



Assemblée générale

Distr.: Limitée
15 février 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Neuvième session
New York, 24-28 avril 2006

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	1-4	4
II. Proposition de projet de texte pour la révision de la Loi type et du Guide pour son incorporation	5-45	4
A. Lignes directrices générales pour la rédaction (A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphes 14 à 16, et A/CN.9/590, paragraphe 16)	5-6	4
B. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents (A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphes 24 à 29, et A/CN.9/590, paragraphes 19 à 27)	7-16	5
1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 <i>bis</i>	7	5
Commentaire	8-12	5
2. Texte sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés pouvant figurer dans le Guide pour l'incorporation	13	6



	a) Remarques liminaires générales formulées dans le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/590, paragraphes 17 et 18, et A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphe 23)	13	6
	Commentaire	14	9
	b) Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 4 <i>bis</i>	15-16	9
C.	Critères d'accessibilité (A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphes 30 à 32, et A/CN.9/590, paragraphes 28 à 33)	17-19	9
	1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 <i>ter</i>	17	9
	Commentaire	18	10
	2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 4 <i>ter</i>	19	10
D.	Forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 1 à 5 et A/CN.9/590, paragraphes 34 à 42)	20-28	11
	1. Modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 9 de la Loi type	20	11
	Commentaire	21-25	12
	2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 9 de la Loi type	26	13
	Commentaire	27-28	14
E.	Valeur juridique des marchés conclus électroniquement (A/CN.9/590, paragraphe 44, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 13 à 15)	29-30	15
	1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 de la Loi type	29	15
	Commentaire	30	16
F.	Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché (A/CN.9/590, paragraphes 24 et 45, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 16 à 18)	31-32	16
	1. Modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 11 de la Loi type	31	16
	2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 11 de la Loi type	32	16
G.	Soumission électronique des offres, des propositions et des prix (A/CN.9/590, paragraphes 46 à 49 et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 19 à 23)	33-34	17
	1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 30 de la Loi type	33	17
	Commentaire	34	17
H.	Ouverture électronique des offres (A/CN.9/590, paragraphes 50 et 51 et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 28 à 32)	35-37	18
	1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 33 de la Loi type	35	18
	Commentaire	36-37	18

I.	Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, paragraphes 34 à 42 et A/CN.9/590, paragraphes 52 à 63)	38-45	18
1.	Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 5 de la ...	38	18
	Commentaire	39-43	19
2.	Propositions de dispositions relatives à la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir	44	20
3.	Texte du Guide pour l'incorporation concernant la publication d'informations supplémentaires relatives à la passation des marchés	45	20
a)	Publication d'informations supplémentaires relatives à la passation des marchés	45	20
b)	Publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir ..	45	21
III.	Questions en suspens concernant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés: portée de la Loi type et du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphes 4 à 23, et A/CN.9/590, paragraphes 12 à 16)	46-48	22

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 (la "Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 43 du document A/CN.9/WG.I/WP.41, dont est saisi le Groupe de travail à sa neuvième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, 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. Cette utilisation, y compris la soumission et l'ouverture électroniques des offres, ainsi que la tenue de réunions, la conservation d'informations et la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, faisait partie des thèmes dont était saisi le Groupe de travail à ses sixième à huitième sessions¹. A sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a eu un échange de vues préliminaires sur ces questions et a prié le secrétariat de préparer des projets de textes les concernant pour les lui soumettre à sa septième session (A/CN.9/568, paragraphes 29 et 40).

3. A sa septième session (New York, 4-8 avril 2005), le Groupe de travail a examiné ces projets de textes, et a prié le secrétariat de les réviser pour sa huitième session. Il l'a également prié de préparer une étude passant en revue la pratique suivie dans divers régimes de passation des marchés concernant la publication d'informations relatives à la passation des marchés dont la Loi type n'exigeait pas actuellement la publication, en liaison avec l'examen de la possibilité d'étendre la portée de l'article 5 de la Loi type ("Accès du public à la réglementation des marchés") ainsi que de toutes nouvelles dispositions ou orientations (A/CN.9/575, paragraphes 9, 27 et 31).

4. A sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005), le Groupe de travail a examiné les projets de textes révisés et l'étude, et a prié le secrétariat de préparer des textes révisés pour examen plus approfondi (A/CN.9/590, paragraphe 10). La présente note a été établie conformément à cette demande.

II. Proposition de projet de texte pour la révision de la Loi type et du Guide pour son incorporation

A. Lignes directrices générales pour la rédaction (A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphes 14 à 16, et A/CN.9/590, paragraphe 16)²

5. Le Groupe de travail a noté que les objectifs des modifications qu'il est proposé d'apporter à la Loi type étaient de permettre l'utilisation des procédures dématérialisées en veillant à ce que toutes les formes de communications jouissent d'un statut équivalent en vertu de la Loi type. Bien qu'il faille promouvoir les communications électroniques, selon qu'il convenait, il ne devrait pas y avoir de discrimination à l'encontre des communications traditionnelles sur support papier (voir également le paragraphe 15 ci-dessous)³. Le Groupe de travail a confirmé que les dispositions de la Loi type devaient être fondées sur les principes généraux de l'équivalence fonctionnelle et de la neutralité technologique⁴, qui sont ceux que l'on

trouve dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) (la “Loi type sur le commerce électronique”)⁵.

6. Le Groupe de travail a en outre décidé d’appliquer des garanties appropriées au choix par l’entité adjudicatrice du moyen de communication, de sorte que les entités adjudicatrices n’exercent pas de discrimination entre fournisseurs et entrepreneurs, et choisissent un moyen qui soit assez largement disponible (ces notions devant être mentionnées comme étant des “critères d’accessibilité”)⁶.

B. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d’échange ou de conservation d’informations ou de documents (A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphes 24 à 29, et A/CN.9/590, paragraphes 19 à 27)

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 bis

7. Le Groupe de travail a décidé à sa huitième session de poursuivre ses délibérations sur la base de la variante B de l’article 4 *bis* proposé pour la Loi type, tel qu’il figure au paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.I/WP.38, avec les modifications ci-après convenues à cette session⁷. Les révisions sont indiquées dans l’additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 1 sous forme de suivi des modifications par rapport au texte précédent).

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

Toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à la publication d’informations, à la soumission d’offres dans une enveloppe scellée, à l’ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme incorporant [tout moyen utilisé à cet effet, y compris] 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 le moyen choisi satisfasse [aux dispositions de/critères d’accessibilité énoncés à] l’article [4 *ter*]⁸.”

Commentaire

8. Le Groupe de travail a décidé provisoirement de supprimer les “critères d’accessibilité” de cet article et de les énoncer ailleurs dans la Loi type révisée, et d’examiner leur formulation séparément (voir également les paragraphes 17 et 18 ci-dessous)⁹.

