



Assemblée générale

Distr.: Limitée
19 juillet 2005

Français
Original: Anglais

ⁱⁱ
**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Huitième session
Vienne, 7-11 novembre 2005

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – propositions de textes sur 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	1-3	3
II. Lignes directrices fixées par le Groupe de travail pour réviser le texte de la Loi type et celui du Guide pour l'incorporation afin de prévoir l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés	4-23	3
A. Portée et étendue des modifications à apporter à la Loi type et au Guide pour l'incorporation	4-13	3
1. Remarques générales.....	4-11	3
2. Phase d'administration et d'exécution des marchés dans le processus de passation.....	12-13	5
B. 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 – articulation avec le droit du commerce électronique et d'autres droits	14-23	6



1.	Remarques générales.....	14-19	6
2.	Texte sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés pouvant figurer dans le Guide pour l'incorporation.....	20-23	7
a)	Remarques générales.....	20-23	7
b)	Texte proposé.....		8
i)	Présentation des dispositions introduisant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation.....		8
ii)	Articulation entre la législation relative aux procédures dématérialisées et la législation sur le commerce électronique.....		9
iii)	Comment permettre l'utilisation des communications électroniques dans la Loi type révisée.....		11
III.	Projet de texte proposé pour la Loi type révisée afin de permettre l'utilisation des communications électroniques durant le processus de passation des marchés.....	24-32	13
A.	Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents.....	24-29	13
1.	Remarques générales.....	24	13
2.	Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 <i>bis</i> sur l'équivalence fonctionnelle.....	25	13
3.	Commentaire.....	26-29	15
B.	Critères d'accessibilité.....	30-32	16
1.	Proposition de nouveau texte, pour insertion dans la Loi type: nouvel article 5 <i>bis</i> sur les critères d'accessibilité.....	30	16
2.	Commentaire.....	31	17
3.	Nouveau texte concernant l'article 4 <i>bis</i> ou 5 <i>bis</i> de la Loi type proposé pour insertion dans le Guide pour l'incorporation.....	32	17

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type sur la passation des marchés" ou "Loi type")¹ est présenté aux paragraphes 5 à 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.37, dont celui-ci sera saisi, pour examen à sa huitième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, s'il y a lieu, afin de tenir compte des évolutions récentes dans la passation des marchés publics, notamment de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique.

2. À sa septième session (New York, 4-8 avril 2005), le Groupe de travail a abordé les sujets suivants: la publication et la communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés, d'autres aspects découlant de l'utilisation des moyens électroniques de communication dans le processus de passation (tels que les conditions de cette utilisation), les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses (voir, pour plus de détail, le document A/CN.9/575). Il a prié le secrétariat de préparer des propositions de textes sur ces sujets pour examen à sa huitième session et de présenter une étude comparative sur l'utilisation des accords-cadres (A/CN.9/568, par. 78, et A/CN.9/575, par. 9).

3. Le Groupe de travail trouvera ci-après, pour examen, des projets de dispositions régissant l'utilisation des moyens électroniques de communication dans le processus de passation, y compris les conditions de cette utilisation. Des propositions de textes sur la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, ainsi que les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses lui seront présentées dans d'autres documents de travail (A/CN.9/WG.I/WP.39 et A/CN.9/WG.I/WP.40). Comme l'a également demandé le Groupe de travail à sa septième session, le secrétariat abordera la question des accords-cadres dans deux autres documents de travail (A/CN.9/WG.I/WP.41 et A/CN.9/WG.I/WP.42, respectivement).

II. Lignes directrices fixées par le Groupe de travail pour réviser le texte de la Loi type et celui du Guide pour l'incorporation afin de prévoir l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés

A. Portée et étendue des modifications à apporter à la Loi type et au Guide pour l'incorporation

1. Remarques générales

4. Le Groupe de travail a réaffirmé que les principes régissant les marchés publics devraient figurer dans le texte révisé de la Loi type et que des orientations appropriées sur leur application devraient être fournies dans son Guide pour l'incorporation (A/CN.9/568, par. 24, et A/CN.9/575, par. 11).

5. Cette approche s'inscrit dans la continuité de celle qui avait été suivie lors de l'adoption de la Loi type et de son Guide pour l'incorporation en 1994. Le paragraphe 12 du Guide, dans la partie intitulée "Une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés" indique ce qui suit:

"La Loi type vise à énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation des marchés dans les divers types de circonstances que pourront rencontrer les entités adjudicatrices. Toutefois, il s'agit d'une loi-cadre n'énonçant pas toutes les règles qu'il faudra sans doute adopter pour mettre en œuvre ces procédures dans un État. C'est pourquoi elle suppose l'adoption par les États d'une "réglementation des marchés" précisant dans le détail les procédures à suivre pour l'application des méthodes autorisées par la Loi type, compte tenu de la situation particulière ou de l'évolution de la situation dans chaque État – sans que soient compromis les objectifs de la Loi type."

