
- ⁶ États-Unis d'Amérique (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, Public Law 106-229, 30 juin 2000, art. 102 b)).

- ⁷ C'est le cas, par exemple, en France (voir Loi n° 2000-230, du 13 mars 2000, *Journal officiel*, 14 mars 2000) et au Mexique (voir *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código civil para el Distrito Federal* du 26 avril 2000).
- ⁸ Au sein de l'Union Européenne, le commerce électronique, y compris les signatures électroniques, et les marchés publics sont soumis à un régime harmonisé défini par des directives du Parlement européen et du Conseil. Le commerce électronique et les signatures électroniques sont régis par deux directives différentes (Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("Directive sur le commerce électronique"), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1; et Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ("Directive sur les signatures électroniques"), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 13 du 19 janvier 2000, p. 12). Si la deuxième directive mentionne expressément l'utilisation des signatures électroniques dans le secteur public, sous réserve d'"exigences supplémentaires éventuelles" (voir art. 3-7), la première n'indique pas clairement dans quelle mesure ses dispositions peuvent être appliquées dans le secteur public. Les règles harmonisées de passation des marchés récemment adoptées contiennent, quant à elles, des dispositions expresses sur la passation électronique (voir Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114), articles 33, 36-3, 42 et 54).
- ⁹ Australie (Electronic Transactions Act, 1999); Irlande (Electronic Commerce Act, 2000); et Nouvelle-Zélande (Electronic Transactions Act, 2002).
- ¹⁰ Inde (Information Technology Act, 2000, art. 4 à 10); Irlande (Electronic Commerce Act, 2000, art. 12); Maurice (Electronic Transactions Act, 2000, art. 40); Philippines (Electronic Commerce Act, 2000, art. 27 à 29); et Singapour (Electronic Transactions Act, 1998, art. 47).
- ¹¹ République de Corée (Loi cadre sur le commerce électronique, 1999, art. 27); Thaïlande (Electronic Transactions Act, 2001, art. 35); et Venezuela (*Decreto n° 1024 de 10 de febrero de 2001 – Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*, art. 3).
- ¹² Par exemple, le Brésil n'a pas de législation générale sur le commerce électronique ou sur la valeur juridique des communications électroniques, mais a adopté des lois spécifiques sur certaines applications de l'informatique dans la passation des marchés, telles que les enchères électroniques inversées et les catalogues électroniques (voir Loi n° 10520 du 17 juillet 2002 (accessible à l'adresse https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm) et décret n° 3697 du 21 décembre 2000 (accessible à l'adresse https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3697.htm)).
- ¹³ Outre une législation générale sur le commerce électronique (Electronic Commerce Act, 2000), les Philippines ont adopté des règles spécifiques concernant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés (voir Republic Act (loi de la République) n° 9184, également intitulée "Government Procurement Reform Act", accessible à l'adresse <http://www.procurementservice.net/English/AboutEPS/RepublicAct9184-GPRA.pdf>), et son règlement d'application, accessible à l'adresse [http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184\(July%2011,%202003\).pdf](http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184(July%2011,%202003).pdf)).
- ¹⁴ Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17)*, annexe II. La Loi type et le Guide pour son incorporation ont été publiés sous la forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-eleccsign.pdf>).
- ¹⁵ Par exemple, "accepter", "adresser à", "prier", "approuver", "faire savoir", "exiger", "communiquer", "solliciter", "donner la possibilité", "informer", "donner", "décider", "rejeter", "consigner", "obtenir", "modifier", "oublier un additif", "rendre une décision", "inviter", "engager une procédure", "expédier", "fournir", "renvoyer" (les offres reçues après la date

limite), “recevoir”, “confirmer”, “faire proroger”, “retirer”, “mettre fin”, “envoyer”, “demander”, “autoriser”, “accorder”, “recommander”, “débouter”, “annuler”, “réviser”, “ordonner”, “participer”, “remettre”, “divulguer”, “révéler”, “engager l’action”, “certifier”, “promptement”, ainsi que d’autres termes comme “dossier” ou “pièces”.