9. Le Groupe de travail a également demandé que la formulation précédente “à condition que l’État adoptant ou l’entité adjudicatrice ait l’assurance que cette utilisation satisfait aux [critères d’accessibilité]”, soit modifiée comme suit: “à condition que cette utilisation satisfasse aux [critères d’accessibilité]”, de manière à garantir l’objectivité¹⁰. L’autre modification mineure apportée à la dernière phrase a été motivée par des considérations de style.

10. Le texte a été étendu à la publication d’informations relatives à la passation des marchés, à l’ouverture électronique des offres et à l’obligation de placer un document dans une enveloppe scellée¹¹.

11. Le Groupe de travail a renvoyé à plus tard son examen du point de savoir s'il fallait faire référence aux "moyens" ou aux "méthodes" de communication dans le titre et dans le texte de l'article¹². Les deux termes sont employés dans les textes de l'ONU et de la CNUDCI. Par exemple, la résolution de l'Assemblée générale adoptant la Loi type sur le commerce électronique¹³ fait référence (dans la version anglaise) aux "méthodes de communication", et le texte de la Loi type sur le commerce électronique aux "moyens de communication", de même que le texte de l'article 9-2 de la Loi type actuelle.

12. Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander si l'expression "les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables" est suffisamment large pour recouvrir les informations publiées sur des sites Web.

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

13. Le texte révisé ci-après comprend les paragraphes modifiés du texte original faisant suite au paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.I/WP.38 (les paragraphes 1, 5, 11, 12, 15 et 16 de la précédente version, qui restent inchangés, ne sont pas reproduits). Les révisions apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 2) sous forme de suivi des modifications par rapport au texte précédent.

a) Remarques liminaires générales formulées dans le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/590, paragraphes 17 et 18, et A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphe 23)

"i) Dispositions régissant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation¹⁴

1) (inchangé)

2) Depuis l'adoption de la Loi type en 1994, l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans les marchés publics comprenant l'utilisation de matériel électronique pour le traitement, la compression et la conservation numériques ainsi que des données transmises, acheminées et reçues par câble, radio, moyens optiques ou autres moyens électromagnétiques) s'est développée rapidement, notamment pour ce qui est du recours à l'Internet dans les procédures de passation des marchés, que le présent Guide désignera sous le terme générique de "procédures dématérialisées"¹⁵. 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 Commission a donc considéré que la Loi type devrait prévoir des dispositions de manière à permettre l'utilisation de ces procédures.

3) Cependant des règles régissant l'utilisation des procédures dématérialisées seront peut-être nécessaires pour résoudre certaines questions,

à savoir 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 de politique générale. Les modifications apportées à la Loi type de 1994 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 de la Loi type de 1994 (ou par l'interprétation des lois et règles existantes, y compris comme l'indique le Guide pour l'incorporation de 1994), la Commission 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 afin de promouvoir, dans les cas appropriés, l'utilisation de ces procédures comme un moyen de favoriser la réalisation des objectifs de la Loi type même. L'objectif de ces dispositions est de faire en sorte que la Loi type confère un statut équivalent à [tous les moyens/toutes les méthodes] de communication et que leur utilisation fasse l'objet de garanties adéquates, par exemple que les entités adjudicatrices, en choisissant le moyen de communication à utiliser dans une passation de marché, ne fassent pas de discrimination entre fournisseurs et entrepreneurs] [choisissent des moyens [généralement] [raisonnablement] [communément] disponibles [et compatibles [ou interopérables] avec ceux d'usage commun ou général]. Il convient de noter que ces dispositions visent à s'appliquer aux passations de marchés internationaux et nationaux, afin que les fournisseurs étrangers puissent accéder à la procédure, même lorsque l'infrastructure électronique n'est pas disponible de la même manière pour tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels.

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

5) (inchangé)

6) L'une des principales conditions nécessaires à l'utilisation efficace des communications électroniques est celle de la certitude quant à la reconnaissance juridique, la validité et la force exécutoire des communications électroniques créées lors du processus contractuel. C'est pourquoi la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique vise à permettre la réalisation d'opérations commerciales par voie électronique en sécurisant l'utilisation des communications électroniques de telle manière que 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 recouvrent à la fois les communications et documents sur support papier et électroniques.

7) Pour ce faire, la Loi type 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, afin que les uns et les autres soient lisibles par tous, inaltérables, reproductibles (chaque partie ayant un exemplaire du même texte) et authentifiables au moyen d'une signature, et

qu'ils se présentent sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux.

8) Les articles 5, 6, 7 et 8 de la Loi type 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", de "signatures" 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 de sorte que leur effet juridique, leur validité et leur force exécutoire ne seront pas déniés au seul motif que ce sont des communications électroniques et non des communications sur papier.

9) (supprimé)

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.

11) (inchangé)

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

12) (inchangé)

13) Les dispositions proposées dans la présente Loi type révisée prévoient que toute obligation faite par cette dernière de présenter un écrit, de publier certaines informations, de procéder à des soumissions ou des ouvertures d'offres, d'établir un procès-verbal ou de participer à une réunion peut être satisfaite par l'utilisation de tout moyen de communication, électronique ou autre, au même effet. (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.) Bien que la validité juridique de ce type de communications doive être prévue expressément par la législation générale sur le commerce électronique de l'État adoptant, le contexte de la passation des marchés exige des dispositions particulières supplémentaires, 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 la Loi type [de 1994] [mettre à jour les renvois]. Dans ces cas, le bien-fondé et les objectifs de ces dispositions sont exposés dans la section correspondante du présent Guide [ajouter les renvois].

14) La Loi type révisée encourage également, lorsque cela est approprié, mais ne l'exige généralement pas, le recours aux procédures dématérialisées. Toutefois, l'entité adjudicatrice peut exiger l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation en vertu des articles [4 *ter* et 9], et le recours aux procédures dématérialisées est exigé dans le cas de [renvoi aux procédures dématérialisées, telles que les enchères électroniques inversées et les systèmes d'acquisition dynamiques].

15), 16) (inchangés)”

Commentaire

14. Le paragraphe 4 du texte ci-dessus sera conforme au libellé du texte relatif aux “critères d’accessibilité” (voir également les paragraphes 17 et 18 ci-après). Le Groupe de travail ayant noté que le texte du Guide pour l’incorporation devrait traiter la question de la discrimination qui peut découler de l’existence de niveaux d’infrastructure différents¹⁶, il vaudra peut-être examiner les orientations proposées à la dernière phrase du paragraphe 4.

b) Texte du Guide pour l’incorporation concernant l’article 4 bis

15. Le texte du Guide pour l’incorporation concernant l’article 4 bis à rédiger une fois que les dispositions de la Loi type auront été arrêtées indiquera que le but de cette disposition est d’assurer l’équivalence fonctionnelle de toutes les formes de communication et renverra à l’introduction générale. Bien que la nouveauté relative des communications électroniques puisse justifier quelques explications qui ne sont pas nécessaires pour les formes traditionnelles de communication, le texte sera rédigé de manière à ne pas devenir obsolète.