6. Lorsqu'il a examiné la portée des modifications à apporter au texte de la Loi type, le Groupe de travail a tenu compte de son double objectif d'actualisation et de simplification – mais aussi de plus grande précision – du texte ainsi que des effets que ces modifications auraient sur les pays qui s'étaient inspirés de la Loi type actuelle pour élaborer leur législation sur les marchés (A/CN.9/575, par. 10). En conséquence, il a exprimé le souhait de ne pas réviser le texte actuel de la Loi type plus que cela n'était raisonnablement nécessaire pour atteindre son objectif.

7. Le paragraphe 7 du Guide pour l'incorporation, dans la partie intitulée "Objet du Guide", indique ce qui suit:

"Les informations présentées dans le Guide visent à expliquer pourquoi les dispositions de la Loi ont été retenues à titre de caractéristiques minimales essentielles d'une législation moderne des marchés conçue en fonction des objectifs énoncés dans le préambule de la Loi. Ces informations peuvent aussi aider les États à exercer les options qu'offre la Loi type ainsi qu'à examiner, le cas échéant, les dispositions de la Loi qu'il conviendrait de modifier pour tenir compte de conditions propres à tel ou tel État; [...] étant donné que la Loi type est une loi "cadre" n'offrant qu'une ossature minimale consistant en des dispositions essentielles et prévoyant la publication d'une réglementation des marchés, le Guide recense et examine les domaines qui pourraient être traités par la réglementation plutôt que par la loi."

8. S'agissant de la nature et du degré de détail des orientations à fournir, et lorsqu'il a examiné la question des procédures dématérialisées, le Groupe de travail a noté combien il importait que la CNUDCI formule des lignes directrices pour assurer la cohérence de la réglementation des marchés dans différents pays. Il a également émis la crainte qu'en l'absence de telles lignes directrices des pratiques s'écartant des principes de la Loi type et incompatibles avec eux ne se développent (A/CN.9/575, par. 61).

9. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner s'il conviendrait d'élargir la portée du Guide pour l'incorporation afin que non seulement il continue à remplir ses fonctions énoncées au paragraphe 7 ci-dessus, mais qu'il réponde aussi à la crainte exprimée au paragraphe précédent. Il jugera peut-être utile que le Guide fournisse plus de détails, sous forme de commentaire voire de projet de texte, sur la réglementation que les États pourraient adopter, par exemple lorsqu'ils introduiront

ou autoriseront les communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/568, par. 38). Dans ce cas, il faudra peut-être aussi que le Guide, dans sa version révisée, emploie des termes plus prescriptifs que dans sa version actuelle (voir également par. 23 ci-dessous). Le Guide aborderait alors de façon assez détaillée les procédures pratiques et devrait peut-être prévoir la possibilité de modifier ces procédures à mesure que de nouvelles technologies et de nouveaux modes opératoires apparaissent.

10. Le Groupe de travail pourrait envisager, en vue d'aider les responsables de la passation des marchés dans les États adoptants, d'aborder ces procédures pratiques dans le Guide pour l'incorporation en s'intéressant aux questions qui se posent aux entités adjudicatrices en tant que parties contractantes à un marché. À cet égard, la Chambre de commerce internationale (CCI) a publié un Guide sur la conclusion de contrats par voie électronique (Guide to Electronic Contracting) ainsi que les Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques (ICC e-Terms 2004)², qui ont pour objet d'accroître la sécurité juridique des contrats conclus par voie électronique. Du fait que ces questions sortent strictement du champ d'application de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la possibilité de se référer à d'autres publications qui les traitent, telles que le Guide de la CCI.

11. Compte tenu de l'importance des ajouts susceptibles d'être apportés au Guide pour l'incorporation, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait d'élaborer un nouveau Guide (qui serait éventuellement intitulé "Guide pour l'incorporation et l'utilisation") ou d'inclure ces ajouts dans le texte actuel sous forme d'additifs. En vue de l'aider à décider de la forme que devrait revêtir le Guide révisé, le secrétariat présente ci-dessous une proposition pour le texte sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, qui pourrait figurer dans le Guide (voir après le paragraphe 20 ci-dessous). Le Groupe de travail voudra peut-être considérer ce texte comme un exemple de la manière dont la version révisée du Guide pourrait être présentée.

2. Phase d'administration et d'exécution des marchés dans le processus de passation

12. La Loi type aborde les procédures à suivre lors de l'attribution d'un marché. Comme l'indique le paragraphe 10 du texte actuel du Guide pour l'incorporation:

“La Loi type énonce les procédures que les entités adjudicatrices doivent suivre pour le choix des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels conclure un marché. La Loi type ne vise pas la phase d'exécution du marché. On n'y trouvera donc pas de dispositions sur des questions liées à l'exécution du marché telles que l'administration du marché, le règlement des litiges relatifs à son exécution ou la résiliation du marché. C'est à l'État qui adopte la Loi type qu'il appartient de veiller à ce qu'il y ait des lois et structures appropriées pour régler la phase d'exécution du processus de passation des marchés.”