- ¹⁶ Le Guide pour l’incorporation indique cependant qu’une définition d’“enregistrement” reprenant les caractéristiques d’un “écrit” mentionnées à l’article 6 pourrait être ajoutée dans les États où cela semblerait nécessaire (*Guide pour l’incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4), par. 30).
- ¹⁷ En Lituanie, l’article 2-16 de la Loi n° IX-1217 du 3 décembre 2002 sur les marchés publics, qui autorise l’utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, contient une définition d’“écrit” qui englobe les informations stockées et transmises par voie électronique. Une disposition similaire figure à l’article 3 de la Loi de la République du Monténégro sur les marchés publics (*Journal officiel du Monténégro*, n° 40/2001). Une traduction anglaise des deux lois est disponible au secrétariat.
- ¹⁸ On trouvera une liste de liens vers les versions en ligne de tous les journaux officiels publiés dans le monde à l’adresse <http://www.lib.umich.edu/govdocs/gazettes/>. Pour des liens vers des sites européens officiels, voir <http://forum.europa.eu.int/irc/opoce/ojf/info/data/prod/html/gaz1.htm>.
- ¹⁹ Par exemple, l’Afrique du Sud (http://origin.sundayobserver.lk/2001/pix/gov_gazette.html).
- ²⁰ Par exemple, à Sri Lanka (http://origin.sundayobserver.lk/2001/pix/gov_gazette.html) et en Thaïlande (<http://library2.tu.ac.th/gazette/index.html>).
- ²¹ Comme l’explique le Guide pour l’incorporation, un système d’information pourrait, dans certains cas, désigner “un réseau de communication” et, dans d’autres “une boîte aux lettres électronique ou même un télécopieur” (*Guide pour l’incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4), par. 40).
- ²² La page d’accueil du journal officiel portugais (*Diário da República-DRE*), par exemple, indique que la consultation des bases de données du journal officiel ne dispense pas de lire l’original (<http://dre.pt/>).
- ²³ En Inde, par exemple, l’article 8 de la loi intitulée “Information Technology Act, 2000”, prévoit que lorsqu’une loi exige la publication au journal officiel d’une règle, d’un règlement, d’une ordonnance, d’un arrêté, d’un avis, ou d’un autre texte, cette exigence est réputée remplie si le texte en question est publié au journal officiel ou au journal électronique.
- ²⁴ L’article 35 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 (*Journal officiel de l’Union européenne*, n° L 134, 30 avril 2004, p. 114), que les États membres de l’Union doivent mettre en application au plus tard le 31 janvier 2006, prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent continuer de publier les avis de préinformation sur les possibilités de marchés dont la valeur est égale ou supérieure à un seuil spécifié dans le *Journal officiel de l’Union européenne* mais que cette publication n’est obligatoire que lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont recours à la faculté de réduire les délais de réception des offres conformément à l’article 38-4 de la Directive.
- ²⁵ Un tel avis de préinformation n’engage pas le pouvoir adjudicateur à conclure effectivement les marchés pour le montant estimé. En Allemagne, le paragraphe 17a de la communication intitulée *Bekanntmachung der Neufassung der Verdingungsordnung für Leistungen*, du 17 septembre 2002, explique ce qui suit: “Les pouvoirs adjudicateurs publient le plus rapidement possible après le début de l’exercice budgétaire des avis non contraignants contenant des informations sur tous les marchés prévus pour les douze prochains mois d’un montant respectif d’au moins 750 000 euros” (*Bundesanzeiger* n° 216a, 20 novembre 2002).
- ²⁶ Texte accessible à l’adresse http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf. Au moment où le présent document a été rédigé (décembre 2004), les États et régions ci-après étaient parties

à l'Accord: Canada, Communautés européennes (à savoir ses 25 États membres: Allemagne, Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Slovénie et Suède), Corée, États-Unis, Hong Kong (Chine), Islande, Israël, Japon, Liechtenstein, Pays-Bas (pour Aruba), Norvège, Singapour et Suisse. D'après les informations communiquées par l'OMC, un certain nombre de pays négocient actuellement leur accession à l'AMP et un certain nombre de gouvernements et d'organisations internationales ont le statut d'observateur (voir http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm).

- ²⁷ Texte disponible à l'adresse http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?articleID=309. L'AENA comprend le Canada, les États-Unis et le Mexique.
- ²⁸ Principes non contraignants sur les marchés publics du Groupe d'experts sur les marchés publics de l'APEC, par. 3 et 7 (accessibles à l'adresse http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.downloadlinks.0001.LinkURL.Download.ver5.1.9).
- ²⁹ Ibid., par. 72.
- ³⁰ Aux Philippines, par exemple, l'article 8 de la Loi de la République n° 9184 prévoit l'existence d'un portail unique qui sera la source principale d'information sur tous les marchés publics (texte accessible à l'adresse <http://www.procurement-service.net/English/AboutEPS/RepublicAct9184-GPRA.pdf>). L'article 8.2.1 du Règlement d'application de cette loi (accessible à l'adresse [http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184\(July%2011,%202003\).pdf](http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184(July%2011,%202003).pdf)) dispose en outre que le système de passation électronique des marchés publics prévu par la Loi disposera d'un système électronique centralisé d'affichage des possibilités, avis, attributions et motifs d'attribution de marchés. Toutes les entités adjudicatrices sont tenues d'afficher toutes les possibilités de marchés, les résultats des appels d'offres et d'autres informations connexes sur ce système.
- ³¹ Par exemple, les États-Unis (<http://www.gpoaccess.gov/about/services.html>).