16. Le Groupe de travail a demandé que la description générique des éléments couverts par l’article soit étendue. Le Guide pour l’incorporation soulignera donc que cet article devait faire l’objet d’une interprétation extensive pour englober toute exigence impliquant une présence physique ou un environnement papier¹⁷.

C. Critères d’accessibilité (A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphes 30 à 32, et A/CN.9/590, paragraphes 28 à 33)

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 ter

17. Le Groupe de travail, à sa huitième session, a prié le secrétariat de réviser le projet de texte relatif aux “critères d’accessibilité” examiné à cette même session, de manière que ces critères s’appliquent à tous les moyens de communication, et non seulement aux moyens électroniques¹⁸, et à toutes les étapes de la passation de marchés¹⁹, d’en faire une disposition distincte de la disposition relative à l’équivalence fonctionnelle²⁰, et d’en rédiger le texte sur la base de celui qui figure au paragraphe 30 du document A/CN.9/590, avec deux ajouts éventuels. Les révisions apparaissent dans l’additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 3) sous forme de suivi des modifications par rapport au texte précédent.

“Article 4 ter. Critères d’accessibilité

L’entité adjudicatrice s’assure que [le moyen/la méthode]²¹ qu’elle utilise pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents, pour tenir des réunions et pour la soumission et l’ouverture des offres:

[ne constituera pas de discrimination [déraisonnable]] [n’entraînera pas de discrimination [déraisonnable]] 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.

[ajouts éventuels]

ne constituera pas un obstacle au processus de passation, et que ces [moyens/méthodes] de communication sont généralement [raisonnablement] [couramment] disponibles [et compatibles [et interopérables] avec ceux d'usage courant ou général].”

Commentaire

18. Le Groupe de travail est convenu, à sa huitième session, d'examiner plus avant, à sa neuvième session, les dispositions relatives aux “critères d'accessibilité”, afin de traiter les questions ci-après, restées en suspens:

a) Parmi les critères ci-après, caractérisant un moyen de communication adapté, lequel ou lesquels seraient retenus: ceux qui “ne constituent pas un obstacle au processus de passation”, qui sont “généralement”, “raisonnablement”, “couramment” disponibles, et “compatibles” ou “interopérables” avec ceux d'usage courant ou général (le Groupe de travail pourra aussi considérer que le mot “interopérables” est trop technique pour ce type de texte). Le Groupe de travail a observé que le terme “généralement” relève de la notion d'universalité, que le terme “raisonnablement” relève d'une considération distincte (à savoir que, dès lors que la technologie est largement utilisée et relativement bon marché, il ne serait plus discriminatoire d'exiger son utilisation), et que le terme “couramment” signifie que la technologie est largement disponible, mais peut-être pas pour tous ou presque tous les utilisateurs²²;

b) Faudrait-il supprimer les mots “déraisonnable” et “de façon importante” du paragraphe introductif, et la phrase devrait-elle devenir “ne constituera pas de discrimination” ou “n'entraînera pas de discrimination”²³?

c) Les concepts de moyens “généralement disponibles” et de “non-discrimination” devraient-ils faire l'objet d'une disposition distincte, l'un englobait-il l'autre et pouvait-il y avoir entre eux une certaine incompatibilité²⁴?

d) A quel endroit du texte de la Loi type les dispositions relatives aux “critères d'accessibilité” devraient-elles figurer? Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui faire des propositions à ce sujet pour qu'il les examine à sa prochaine session²⁵. Ces propositions sont examinées au paragraphe 22 ci-après.

2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 4 *ter*

19. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le texte ci-après, relatif aux “critères d'accessibilité”²⁶. Ce texte, qui est nouveau, remplace dans son intégralité celui qui figure au paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.I/WP.38.

“Article 4 *ter*. Critères d'accessibilité

1) L'article 4 *ter* de la Loi type dispose que l'entité adjudicatrice peut choisir les moyens par lesquels elle communiquera avec les fournisseurs ou les entrepreneurs durant le processus de passation des marchés, y compris la soumission d'offres (dont on ne peut exiger, aux termes de l'article 30 du texte de 1994, qu'elle se fasse par voie électronique). Cette disposition est destinée à permettre à l'entité adjudicatrice d'insister sur un moyen de communication

particulier, tel qu'un moyen électronique, sans avoir à justifier son choix. Cette possibilité est toutefois soumise à la condition que le moyen de communication choisi soit conforme aux "critères d'accessibilité", qui s'appliqueront à tout moyen de communication choisi. Les "critères d'accessibilité" ont été introduits pour renforcer les garanties prévues par l'article contre les pratiques discriminatoires ou d'autres pratiques d'exclusion de la part des entités adjudicatrices et pour empêcher que le moyen de communication choisi n'entrave l'accès, afin de préserver les objectifs de la Loi type.

2) Les "critères d'accessibilité" ont également été introduits pour guider les entités adjudicatrices dans le choix des moyens de communication adaptés à chaque marché, à une époque où les progrès technologiques avancent à grand pas et où de nouvelles technologies peuvent apparaître et ne pas être, pendant un certain temps, suffisamment accessibles (que ce soit pour des raisons techniques, des raisons de coût ou autres). [Ajouter toute discussion ultérieure relative à la compatibilité et à l'interopérabilité, et à la nécessité sous-jacente d'un réseau ouvert et généralement disponible, capable de traiter et transmettre les signaux numériques].

3) L'obligation, pour l'entité adjudicatrice, de respecter les "critères d'accessibilité" sera susceptible de recours en vertu de l'article 52, et l'exigence de faire figurer le choix du moyen de communication au procès-verbal dressé conformément à l'article 11 permettra d'apprécier la décision de l'entité adjudicatrice et sa conformité avec les "critères d'accessibilité".

4) Ces dispositions visent également à faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs n'aient pas le droit d'exiger un moyen de communication particulier avec une entité adjudicatrice, et que l'on ne puisse les interpréter comme conférant un tel droit."

D. Forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 1 à 5 et A/CN.9/590, paragraphes 34 à 42)

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 9 de la Loi type

20. Le Groupe de travail, à sa huitième session, a prié le secrétariat de réviser les ajouts proposés au texte de l'article 9 figurant à la suite du paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1²⁷. Les révisions proposées en réponse à cette demande sont indiquées dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 4) sous forme de suivi des modifications.

"Article 9. Forme des communications

1) Les documents, notifications, décisions et autres communications [visés dans la présente Loi] entre fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice sont fournis, soumis ou effectués par les moyens de communication spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, à condition qu'elle se conforme dans chaque cas aux [dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à]²⁸ l'article [4 *ter*].

2) Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi, les documents, notifications, décisions et autres communications [visés dans la présente loi] qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste la teneur de la communication et est accessible pour être consultée ultérieurement.

3) Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7 4) et 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) à f) et 47 l) [mise à jour pour modifications de la Loi type] peuvent être faites par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation et accessible pour être consultée ultérieurement.

4) Les règlements en matière de passation des marchés établissent des mesures pour garantir l'accessibilité des communications et la non-discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs de manière à donner effet aux [dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 *ter*], et peuvent établir des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications ainsi que l'interopérabilité des systèmes utilisés pour les transmettre et les recevoir²⁹."

Commentaire

21. Le Groupe de travail ayant demandé la suppression de toute répétition entre ces dispositions et celles relatives à l'équivalence fonctionnelle et aux "critères d'accessibilité", le paragraphe 3 du texte existant a été supprimé³⁰.

22. Le Groupe de travail a également examiné la question de savoir si la portée de l'article 9 devait être étendue, de manière que l'équivalence fonctionnelle et les "critères d'accessibilité" soient regroupés avec la forme des communications. Toutefois, il estimera peut-être que cette solution risque d'être source de confusion, étant donné que la portée autrefois restreinte de l'article³¹, étant donné en outre que des critères équivalents seraient alors nécessaires pour la publication et la conservation des informations (articles 5 et 11 de la Loi type), et que de tels ajouts seraient redondants et allongeraient inutilement la Loi type.

23. Le paragraphe 1 du projet ci-dessus remplace la disposition du paragraphe 1 du texte de la Loi type de 1994 (qui autorisait l'entité adjudicatrice à spécifier la forme des communications dans le dossier de sollicitation) et les paragraphes 1 *bis* et 1 *ter* précédemment proposés (qui autorisaient l'entité adjudicatrice à spécifier le moyen de communication et à exiger que les offres soient soumises par voie électronique) par une obligation de faire imposant d'énoncer dans ce dossier la forme de communication choisie. Le Groupe de travail a demandé que ces changements soient apportés en attendant la fin de ses délibérations sur l'"équivalence fonctionnelle"³².

24. Les paragraphes 1 et 2 mentionnent entre crochets les communications "visé[e]s dans la présente loi". L'insertion de ce membre de phrase est cohérente par rapport au texte de 1994, mais le Groupe de travail estimera peut-être que toutes les communications créées entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice devraient être soumises aux dispositions de cet article, qu'elles soient ou non visées expressément dans la Loi type.

25. Le Groupe de travail a également demandé que les dispositions imposent aux États adoptants d'adopter une réglementation garantissant l'accessibilité de ces communications, et les inviterait à le faire pour les problèmes techniques soulevés par l'utilisation des communications électroniques³³. Cependant, il considérera peut-être que ces questions pourraient figurer avec les "critères d'accessibilité" dans le projet d'article 4 *ter*³⁴.

2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 9 de la Loi type

26. Le texte ci-après montre les modifications apportées au texte qui fait suite au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1. Les paragraphes précédant le paragraphe 3 *bis* n'ont fait l'objet d'aucune modification, mais le Groupe de travail estimera peut-être que le paragraphe 2 du texte de 1994 devrait être supprimé, aussi n'est-il pas répété. Les modifications apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 5) sous forme de suivi des modifications par rapport au texte précédent.

"Article 9. Forme des communications

1) (inchangé)

1) *bis* [L'article 4 *ter*] de la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de choisir le moyen de communication à utiliser dans une passation de marché particulière, et les "critères d'accessibilité" (qui s'appliquent également à tous les moyens de communication, qu'ils soient électroniques, sur papier ou autres) soumettent ce choix à certaines conditions, de manière à sauvegarder les objectifs de la Loi type (notamment empêcher que le moyen de communication choisi n'entrave l'accès à la passation des marchés). Les dispositions de cet article exigent que le choix de la forme des communications soit énoncé dans le dossier de sollicitation et font référence à un seul choix du moyen de communication pour chaque passation de marché (et non pour chaque fournisseur ou entrepreneur). Le dossier de sollicitation peut toutefois prévoir d'autres moyens de soumission pour des documents ou catégories de documents identifiés qui ne peuvent être soumis par le moyen de communication choisi (tels que garanties de soumission, dessins complexes, et certificats formels d'immatriculation, paiement des impôts, etc., qui (au moment où ces lignes sont écrites) ne sont généralement pas disponibles sous forme électronique)³⁵.

2) 3) (inchangés)

3) *bis*³⁶ Le nouveau paragraphe 3 a pour but d'appeler l'attention des États adoptants sur le fait que:

a) Des procédures et systèmes appropriés devraient être prévus pour établir l'authenticité des communications;

b) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications devraient être suffisants pour préserver l'intégrité des données;

c) La confidentialité des informations soumises par les fournisseurs ou relatives aux fournisseurs devrait être préservée;

d) Les outils ou systèmes utilisés pour envoyer et recevoir des communications devraient être parfaitement compatibles (ou interopérables);

e) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications devraient permettre d'établir la date et, lorsque c'est important, l'heure de la réception des documents. Cette heure est importante pour l'application des règles de la passation des marchés par exemple, la soumission des demandes de participation et des offres/propositions; et

f) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications devraient être sécurisés, autrement dit empêcher l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes d'accéder aux offres et autres documents importants avant l'expiration d'un certain délai de manière que les entités adjudicatrices ne puissent transmettre des informations sur les autres offres à des fournisseurs favorisés et que les concurrents ne puissent avoir eux-mêmes accès à ces informations.

3) *quater* En ce qui concerne les communications électroniques, les points a), b) et c) du paragraphe précédent relèvent du droit général du commerce électronique et, comme il a été noté au paragraphe [renvoi à la partie sur les orientations générales] ci-dessus, les États adoptants [souhaiteront] [souhaiteront peut-être]³⁷ examiner si leur législation actuelle prévoit des règles adéquates pour les communications pouvant être créées dans le processus de passation, si une réglementation supplémentaire est nécessaire et s'ils doivent faire référence à la nécessité de telles règles dans leur réglementation sur la passation des marchés. Par exemple, les entités adjudicatrices devraient s'assurer que leurs systèmes sont en mesure de garantir un niveau d'authentification et de confidentialité proportionnel au risque et à la gravité du préjudice découlant de la perte, de l'utilisation abusive, de la consultation non autorisée ou de la modification des informations.

3) *quinquies* Les points d), e) et f) requièrent des solutions propres à la passation de marchés, en rapport essentiellement avec la soumission électronique des offres et sont traités dans les paragraphes [renvoi] ci-dessous.

3) *sexies* Les États adoptants souhaiteront peut-être autoriser les entités adjudicatrices à faire payer tous systèmes exclusifs (tels que des logiciels) nécessaires pour les communications pour une passation de marché particulière, mais ils devraient veiller à ce qu'elles ne puissent recourir à un système payant pour prélever des droits disproportionnés ou restreindre l'accès à la procédure de passation."