13. Eu égard aux commentaires généraux ci-dessus concernant la portée de la Loi type et du Guide pour l'incorporation, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la phase d'administration et d'exécution des marchés devrait être traitée dans ces textes (voir également par. 78 du document A/CN.9/WG.I/WP.36), de manière également à répondre à la crainte émise au paragraphe 8 ci-dessus. La présente note ne propose pas de modifications à apporter éventuellement à la Loi

type et au Guide pour l'incorporation si cet aspect de la passation des marchés était abordé, ce qui pourrait s'avérer nécessaire.

B. 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 – articulation avec le droit du commerce électronique et d'autres droits

1. Remarques générales

14. À sa septième session, le Groupe de travail a décidé de consacrer ses délibérations futures à la forme des communications dans le processus de passation des marchés afin de poser un principe général d'équivalence fonctionnelle dans l'utilisation de communications dans la passation (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 13 et A/CN.9/575, par. 11)³. C'est sur ce principe qu'est fondée la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)⁴ ("Loi type sur le commerce électronique").

15. Le paragraphe 16 du Guide pour l'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique énumère les fonctions d'un document comme suit: "[un document devrait être] lisible par tous; inaltérable; permettre la reproduction [...] de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, [se présenter] sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux."

16. L'approche reposant sur l'équivalence fonctionnelle consiste à admettre que l'exigence légale des documents papier, qui remplissent les fonctions précitées, constitue le principal obstacle à l'utilisation des communications électroniques, du fait que ces dernières risquent de ne pas jouir du même degré de sécurité contractuelle et de reconnaissance juridique que les communications papier. La loi peut exiger par exemple la présentation de documents sous "forme écrite", ou sous "forme originale" ou encore la production de "preuves documentaires". Le principe de l'équivalence fonctionnelle vise à faire en sorte que tous les documents aient le même degré de sécurité contractuelle et de reconnaissance juridique.

17. Le Groupe de travail a également exprimé le souhait que les dispositions de la Loi type sur la passation des marchés soient technologiquement neutres pour les mêmes raisons que celles énoncées au paragraphe 24 du Guide pour l'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique:

"L'approche retenue dans la Loi type [sur le commerce électronique] consiste à couvrir en principe toutes les situations de fait dans lesquelles une information est créée, conservée ou communiquée, indépendamment du support utilisé pour cette information. On a pensé au cours de l'élaboration de la Loi type [sur le commerce électronique] que l'exclusion de toute forme ou support, qui revêtirait la forme d'une limitation du champ d'application de la Loi type, pourrait soulever des difficultés pratiques et serait contraire à l'intention [énoncée au paragraphe 6 du Guide] d'élaborer des règles véritablement indépendantes du support utilisé."

18. Cependant, le Groupe de travail a aussi noté que certains États adoptants ont déjà pris des dispositions pour aborder, dans leur législation générale, des questions

découlant de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés. En outre, ils ont parfois adopté des règles spéciales pour l'utilisation des communications électroniques dans le secteur public, notamment dans le processus de passation de marchés (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 12). Le Groupe de travail a donc décidé que les questions relevant du droit général du commerce électronique et non du droit des marchés ne devraient pas être traitées dans la Loi type même. C'est à la législation générale d'un État adoptant qu'il appartient de régir les questions soulevées par le commerce électronique en général, et le Groupe de travail ne recommandera pas de dispositions relatives aux communications électroniques pour insertion dans la Loi type à moins que le contexte de la passation des marchés ne l'exige absolument (A/CN.9/575, par. 50).

19. Néanmoins, il ressort des recommandations du Groupe de travail sur le contenu du Guide pour l'incorporation, que ce dernier devrait fournir des orientations aux États adoptants à propos de la législation à adopter en la matière, en examinant par exemple les règles que ceux-ci pourraient veiller à mettre en place afin que les marchés puissent être conclus efficacement à l'aide de communications électroniques et de l'informatique. Ces règles générales pourront dans certains cas être complétées par des règlements sur des questions comme celles prévues aux chapitres II et III de la Loi type sur le commerce électronique intitulés, respectivement "Application des exigences légales aux messages de données" et "Communication de messages de données" (le terme "message de données" est équivalent à celui de "communication électronique")⁵. Le Groupe de travail pourrait donc examiner dans quelle mesure les orientations à fournir devraient traiter ces questions et mentionner d'autres documents, comme la Loi type sur le commerce électronique, qui apportent des solutions.

2. Texte sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés pouvant figurer dans le Guide pour l'incorporation

a) Remarques générales

20. Le Groupe de travail jugera peut-être utile de créer une nouvelle section dans l'introduction du Guide pour l'incorporation afin d'y aborder le contenu des modifications qu'il est prévu d'apporter à la Loi type; l'emplacement approprié de ce nouveau texte dépendra toutefois, dans une certaine mesure, des solutions qu'il retiendra pour les principes régissant l'utilisation des communications électroniques, principes dont s'inspireront les propositions de modification à la Loi type. On trouvera ci-après le texte pouvant servir de base aux orientations à fournir dans le Guide pour l'incorporation, puis les modifications qu'il est envisagé d'apporter à la Loi type même et un commentaire article par article.

21. Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre note des éléments suivants concernant la formulation du texte proposé. Premièrement, pour éviter toute confusion au cours de ses délibérations, la Loi type actuelle est appelée "Loi type de 1994". Deuxièmement, le texte cite des extraits de la Loi type sur le commerce électronique, mais le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si les dispositions de cette dernière doivent être mentionnées et comment lors de l'élaboration du Guide. Troisièmement, des modifications stylistiques et d'autres changements mineurs seront peut-être nécessaires (notamment une terminologie nouvelle pour établir une distinction entre la Loi type de 1994 et la Loi type révisée), afin d'assurer la cohérence interne du Guide lorsque celui-ci sera finalisé.

Quatrièmement, les renvois aux documents de travail et aux rapports du Groupe de travail seront supprimés, mais ils figurent dans les propositions ci-après pour référence lors des délibérations du Groupe de travail. Pour la même raison, le projet de texte comprend et des notes de bas de page, qui pourront également être supprimées dans le texte final. Enfin, selon que le Groupe de travail décidera de réviser le Guide au moyen d'additifs ou en produisant un nouveau Guide, il faudra modifier la numérotation des paragraphes.

22. Le texte se limite strictement aux principaux problèmes posés par l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être déterminer le niveau de détail approprié pour examiner ces problèmes (voir, par exemple, le projet de paragraphe 10, sur la question des signatures électroniques).

23. Si le Guide doit servir à la fois pour l'incorporation et pour l'utilisation de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si certaines de ses orientations devraient revêtir un caractère davantage prescriptif. Aussi, le texte présenté ci-après contient-il, pour examen par le Groupe de travail, des propositions de variantes sur la question du caractère suffisant ou non de la législation générale du commerce électronique dans les États adoptants, ces variantes pouvant revêtir à peu près la forme suivante: "Les États adoptants [souhaiteront également] [souhaiteront peut-être] examiner [si la loi est adéquate]".

b) Texte proposé

i) Présentation des dispositions introduisant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation

1) La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (version de 1994) a été adoptée à une époque où l'utilisation de l'informatique et des communications électroniques était envisagée mais pas encore très répandue. Bien que certaines de ses dispositions rendent possible l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation, la Loi type ne s'attache pas en priorité aux problèmes juridiques posés par l'utilisation de ces technologies et plusieurs de ses dispositions laissent supposer que les communications, l'établissement des procès-verbaux et la production de preuves s'inscrivent en grande partie dans un environnement papier, comme en témoignent les références aux "pièces" et à d'autres concepts analogues, dans les articles 6-2, 7-3 a) iii), 10, 27 c), 36 et 38 f), ainsi que les règles sur la préparation, la modification, le retrait, la soumission et l'ouverture des offres et la conclusion des marchés.

2) Depuis l'adoption de la Loi type en 1994, l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans les marchés publics, notamment le recours à l'Internet dans les procédures de passation des marchés, que le présent Guide désignera sous le terme générique de "procédures dématérialisées", s'est développée rapidement. Il est apparu que les procédures dématérialisées offrent de nombreux avantages potentiels, notamment un meilleur rapport qualité-prix du fait d'une concurrence renforcée sur un marché des achats élargi, une meilleure information des fournisseurs et des entrepreneurs et des techniques plus compétitives, des économies de temps et d'argent, une meilleure administration des marchés

attribués et, dans certains cas, une meilleure application des règles et des politiques et une réduction des risques de corruption et d'abus. Les procédures dématérialisées offrent en outre une excellente occasion de renforcer la confiance du public et la transparence du processus. La CNUDCI considère donc que la Loi type devrait prévoir des dispositions de manière à permettre l'utilisation de ces procédures.

3) Il a cependant été estimé que des règles régissant l'utilisation des procédures dématérialisées seraient peut-être nécessaires pour résoudre certaines questions, à savoir la nouveauté relative des communications électroniques, le risque de discrimination lorsque l'accès à l'infrastructure nécessaire fait défaut, la sécurité, la confidentialité et l'authenticité dans les communications électroniques, et l'impact des méthodes modernes de passation des marchés sur d'autres objectifs socioéconomiques. Les modifications apportées à la Loi type initiale visent à répondre à ces différentes préoccupations et le présent Guide expose les objectifs des modifications elles-mêmes.

