



Assemblée générale

Distr.: Limitée
19 juin 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Dixième session
Vienne, 25-29 septembre 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 et la publication électronique
d'informations relatives à la passation des marchés**

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-2	3
II. Propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics	3-37	3
A. Moyens et forme des communications	3-19	3
1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	3-17	3
2. Texte du Guide pour l'incorporation	18-19	7
B. Dispositions relatives à la valeur juridique des marchés conclus électroniquement et à l'obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché	20	8
C. Propositions de textes sur la soumission électronique des offres, des propositions et des prix	21-28	8
1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	21-26	8
2. Texte du Guide pour l'incorporation	27-28	9



D. Ouverture électronique des offres	29	10
E. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés	30-37	10
1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	30-34	10
2. Texte du Guide pour l'incorporation	35-37	11

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") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 53 du document A/CN.9/WG.I/WP.46, dont celui-ci est saisi à sa dixième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type afin de tenir compte des évolutions récentes, y compris l'utilisation des communications et des technologies électroniques, dans la passation des marchés publics.

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 neuvième sessions¹. À sa neuvième session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser les propositions de textes qu'il avait examinées à sa session². La présente note, élaborée en réponse à cette demande, présente les propositions de textes révisées afin de tenir compte des délibérations du Groupe à sa neuvième session.

II. Propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

A. Moyens et forme des communications

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

3. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations sur la base des deux projets d'article suivants de la Loi type, en se fondant sur les projets dont il était saisi à sa neuvième session³ et sur les dispositions de l'article 9 du texte actuel (1994) de la Loi type⁴:

"Article 5 bis. Moyens de communication

1) Toute disposition de la présente Loi relative à la communication[, 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 les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet/de communication], à condition que le moyen choisi soit facilement compatible avec ceux d'usage général [ou courant] parmi les fournisseurs ou entrepreneurs.

2) Les documents, notifications, décisions et autres communications 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 que le moyen spécifié soit susceptible d'être utilisé comme il est prévu au paragraphe précédent.

3) Les [règlements en matière de passation des marchés ou les entités adjudicatrices] [peuvent établir ou] [établissent] des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications.

[4) Les dispositions du premier paragraphe du présent article s'appliquent également à 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.]”

“Article 9 [5 ter]. Forme des communications

1) Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi, les documents, notifications, décisions et autres communications 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.

2) 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), à mettre à jour en fonction des modifications de la Loi type] peuvent être faites par un moyen n'attestant pas la teneur de la communication, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite communication et accessible pour être consultée ultérieurement.”

Commentaire – origine, emplacement et titre

4. L'article 5 *bis* proposé et l'article 9 révisé reflètent les délibérations du Groupe de travail à sa neuvième session sur les moyens et la forme des communications⁵. L'article 5 *bis* proposé contient des éléments qui n'apparaissent pas dans la Loi type actuelle, et l'article 9 révisé reprend les dispositions de l'article 9 actuel.

5. À sa neuvième session, le Groupe de travail a noté que les dispositions de l'article 5 *bis* énonçaient un principe fondamental relatif à l'utilisation des communications dans le processus de passation des marchés (le terme “communications” étant pris dans son sens le plus large) et qu'elles devraient donc être placées vers le début de la Loi type, avant toute identification des fournisseurs ou entrepreneurs. En conséquence, il était convenu à titre préliminaire qu'elles pourraient faire suite à l'article 5 actuel⁶.

6. À sa neuvième session, le Groupe de travail a remis à plus tard l'examen du titre de l'article 5 *bis* proposé⁷. Il voudra peut-être tenir compte du fait que cet article traite des moyens de communication (sur papier ou électroniques), alors que l'article 9 révisé traite de la forme des communications (sous forme écrite plutôt que sous forme verbale, ainsi que du contenu de la communication devant être attesté). Le Groupe de travail voudra peut-être refléter cette différence dans les titres des articles.