Commentaire

27. Le Groupe de travail a noté que le Guide pour l'incorporation devrait souligner l'équivalence fonctionnelle de tous les moyens de communication afin qu'il ne soit pas imposé de critères d'authenticité, d'intégrité, d'interopérabilité et de confidentialité plus rigoureux pour les communications électroniques que pour les communications sur papier, et qu'il devrait aborder les problèmes techniques soulevés par l'utilisation des communications électroniques et les liens entre cet article et la teneur du dossier de sollicitation, qui peuvent ménager des exceptions pour les documents non électroniques (par exemple garanties de soumission, dessins complexes, et certificats formels d'immatriculation, paiement des impôts, etc., dont il est question aux paragraphes 1 à 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1)³⁸.

28. Le Groupe de travail a demandé également que le Guide pour l'incorporation précise que les entités adjudicatrices peuvent prélever des droits raisonnables pour le logiciel nécessaire³⁹.

E. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement (A/CN.9/590, paragraphe 44, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphe 13 à 15)

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 de la Loi type

29. Le Groupe de travail a demandé que soient apportées au texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 les modifications ci-après. Ces modifications apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 6) sous forme de suivi des modifications.

“Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

1) *bis*. Les articles 27 y) et 38 u) de la Loi type font référence à un marché “écrit”, et l'article 36-2 a) et b) dispose que le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit “signer un marché écrit”. Les États adoptants [souhaiteront] [souhaiteront peut-être]⁴⁰ s'assurer que leur législation actuelle reconnaît les marchés conclus électroniquement.

a) Contrats électroniques⁴¹

1) *ter*. L'article 11 de la Loi type sur le commerce électronique a pour objet de promouvoir le commerce international en réduisant les incertitudes juridiques quant à la formation et à la conclusion de contrats par des moyens électroniques (même si l'offre et l'acceptation sont générées par des ordinateurs). Les dispositions énoncent que la validité ou la force exécutoire d'un contrat ne sont pas déniées pour le seul motif qu'il a été conclu au moyen de communications électroniques.

b) Signatures électroniques

1) *quater*. Les États adoptants, en accord avec leur législation sur le commerce électronique, [souhaiteront] [souhaiteront peut-être]⁴² prescrire la façon dont les parties signeront ou authentifieront d'une autre manière un marché passé électroniquement. Certains États peuvent exiger des signatures numériques ou d'autres formes authentifiées de signature électronique dans le domaine du commerce électronique, exigence qui pourra s'appliquer à la passation des marchés, à condition qu'elle n'entrave pas l'accès à cette passation.

1) *quinquies*. L'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur les signatures électroniques¹ encouragent le recours aux signatures

¹ 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 son guide pour l'incorporation ont été publiés comme publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDC

électroniques en disposant que celles-ci sont l'équivalent fonctionnel de signatures manuscrites. Les dispositions elles-mêmes énoncent qu'une signature électronique satisfait à une exigence de "signature" imposée par la loi si la fiabilité de cette signature est suffisante au regard de l'objet de la communication électronique pertinente dans les circonstances, y compris de tout accord en la matière."

Commentaire

30. Le Groupe de travail souhaitera peut-être revoir les dispositions concernant les signatures électroniques, afin d'examiner si les orientations devraient traiter du caractère approprié de ces dispositions aussi bien en matière de passation de marchés que dans le domaine commercial.

F. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché (A/CN.9/590, paragraphes 24 et 45, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 16 à 18)

1. Texte qu'il est proposé d'ajouter à l'article 11 de la Loi type

31. Le Groupe de travail ayant demandé que l'on rende compte de l'application des "critères d'accessibilité" en indiquant dans le procès-verbal de la procédure la décision relative au moyen de communication, le nouvel alinéa ci-après est proposé⁴³.

"Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1) L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants:

...

b) *bis* la décision de l'entité adjudicatrice quant au moyen de communication à utiliser dans la procédure de passation."

2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 11 de la Loi type

32. Le Groupe de travail a demandé que le texte précédent soit modifié pour faire en sorte que l'entité adjudicatrice ne soit tenue de garder les informations accessibles que jusqu'à l'expiration du délai de recours prévu par l'article 52 de la Loi type, et pour tenir compte des "critères d'accessibilité"⁴⁴. Les modifications apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 7) sous forme de suivi des modifications.

"Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

...

1) *bis*. L'article 11, toutefois, porte sur l'accessibilité et la disponibilité de l'information contenue dans le procès-verbal et ne prévoit aucune disposition sur la forme de ce dernier ni sur les conditions pour le dresser sous un format

(http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html).

particulier. Les “critères d’accessibilité” de [l’article 4 *ter*] obligent cependant l’entité adjudicatrice, lorsqu’elle dresse un procès-verbal, à choisir un moyen de conservation de l’information qui permette à cette dernière d’être et de rester accessible jusqu’à l’expiration du délai de recours prévu à l’article 52 de la Loi type⁴⁵. En outre, les États adoptants [souhaiteront] [souhaiteront peut-être]⁴⁶ adopter des réglementations garantissant que les systèmes de conservation des procès-verbaux sont parfaitement compatibles (ou interoperables) et qu’ils permettent de vérifier chaque communication échangée dans le processus de passation, de telle sorte que la traçabilité (émetteur, destinataire, heure et durée) de chaque communication puisse être établie (et que le traitement ou le calcul automatique des données puisse être reconstitué). Les réglementations pourraient également déterminer s’il faut conserver la trace de l’accès au procès-verbal et aux documents contractuels et régler tout problème éventuel de protection des données afin de garantir l’intégrité et la sécurité de celles-ci ainsi que la confidentialité des communications et de l’information, tel que cela est exposé plus en détail dans [renvoi au paragraphe approprié du Guide.] La disposition [du paragraphe 1 b) *bis*] exigeant que l’entité adjudicatrice indique le moyen de communication choisi dans le procès-verbal de la procédure de passation est incluse de manière à permettre que la décision de l’entité adjudicatrice et son respect des “critères d’accessibilité” contenus dans [les articles 4 *ter* et 9] fassent l’objet d’un recours en vertu de l’article 52 si nécessaire.”

G. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix (A/CN.9/590, paragraphes 46 à 49 et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 19 à 23)

1. Modifications qu’il est proposé d’apporter au texte de l’article 30 de la Loi type

33. Le Groupe de travail a demandé que les modifications suivantes soient apportées au texte de l’article 30⁴⁷. Les révisions demandées apparaissent dans l’additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 8), sous la forme de suivi des modifications.

“Article 30. Soumission des offres

...

a) Les offres sont soumises sous la forme spécifiée dans le dossier de sollicitation, à condition que le moyen de soumission choisi par l’entité adjudicatrice respecte [les dispositions de/les critères d’accessibilité énoncés à] l’article [4 *ter*] au moment du choix du moyen de soumission.”