4) Bien que certains problèmes posés par les procédures dématérialisées puissent être réglés dans le cadre des dispositions existantes de la Loi type (ou par l'interprétation des lois et règles existantes, y compris comme l'indique le Guide pour l'incorporation), la CNUDCI a révisé le texte de la Loi type afin d'y prévoir des dispositions appropriées ou d'y fournir des précisions lorsque cela était nécessaire et, si possible, afin de promouvoir l'utilisation de ces procédures comme un moyen de favoriser la réalisation des objectifs de la Loi type même.

ii) Articulation entre la législation relative aux procédures dématérialisées et la législation sur le commerce électronique

5) Les procédures dématérialisées sont naturellement tributaires du niveau existant d'utilisation et de réglementation du commerce électronique en général. Le présent Guide mentionnera donc aussi l'articulation entre la législation sur le commerce électronique et celle sur la passation des marchés s'il y a lieu. Il n'est pas recommandé que le droit des marchés régisse le commerce électronique en général; c'est pourquoi la Loi type n'abordera pas les questions qui relèvent de la législation générale sur le commerce électronique. Elle prévoit en revanche des dispositions lorsque le contexte de la passation des marchés exige des mesures supplémentaires (par exemple pour la soumission des offres). Compte tenu de ce qui précède, les États adoptants voudront peut-être s'assurer que leur législation régissant l'utilisation du commerce électronique prévoit effectivement une reconnaissance adéquate des communications électroniques et traite des aspects exposés dans les paragraphes suivants. Pour la commodité des États adoptants, les solutions que la CNUDCI a apportées dans son principal texte sur le commerce électronique (la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)) sont également présentées ci-après^a.

^a 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 Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXVII: 1996

6) L'une des principales entraves à l'utilisation des communications électroniques est de nature juridique: à savoir l'incertitude quant à la reconnaissance, la validité ou la force exécutoire des communications électroniques créées lors du processus contractuel. Peuvent constituer un obstacle l'exigence de communications et de documents "écrits" ou "originaux", les formalités de formation des contrats et les critères de recevabilité des éléments de preuve devant un tribunal (A/CN.9/568, par. 30, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 44). La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique vise à permettre la réalisation d'opérations commerciales par voie électronique en supprimant ces obstacles juridiques et en sécurisant ainsi l'utilisation des communications électroniques.

7) Pour ce faire, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pose un principe général d'équivalence fonctionnelle entre les communications, de sorte que les communications électroniques jouissent de la même reconnaissance que les documents sur support papier traditionnel. Le paragraphe 16 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de cette Loi type décrit plus en détail les fonctions remplies par les documents, y compris les communications. Ces fonctions devraient notamment être les suivantes: "fournir un document lisible par tous; fournir un document inaltérable; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, assurer que le document se présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux."

8) Les articles 5, 6 et 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique prévoient en substance l'équivalence fonctionnelle entre communications sur papier et communications électroniques, en abordant la question de la "reconnaissance juridique des messages de données [communications électroniques], ainsi que les notions d'"écrit" et d'"original". Ces dispositions, qui doivent être lues conjointement, ont pour effet combiné de conférer aux communications électroniques le même degré de reconnaissance et de validité juridiques qu'aux communications sur papier – en somme, les deux types de communications sont fonctionnellement équivalentes.

9) La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique traite ces questions comme suit:

a) Article 5: "L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données". Dans son commentaire de l'article, le Guide pour l'incorporation précise que "l'article 5 indique seulement que la forme sous laquelle une certaine information est présentée ou conservée ne peut être invoquée comme unique raison pour laquelle cette information n'aurait aucune valeur légale, validité ou force exécutoire. L'article 5, toutefois, ne devrait pas

(publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés sous 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 à l'adresse <<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm-f.htm>>.

être interprété à tort comme établissant la valeur légale de tout message de données ou de toute information qu'il renferme";

b) Article 6: "Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement." Le commentaire précise que "[l]'article 6 vise à définir la norme de base à laquelle doit satisfaire un message de données pour pouvoir être considéré comme répondant à l'exigence qui peut découler d'un texte de loi ... en vertu duquel l'information doit être conservée ou présentée par écrit (ou en vertu duquel l'information doit figurer dans un "document" ou un autre instrument ayant un support papier)"; et

c) Article 8: "Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence: a) s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et b) si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée." Le commentaire explique que, bien que la notion d'"original" renvoie normalement aux titres représentatifs et aux instruments négociables, cette disposition peut être nécessaire dans certains pays pour d'autres opérations.

10) [Les problèmes particuliers qui se posent en cas de signature électronique des documents et lors de la conclusion de contrats par voie électronique sont examinés dans le commentaire relatif à l'article 36 ("Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché") ci-après.] [En ce qui concerne la signature électronique des documents, l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose ce qui suit: "Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données: a) si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et b) si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière."]

11) Les États adoptants voudront peut-être aussi édicter une réglementation sur des questions telles que les interruptions techniques, les dénis de responsabilité et des problèmes pratiques comme les fuseaux horaires, la réception, etc.

iii) **Comment permettre l'utilisation des communications électroniques dans la Loi type révisée**

12) La présente Loi type révisée sur la passation des marchés traite l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation, en adoptant le principe de l'équivalence fonctionnelle posé par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique sans toutefois, comme il est indiqué plus haut, prévoir de disposition sur les questions traitées dans la législation générale du commerce électronique à moins que le contexte de la passation des

marchés n'exige des mesures supplémentaires. Par conséquent, la Loi type sur la passation des marchés n'aborde pas les questions suivantes: la reconnaissance juridique générale des communications électroniques, la signification des notions d'"écrit", et d'"original", les signatures électroniques ou numériques, l'admissibilité et la force probante des communications électroniques, la formation, la validité et l'exécution des contrats, l'attribution des communications électroniques, l'accusé de réception des communications électroniques autres que les offres.