Commentaire

34. Le Groupe de travail a différé son examen du texte du Guide pour l’incorporation présenté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 26 et 27, ainsi que de la question de savoir si une autre disposition traitant de la modification des offres serait nécessaire jusqu’à la finalisation des modifications de l’article 30-5 a) de la Loi type^{48, 49}.

H. Ouverture électronique des offres (A/CN.9/590, paragraphes 50 et 51 et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 28 à 32)

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 33 de la Loi type

35. Le Groupe de travail a demandé que les modifications suivantes soient apportées au texte de l'article 33⁵⁰. Les révisions demandées apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 9) sous la forme de suivi des modifications.

“Article 33. Ouverture des offres

...

4) Lorsque la procédure de passation des marchés a été menée par voie électronique conformément à [insérer les dispositions traitant des communications électroniques, des enchères inversées et, le cas échéant, d'autres procédures entièrement automatisées], les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres conformément aux exigences de l'article 33-2 s'ils sont autorisés à suivre cette ouverture [simultanément/instantanément/par les moyens électroniques de communication utilisés par l'entité adjudicatrice.]”

Commentaire

36. L'utilisation de communications électroniques dans le cadre d'une réunion permet aux participants de suivre la procédure par l'intermédiaire de ces moyens électroniques et d'y participer⁵¹. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la référence aux moyens “électroniques” de communication est appropriée puisqu'il a exprimé le souhait de présenter des dispositions technologiquement neutres et si une référence à une communication instantanée ou simultanée serait nécessaire pour offrir les garanties qui existaient dans l'article d'origine.

37. Le Groupe de travail a différé son examen du texte du Guide pour l'incorporation présenté à la suite du paragraphe 32 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 jusqu'à la finalisation du texte de la Loi type⁵².

I. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, paragraphes 34 à 42 et A/CN.9/590, paragraphes 52 à 63)

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 5 de la Loi type

38. Le Groupe de travail a demandé que les modifications suivantes soient apportées à la proposition de texte de l'article 5⁵³. Les révisions demandées apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 10) sous la forme de suivi des modifications.

“Article 5. Accès du public [à la réglementation des marchés] [aux informations relatives à la passation des marchés]

Le texte de la présente Loi, 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, toutes

les modifications audit texte, et toutes les décisions judiciaires sur son application, sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.

Ajouts possibles

[[Un État adoptant peut choisir de rendre accessibles au public des informations supplémentaires concernant les règles ou instructions internes, ou d'autres informations.]]

[Tous les autres documents et informations dont la présente Loi exige la publication sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.]

[Les règlements en matière de passation des marchés prévoient le média et les modalités de publication des informations en vertu de la présente Loi.]”

Commentaire

39. Le Groupe de travail n’a pas présenté sa position quant aux ajouts proposés.
40. Le premier ajout proposé donne à un État adoptant la possibilité d’ajouter toutes informations supplémentaires dont il peut exiger la publication.
41. Le deuxième ajout proposé couvre la publication des informations qui doivent être publiées en vertu de la Loi type, en plus de la réglementation des marchés mentionnée au paragraphe 1. (Ces informations incluent l’avis d’attribution d’un contrat (article 14), la sollicitation d’offres ou de demandes de présélection (article 24) (voir également les dispositions pertinentes des articles 37, 46, 47 et 48), et d’autres informations dont la publication pourra être exigée en vertu des dispositions révisées de la Loi type ou par un État adoptant s’il exerce l’option prévue par le paragraphe 2 proposé.)
42. Le troisième ajout proposé renforce les dispositions relatives au support de publication évoqué actuellement dans plusieurs articles de la Loi type (voir articles 14, 24, 37, 47 et 48) et traite des questions restées en suspens après la huitième session⁵⁴. Le Groupe de travail a noté que les réglementations ne répondaient peut-être pas de manière adéquate aux préoccupations liées à la publication électronique (plutôt que sur support papier) des informations relatives à la passation des marchés, notamment la prolifération de sites Internet consacrés à la passation des marchés et la surabondance des informations relatives à la passation des marchés, qui compliquent la recherche d’informations nécessaires, utiles et exactes. Une réglementation spécifique serait donc peut-être nécessaire.
43. Le Groupe de travail a noté que ces préoccupations étaient prises en compte dans certaines législations nationales, qui exigent un seul média centralisé, où toutes les informations juridiquement contraignantes, authentiques et officielles relatives à la passation des marchés doivent être mises à la disposition du public et systématiquement tenues à jour. La plupart de ces réglementations interdisent par ailleurs la publication d’informations relatives à la passation des marchés dans d’autres médias avant leur publication dans le média désigné. Certaines réglementations exigent expressément que les mêmes avis publiés dans différents médias contiennent les mêmes informations⁵⁵. Le Groupe de travail estimera peut-être que la Loi type devrait exiger que les réglementations relatives à la passation

des marchés traitent ces questions et que le Guide devrait en dire davantage sur les bonnes pratiques dans le domaine.

2. Propositions de dispositions relatives à la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir

44. La disposition suivante relative à la publication de ces informations (les termes soulignés indiquent la modification proposée à la huitième session du Groupe de travail) pourrait être incluse dans la Loi type révisée comme article distinct après l'article concernant l'accès du public [à la réglementation des marchés] [aux informations relatives à la passation des marchés] (actuellement l'article 5), ou fusionnée avec ce dernier, comme cela a été suggéré à la huitième session du Groupe de travail⁵⁶:

“Aussi rapidement que possible après le début d'un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier un avis de leurs besoins prévus en matière de passation de marchés pour les [l'État adoptant indique une période] suivant(e)s.”

3. Texte du Guide pour l'incorporation concernant la publication d'informations supplémentaires relatives à la passation des marchés

45. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte suivant⁵⁷:

a) Publication d'informations supplémentaires relatives à la passation des marchés

“1) Avec les moyens modernes de publication de l'information et les économies de coûts, de temps et d'efforts qui en résultent, une quantité plus importante d'informations relatives à la passation des marchés que ne l'exige la Loi type est devenue accessible au public, souvent sous forme électronique. Ces informations comprennent i) des manuels, guides et recommandations sur la passation de marchés, ii) le dossier de sollicitation ou les documents de présélection dans leur intégralité, iii) diverses listes de biens standardisés, iv) des informations sur l'état d'avancement des procédures de passation de marché en cours, y compris les avis de suspension et les procédures annulées, v) les procès-verbaux des procédures de passation, vi) des rapports statistiques notamment sur les résultats des procédures de passation et sur les marchés conclus, et vii) tout renseignement utile d'ordre général, concernant par exemple le point de contact chargé de répondre aux questions courantes concernant la passation de marchés.

2) La Loi type ne traite pas explicitement de ces informations supplémentaires. Néanmoins, elle n'empêche pas les États adoptants d'exiger, d'encourager ou de permettre expressément que des informations supplémentaires soient rendues accessibles au public, dans l'intérêt des entrepreneurs ou des fournisseurs. En particulier, les manuels, guides et recommandations sur la passation de marchés, qui n'ont souvent pas le statut de textes juridiques et risquent donc de ne pas entrer dans le champ d'application [du paragraphe 1 de l'article 5], peuvent couvrir des aspects importants des pratiques et procédures internes de passation des marchés, qu'il serait souhaitable de mettre à la disposition du public. Des incitations peuvent être fournies pour encourager la publication de certains types d'informations,

par exemple le dossier de sollicitation dans son intégralité, en permettant un abrègement du délai requis pour la soumission des offres. Bien que la Loi type exige que les informations minimales nécessaires à la transparence du processus de passation soient rendues accessibles au public et systématiquement tenues à jour, l'introduction d'exigences similaires à la publication d'informations supplémentaires qui sont utiles mais pas indispensables pourrait être onéreuse et avoir un effet dissuasif sur la publication elle-même. C'est pourquoi il n'est pas fait obligation de tenir à jour systématiquement ces informations, mais cette tenue à jour devrait être encouragée.

3) Un État adoptant devrait également examiner l'étendue des informations à mettre à la disposition du public et la manière dont elles devraient l'être. L'objectif est d'assurer un accès facile du public aux informations d'utilité et d'importance pratiques, ce qui peut être considérablement entravé si des informations abondantes proviennent de nombreuses sources dont l'authenticité et la fiabilité peuvent être incertaines, et dont la tenue à jour systématique risque d'être compromise. Si les mêmes informations publiées dans divers médias ne sont pas mises instantanément à la disposition de tous les fournisseurs intéressés, certains pourront recevoir de meilleures informations et se trouver, involontairement, dans une position plus avantageuse. Le contenu peut lui aussi être une source de préoccupations, notamment pour ce qui est des intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs, de l'application de la loi et de la concurrence loyale.

4) La Loi type traite ces problèmes en exigeant que toute information publiée en vertu de la Loi type soit mise à la disposition du public conformément aux "critères d'accessibilité" énoncés à l'article [4 *ter*]. Ces critères exigent que tout moyen de publication utilisé [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés, n'entraîne pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels, ou ne limite pas autrement la concurrence]. Un État adoptant [souhaitera peut-être] envisager des garanties supplémentaires, qui pourraient être insérées dans les règlements en matière de passation des marchés à adopter au titre de l'article 4 de la Loi type ou de toute autre réglementation appropriée. Par exemple, les règlements en matière de passation des marchés peuvent établir la primauté d'un média centralisé unique, où toutes les informations juridiquement contraignantes, authentiques et officielles relatives à la passation des marchés doivent être mises à la disposition du public régulièrement et rapidement, et systématiquement mises à jour, et où les règles définissant les relations avec d'autres médias où ces informations sont susceptibles d'être publiées sont bien précisées ("publications officielles" ou "journaux officiels"). Les réglementations peuvent explicitement interdire la publication des informations dans d'autres médias avant leur publication dans un média central expressément désigné, et exiger que les mêmes avis publiés dans différents médias contiennent les mêmes données."

b) Publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir

"1) Les moyens modernes de publication de l'information ont également rendu plus facile la publication d'informations sur les possibilités de marchés à

venir. Bien qu'elle n'ait pas de caractère contraignant, la publication de ces informations oblige les entités adjudicatrices à planifier les marchés, réduit le nombre de marchés passés "au coup par coup" ou "dans l'urgence" et devrait de ce fait diminuer le recours à des méthodes de passation moins concurrentielles (elle devrait cependant être sans incidence sur le processus de budgétisation). Elle permet aussi à un plus grand nombre de fournisseurs de prendre connaissance des possibilités de marchés, de voir s'ils sont intéressés par une participation et de préparer leurs offres à l'avance en conséquence, ce qui favorise également la concurrence, la transparence et les économies dans la passation. Ces informations peuvent également avoir une incidence positive dans un contexte plus général de gouvernance, notamment dans l'ouverture de la passation des marchés à l'examen du grand public et à la participation des communautés locales.

2) [d'autres dispositions dépendent de la décision du Groupe de travail concernant la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir en vertu de la Loi type]. Un État adoptant peut [exiger la publication de ces informations ou la considérer comme facultative,] [soumettre la publication de ces informations à des conditions particulières, par exemple établir un seuil à partir duquel elle serait exigée, et] définir, dans ses règlements en matière de passation des marchés, d'autres conditions de publication, telles que le contenu des informations publiées, la période couverte et le délai de publication."

III. Questions en suspens concernant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés: portée de la Loi type et du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphes 4 à 23, et A/CN.9/590, paragraphes 12 à 16)

46. Le Groupe de travail a décidé d'examiner ultérieurement s'il faudrait étendre le champ d'application actuel de la Loi type (qui ne couvre que la phase de sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel sera attribué le marché public) aux étapes de planification et d'administration des marchés⁵⁸, et notamment si des principes généraux minimums applicables à ces deux autres étapes devraient être énoncés dans la Loi type même ou si le Guide pour l'incorporation devrait traiter des bonnes pratiques en matière de planification et d'administration des marchés. De plus amples précisions pourraient être fournies au paragraphe 10 du Guide, qui indique actuellement, par exemple, que "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."

47. Le Groupe de travail a également décidé d'examiner ultérieurement s'il faudrait étendre la portée du Guide en y donnant davantage de précisions sur les aspects à traiter dans la réglementation et en y présentant des projets de réglementation (par exemple, sur l'authenticité, la confidentialité et la sécurité des communications électroniques). Il a relevé l'utilité que cette réglementation pourrait avoir pour l'harmonisation du droit des marchés, tout en soulignant qu'elle devrait faciliter les choses et non être prescriptive, et qu'elle devrait laisser une certaine marge de manœuvre aux États adoptants. Il a également reporté l'examen de la question de savoir si le Guide pour l'incorporation devrait devenir un guide à

l'intention non plus seulement des législateurs, mais également des utilisateurs, tels que les responsables de la passation de marchés dans les États adoptants, et dans l'affirmative, quelle forme devrait revêtir toute nouvelle recommandation⁵⁹.

48. Le Groupe de travail n'a pas encore décidé si le texte, à insérer dans le Guide pour l'incorporation, faisant référence à la nécessité d'une législation et de règlements d'application adéquats sur le commerce électronique devrait dire, des États adoptants, qu'ils "souhaiteront/voudront" ou qu'ils "souhaiteront/voudront peut-être" prévoir des dispositions appropriées à cet égard.