13) Les dispositions proposées dans la présente Loi type révisée prévoient que toute obligation faite par cette dernière de présenter un écrit, d'établir un procès-verbal ou de participer à une réunion peut être satisfaite au moyen de communications électroniques. (S'agissant d'une réunion, l'utilisation de communications électroniques signifie que les participants peuvent suivre les discussions et y participer en utilisant des moyens électroniques de communication.) Elles ne prévoient pas que de telles communications sont en soi juridiquement valables, question qui sera réglée dans la législation générale sur le commerce électronique de l'État adoptant. Cependant, le contexte de la passation des marchés exige des dispositions particulières, par exemple pour certains aspects de la soumission des offres, abordés aux articles 27 h), q), r) et z), 30, 31-2 et 33 de l'actuelle Loi type. Dans ces cas, le bien-fondé et les objectifs de ces dispositions sont exposés dans la section correspondante du présent Guide (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 13, A/CN.9/575, par. 11).

14) La Loi type révisée encourage également, lorsque cela est possible (mais n'exige pas), l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans les marchés publics (A/CN.9/575, par. 10, A/CN.9/568, par. 33), sauf dans le cas de [renvoi aux procédures dématérialisées, telles que les enchères électroniques inversées et les systèmes d'acquisition dynamiques].

15) L'utilisation de communications électroniques pose des problèmes d'authenticité, de confidentialité et d'intégrité des communications, des documents et des données, comme cela est indiqué plus haut. Les États adoptants [souhaiteront également] [souhaiteront peut-être] examiner dans quelle mesure leur législation interne sur le commerce électronique prévoit des règles adéquates pour les communications susceptibles d'être créées dans le cadre de la passation des marchés. Cette question est examinée plus en détail dans les sections du présent Guide relatives à la forme des communications (art. 9 de la Loi type de 1994) et la soumission des offres par des moyens électroniques (art. 30 de la Loi type de 1994).

16) Le principe de la souplesse dans la méthode de communication, qui se fonde sur l'équivalence fonctionnelle, s'applique non seulement aux communications en général dans le cadre de la passation mais également à la publication des possibilités de marchés et des informations relatives aux marchés, à l'échange de ces informations, à la soumission et à l'ouverture des offres, à la tenue de conférences préalables à la soumission des offres, à l'établissement, à la conservation et à la diffusion d'informations et de documents (y compris le procès-verbal de la procédure de passation exigé par l'article 11 de la Loi type) et à la conclusion des marchés. Aussi l'article 4 *bis*

[ou 5 *bis*] proposé est-il rédigé en termes généraux, afin d'englober tous les aspects de la création, du transfert et de la conservation d'informations dans les communications et documents. Les règles et les critères d'accessibilité décrits dans les paragraphes précédents devraient s'appliquer également à ces notions plus générales.

III. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée afin de permettre l'utilisation des communications électroniques durant le processus de passation des marchés

A. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

1. Remarques générales

24. Le Groupe de travail a abordé la rédaction des nouvelles dispositions prévoyant l'utilisation des communications électroniques sous deux angles. D'une part, il a décidé d'inclure une nouvelle disposition énonçant le principe de l'équivalence fonctionnelle entre les méthodes de communication comme décrit ci-dessus (y compris les notions de sécurité dans l'utilisation des communications électroniques et de reconnaissance juridique de ces communications). D'autre part, il souhaite faire en sorte que les dispositions générales de la Loi type concernant la forme des communications soient suffisantes pour permettre l'application de ce principe (ce qui peut exiger des modifications supplémentaires au texte actuel).

2. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 *bis* sur l'équivalence fonctionnelle

25. À sa septième session, le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations en examinant les différentes variantes ci-après d'un nouvel article 4 *bis* énonçant le principe de l'équivalence fonctionnelle:

a) Variante A

Article 4 *bis*. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

1. Toute [disposition] [exigence] de la présente Loi prévoyant:

- a) qu'un document doit être écrit;
- b) qu'un document doit être signé;
- c) qu'un document doit être placé dans une enveloppe scellée;
- d) qu'un document doit être publié, fourni ou mis à disposition;
- e) qu'un procès-verbal doit être dressé ou conservé;
- f) qu'une réunion doit avoir lieu; et

g) que les offres doivent être ouvertes

ou toute autre exigence qui sous-entend une présence physique ou un environnement papier peut être satisfaite par l'utilisation de moyens électroniques ou optiques ou de moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation:

a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];

b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence] [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation satisfait aux critères d'accessibilité énoncés à [l'article 4 *bis* ou 5 *bis*]^b.]

b) Variante B

Article 4 *bis*. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

1. Toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme englobant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie] [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation:

a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];

b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence] [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation satisfait aux critères d'accessibilité énoncés à [l'article 4 *bis* ou 5 *bis*].