Notes

- ¹ En ce qui concerne les enchères électroniques inversées, voir A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1.
- ² Voir également A/CN.9/WG.I/WP.38, Chapitre II, sous-section 2 b).
- ³ Voir également A/CN.9/590, paragraphe 16.
- ⁴ Voir A/CN.9/WG.I/WP.34, paragraphe 13, A/CN.9/575, paragraphe 12, A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphe 16 et A/CN.9/590, paragraphe 19.
- ⁵ Pour le texte de la Loi type sur le commerce électronique, 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 ont été publiés comme 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/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.
- ⁶ Voir la section C ci-dessous et le document A/CN.9/575, paragraphes 12 à 14.
- ⁷ A/CN.9/590, paragraphes 19 à 26, sur la base du paragraphe 12 du document A/CN.9/575.
- ⁸ Le Groupe de travail se souviendra peut-être que la première formulation est plus courante dans la Loi type et dans le Guide pour l'incorporation, mais il souhaitera peut-être se demander si des références explicites aux "critères d'accessibilité" seraient plus utiles au lecteur.
- ⁹ A/CN.9/590, paragraphes 25 et 26.
- ¹⁰ Voir également, A/CN.9/590, paragraphe 24.
- ¹¹ A/CN.9/590, paragraphes 22 et 26.
- ¹² A/CN.9/590, paragraphe 27.
- ¹³ Résolution 51/162 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 1996.
- ¹⁴ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il convient de conserver dans la version finale du Guide pour l'incorporation les sous-titres figurant dans le projet, ceux-ci ayant été introduits principalement pour faciliter la lecture pendant le processus de rédaction. S'ils fournissent des repères utiles pour la consultation du document, les sous-titres risquent également d'affecter la fluidité du texte.
- ¹⁵ Ce passage a été ajouté pour répondre à la demande formulée par le Groupe de travail pour que soit introduite une description du terme "électronique" et des termes connexes dans le Guide pour l'incorporation, plutôt qu'une définition de ces termes dans la Loi type elle-même (voir également A/CN.9/590, paragraphe 43 et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 6 à 12).
- ¹⁶ A/CN.9/590, paragraphe 40.
- ¹⁷ A/CN.9/590, paragraphe 22, d'après la liste figurant au paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.I/WP.38.
- ¹⁸ A/CN.9/590, paragraphe 23.
- ¹⁹ A/CN.9/590, paragraphe 36.

- ²⁰ Article 4 *bis* actuel, énoncé plus haut. Voir également A/CN.9/590, paragraphe 28.
- ²¹ Voir plus haut, paragraphe 11.
- ²² A/CN.9/590, paragraphe 29, et paragraphe 4 des Remarques liminaires générales du Guide pour l'incorporation, introductives à l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation, figurant à la suite du paragraphe 13 ci-dessus.
- ²³ A/CN.9/590, paragraphe 31.
- ²⁴ A/CN.9/590, paragraphe 32.
- ²⁵ A/CN.9/590, paragraphe 33.
- ²⁶ Le texte proposé présente des modifications mineures par rapport à celui qui avait été proposé à la huitième session pour accompagner l'article 9 révisé de la Loi type, qui figure à la suite du paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1.
- ²⁷ A/CN.9/590, paragraphe 42.
- ²⁸ Voir note 8 ci-dessus.
- ²⁹ Le Groupe de travail estimera peut-être que toutes les considérations ou dispositions relatives aux "critères d'accessibilité" devraient figurer au même endroit, par exemple à l'article 4 *ter*. S'il se prononce pour cette solution, les dispositions du présent paragraphe et les passages pertinents du Guide pour l'incorporation (paragraphe 3 *bis*, *ter*, *quater* et *quinquies*) pourraient être déplacés.
- ³⁰ A/CN.9/590, paragraphes 35 et 38.
- ³¹ A/CN.9/590, paragraphe 34. Les "critères d'accessibilité" pourraient par exemple être introduits en tant que restriction au paragraphe 1 du texte ci-avant, les dispositions relatives à l'équivalence fonctionnelle étant introduites à la suite du paragraphe 2.
- ³² Le Groupe de travail a toutefois demandé qu'au cas où le paragraphe 1 *bis* précédent serait maintenu dans la disposition finale relative à l'"équivalence fonctionnelle", la mention de "communications avec" des fournisseurs ou des entrepreneurs devienne "communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou les entrepreneurs". Voir également A/CN.9/590, paragraphe 37. Cette demande a été appliquée au projet de paragraphe 1.
- ³³ A/CN.9/590, paragraphes 39 et 40.
- ³⁴ Voir note 29 ci-dessus.
- ³⁵ Ce texte remplace celui du paragraphe 3 bis de la version précédente. Voir également A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, paragraphes 1 à 4.
- ³⁶ Le Groupe de travail souhaitera peut-être placer les dispositions de ce paragraphe et des suivants à l'article 4 *ter* sur les "critères d'accessibilité". Voir note 29 ci-dessus.
- ³⁷ Voir paragraphe 48.
- ³⁸ Voir également A/CN.9/590, paragraphes 40 et 42.
- ³⁹ A/CN.9/590, paragraphe 41.
- ⁴⁰ Voir paragraphe 48.
- ⁴¹ S'agissant du maintien des sous-titres dans le texte, voir la note 14 ci-dessus.
- ⁴² Voir paragraphe 48.
- ⁴³ A/CN.9/590, paragraphe 24.
- ⁴⁴ Voir également A/CN.9/590, paragraphe 45.
- ⁴⁵ Le libellé exact de cette disposition dépendra des conclusions du Groupe de travail quant à la formulation des "critères d'accessibilité".
- ⁴⁶ Voir paragraphe 48.
- ⁴⁷ A/CN.9/590, par. 47.
- ⁴⁸ A/CN.9/590, par. 51.

-
- ⁴⁹ Le Groupe de travail a demandé que l'article 27 (Teneur du dossier de sollicitation) de la Loi type comporte l'obligation pour l'entité adjudicatrice d'indiquer dans ce dossier la forme sous laquelle les offres devaient être soumises, avec des renvois appropriés aux dispositions relatives à l'"équivalence fonctionnelle". Voir aussi le paragraphe 47 du document A/CN.9/590. Le secrétariat présentera une version révisée de l'article 27 en temps utile.
- ⁵⁰ A/CN.9/590, par. 50.
- ⁵¹ Une disposition équivalente sera intégrée dans les autres articles de la Loi type qui se rapportent aux réunions.
- ⁵² A/CN.9/590, par. 51.
- ⁵³ A/CN.9/590, par. 57 et 58.
- ⁵⁴ A/CN.9/590, par. 63.
- ⁵⁵ A/CN.9/590, par. 63 et A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 29.
- ⁵⁶ A/CN.9/590, par. 59 et 62.
- ⁵⁷ D'autres modifications pourraient également être requises pour prendre en compte la décision du Groupe de travail relative à la portée de l'article 5.
- ⁵⁸ A/CN.9/590, paragraphe 13, A/CN.9/WG.I/WP.36, par. 78, et A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphes 12 et 13.
- ⁵⁹ Voir pour plus de détail A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphes 9 à 11 et 19 à 23.
-