[La liste figurant dans la variante A serait insérée dans le Guide pour l'incorporation.] (A/CN.9/568, par. 13).

^b En ce qui concerne l'article 5 *bis* proposé, voir par. 30 ci-après.

3. Commentaire

26. Chaque variante présente trois caractéristiques:

a) Elle fournit une description des méthodes pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents ainsi que pour tenir des réunions;

b) Elle dispose que le recours à des “moyens” électroniques pour accomplir ses différentes actions sera suffisant, sans toutefois définir ni préciser davantage le terme “moyens”;

c) Elle prévoit une condition d'utilisation des “moyens” électroniques, afin que ceux-ci contribuent à la réalisation des objectifs de la Loi type et, en particulier, ne constituent pas un obstacle à l'accès aux Procédures de passation (ces aspects sont exposés aux alinéas a), b) et c) de l'article 4 *bis* ou 5 *bis* proposé, à savoir les “critères d'accessibilité”, dont le Groupe de travail a décidé qu'ils devaient s'appliquer à tout moyen de communication choisi (A/CN.9/575 (par. 14, 25, 32, 33, 39, 45 et 50))⁶.

27. Les deux variantes se distinguent par l'emplacement de la description de “toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents”. La variante A fournit une liste non exhaustive de méthodes et la variante B décrit ces méthodes de manière générique, des exemples devant être donnés dans le Guide pour l'incorporation. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'énumération d'exemples dans le texte afin d'améliorer la compréhension ne risque pas plutôt de semer la confusion, dans l'hypothèse où surviendraient d'autres situations dans lesquelles des informations ou des documents sont communiqués, publiés, échangés ou conservés et à mesure que les modalités commerciales évoluent.

28. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si le mot “méthodes” employé dans l'intitulé devrait être remplacé, dans un souci de cohérence, par le mot “moyens” qui figure dans le corps même du texte. Il pourrait ensuite envisager la possibilité de faire suivre les mots “présence physique” par les mots “d'une personne”. Le mot “moyens” n'étant pas défini dans le texte, la formule “de communication, de publication, d'échange ou de conservation des informations ou des documents” pourrait également être insérée après ce mot dans l'une ou l'autre variante. Une autre solution serait d'insérer un libellé du type “à cette fin” (variante A) ou “utilisés pour ces notions” (variante B) après le mot “moyens”, afin de montrer clairement que ce mot se rapporte aux éléments mentionnés immédiatement avant. Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être imposer l'obligation de veiller au respect des critères d'accessibilité à l'entité adjudicatrice et non à l'État adoptant. À cet égard, il souhaitera peut-être examiner la variante C ci-après de l'article 4 *bis* proposé, qui s'inspire de la variante A ci-dessus mais qui pourrait aussi être présentée sous la même forme que la variante B, *mutatis mutandis*:

c) Variante C

Article 4 *bis*. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

1. Toute [disposition] [exigence] de la présente Loi prévoyant:
 - a) qu'un document doit être écrit;
 - b) qu'un document doit être signé;
 - c) qu'un document doit être placé dans une enveloppe scellée;
 - d) qu'un document doit être publié, fourni ou mis à disposition;
 - e) qu'un procès-verbal doit être dressé ou conservé;
 - f) qu'une réunion doit avoir lieu; et
 - g) que les offres doivent être ouvertes

ou toute autre exigence qui sous-entend une présence physique ou un environnement papier peut être satisfaite par l'utilisation de moyens électroniques ou optiques ou de moyens comparables [de communication, de publication, d'échange ou de conservation des informations ou des documents]. [Ces moyens peuvent être notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], [à condition que l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation:

- a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];
- b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et
- c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence] [à condition que l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation satisfait aux critères d'accessibilité énoncés à [l'article 4 *bis* ou 5 *bis*]^c.]

29. Les orientations qu'il est proposé de fournir sur ce point dans le Guide pour l'incorporation sont présentées dans le projet de texte figurant après le paragraphe 23 ci-dessus.

B. Critères d'accessibilité

1. Proposition de nouveau texte, pour insertion dans la Loi type: nouvel article 5 *bis* sur les critères d'accessibilité

30. Pour ce qui est des "critères d'accessibilité" décrits dans le projet d'article 4 *bis* ci-dessus⁷, le Groupe de travail a décidé, à sa septième session, que ceux-ci étaient un élément essentiel de l'introduction de dispositions laissant une certaine latitude dans le choix des formes de communication et que l'emplacement de la description de ces critères devrait être examiné compte tenu de toutes les révisions apportées sur ce point (A/CN.9/575, par. 14). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, par conséquent, si les critères devraient être insérés

^c En ce qui concerne l'article 5 *bis* proposé, voir par. 30 ci-dessous.

dans l'article 4 *bis* proposé, dans l'article 9 révisé (présenté dans la section suivante) ou éventuellement dans un nouvel article 5 *bis*, qui pourrait être libellé comme suit:

Article 5 *bis*. Critères d'accessibilité

1. L'entité adjudicatrice s'assure que l'utilisation qu'elle fait d'une quelconque méthode pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents ou pour tenir une réunion pendant le processus de passation des marchés:

a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];

b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence."

2. Commentaire

31. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le libellé actuel des critères d'accessibilité ne présente pas d'incohérences internes. L'alinéa a), qui fait référence à des moyens de communication "généralement disponibles" peut être considéré comme potentiellement contradictoire avec l'alinéa c), en ce qu'un moyen de communication peut être généralement disponible et néanmoins discriminatoire à l'encontre de certains fournisseurs ou entrepreneurs.

3. Nouveau texte concernant l'article 4 *bis* ou 5 *bis* de la Loi type proposé pour insertion dans le Guide pour l'incorporation

32. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le Guide pour l'incorporation devrait aborder la notion de "critères d'accessibilité", par exemple dans les termes suivants:

Article [4] [5] *bis*. Critères d'accessibilité

1) Les nouvelles dispositions soumettent l'utilisation des moyens électroniques de communication à certaines conditions pour sauvegarder les objectifs de la Loi type, de manière à empêcher les moyens de communication choisis entraver l'accès aux marchés (A/CN.9/568, par. 30). Les conditions énoncées aux alinéas a), b) et c) de l'article 4 *bis* [ou 5 *bis*] proposé constituent des "critères d'accessibilité" devant s'appliquer à tout moyen de communication choisi (A/CN.9/575, par. 14, 25, 32, 33, 39, 45 et 50). Elles visent à empêcher, comme le prévoit actuellement l'article 9-3 de la Loi type de 1994, qu'une entité adjudicatrice fasse une discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent.

2) Les moyens électroniques de communication reposent habituellement sur un réseau capable de traiter et de transmettre des signaux numériques, qui doit être ouvert et généralement accessible à toute personne, à l'instar d'Internet, qui (au moment où est rédigée la présente note) est largement sinon universellement accessible. Cependant, en raison de la rapidité des progrès

techniques, de nouvelles technologies peuvent voir le jour et, pendant une certaine période, n'être pas suffisamment accessibles (que ce soit pour des raisons techniques, de coût ou autres). Les "critères d'accessibilité" obligent donc les entités adjudicatrices à s'assurer, lorsqu'elles entament un processus de passation, que les moyens de communication choisis non seulement revêtent un caractère non discriminatoire et sont accessibles à tous à tout moment mais aussi qu'ils [remplissent les objectifs que la Loi type fixe dans son préambule] [n'entravent pas le processus de passation].

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 (également publié dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXV:1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I). La Loi type est disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement/ml-proc-f.pdf>>.
- ² Accessible à l'adresse <<http://www.iccwbo.org/law/econtracting/>>.
- ³ L'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle est pleinement compatible avec les dispositions du texte actuel de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés en ce qui concerne l'utilisation de communications dans le processus de passation. L'article 9-1 de la Loi type dispose que, sous réserve de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation, les communications sont présentées sous une forme qui "atteste leur teneur". Cet article ne définit pas les méthodes ou les moyens de communication.
- ⁴ 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 Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, 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 ont été publiés sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F. 99.V.4) et sont accessibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ML-EC-F.pdf>>.
- ⁵ Le chapitre II aborde les questions suivantes: "Reconnaissance juridique des messages de données", "Incorporation par référence", "Écrit", "Signature", "Original", "Admissibilité et force probante d'un message de données" et "Conservation des messages de données"; et le chapitre III les questions suivantes: "Formation et validité des contrats", "Reconnaissance par les parties des messages de données", "Attribution des messages de données", "Accusé de réception", "Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données". Le Groupe de travail sait sans doute que le Groupe de travail sur le commerce électronique a fait des recommandations à la Commission concernant des projets de dispositions en vue d'une convention sur les contrats électroniques. La Commission a approuvé le texte de cette convention à sa trente-huitième session, tenue à Vienne du 4 au 15 juillet 2005. Ces projets de dispositions ne diffèrent pas beaucoup des dispositions de la Loi type sur le commerce électronique et si la convention est adoptée par la Commission, sa ratification et son entrée en vigueur devraient prendre un temps considérable. En conséquence, le Groupe de travail souhaitera peut-être, pour l'heure, fonder ses délibérations sur les dispositions de la Loi type sur le commerce électronique, mais les actualiser s'il y a lieu avant la fin de ses travaux.
- ⁶ Les moyens de communication imposés ne devraient pas constituer un obstacle déraisonnable à la participation à la procédure de passation des marchés (principe qui permettrait d'exiger soit des communications sur papier soit des communications électroniques dans les circonstances appropriées).

⁷ Les critères qui s'appliquent également à la publication et à la conservation des informations sont examinés plus avant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.39.