7. Le Groupe de travail n'a pas définitivement décidé si les dispositions ci-dessus devaient faire l'objet d'un ou de deux articles et s'il serait utile de les regrouper (en tant qu'articles 5 *bis* et 5 *ter* par exemple). À cet égard, il voudra peut-être examiner

si la différence entre les “moyens” et la “forme” des communications est suffisamment claire et s’il pourrait être utile, pour les utilisateurs de la Loi type, de faire une distinction entre les deux. Une autre possibilité pourrait consister à traiter des “moyens” et de la “forme” des communications dans un seul article composite qui pourrait être intitulé “Communications” (voir par. 12 ci-dessous).

Commentaire – le texte

8. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la référence aux “moyens” (de communication) dans le premier paragraphe du projet d’article 5 *bis* est suffisamment claire ou s’il faudrait qualifier le terme “moyens” pour préciser qu’il s’agit de “moyens de communication”. Il voudra peut-être envisager d’inclure des termes descriptifs comme les variantes entre crochets: “utilisés à cet effet”, ou “communication” pour fournir cette référence, tout en notant que la deuxième variante serait destinée à être interprétée au sens large (une explication dans ce sens devrait être donnée dans le Guide pour l’incorporation).

9. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le premier paragraphe de l’article 5 *bis* répond à son souhait de présenter la Loi type révisée d’une manière technologiquement neutre⁸. Le projet ci-dessus mentionne uniquement les “moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables” de communication, mais pas les moyens sur support papier. Une autre formulation, en termes technologiquement neutres, pourrait par exemple être la suivante:

“Toute disposition de la présente Loi relative à la communication [...] est interprétée comme incorporant tous les moyens [utilisés à cet effet/de communication], y compris les moyens sur support papier, électroniques ou optiques ou des moyens comparables”.

10. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l’article 5 *bis* assure l’équivalence fonctionnelle souhaitée, du fait qu’il n’y a pas de norme ou d’exigence pour les communications en général et que l’approche fondée sur l’équivalence fonctionnelle prévoit qu’il peut être satisfait à toute exigence de documents papier par des communications électroniques⁹. On pourrait envisager une autre formulation indiquant qu’il sera satisfait à une telle exigence par des moyens de communication sur support papier ou électroniques. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager aussi d’ajouter que toute communication émise dans le cadre d’une passation de marché régie par la Loi type peut l’être avec n’importe quel moyen de communication, sur support papier, électronique, optique ou un moyen comparable¹⁰.

11. Le Groupe de travail a noté que le premier paragraphe du projet d’article 5 *bis* portait non seulement sur les communications, mais également sur l’écrit, la publication d’informations, la soumission d’offres dans une enveloppe scellée, l’ouverture des offres, les procès-verbaux et les réunions. En revanche, les deuxième et troisième paragraphes concernaient uniquement les communications. À sa neuvième session, le Groupe de travail est convenu d’examiner à une session ultérieure si ces autres éléments devraient être inclus dans le premier paragraphe ou figurer à part dans un quatrième paragraphe du projet d’article, ou ailleurs dans le texte. Le texte entre crochets, aux paragraphes 1 et 4 du projet d’article 5 *bis*, signale cette question en suspens¹¹.

12. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il conviendrait de faire du premier paragraphe de l'article 5 *bis* un article distinct, qui pourrait être un article 2 *bis* intitulé "Interprétation", dans la mesure où il porte sur l'interprétation des dispositions suivantes de la Loi type, notamment celles qui sont liées à la publication d'informations relatives à la passation des marchés, dont la première apparaît dès l'article 5, c'est-à-dire avant l'article 5 *bis* proposé. Il voudra peut-être aussi considérer que, si cette approche est retenue, les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 5 *bis* devraient être regroupés avec l'article 9 révisé sous le titre "Communications" ou suivre immédiatement l'article 5 en tant qu'article 5 *bis*.

13. À sa neuvième session, le Groupe de travail a demandé que le terme "courant" soit ajouté après le terme "général" pour qualifier les moyens de communication utilisés parmi les fournisseurs ou entrepreneurs, de manière à assurer que le moyen de communication soit suffisamment disponible¹².

14. S'agissant du troisième paragraphe de l'article 5 *bis* proposé, le Groupe de travail est convenu d'examiner si c'était à l'entité adjudicatrice, et non à l'État adoptant par voie réglementaire, de se préoccuper des questions d'authenticité, d'intégrité, d'accessibilité et de confidentialité des communications figurant dans ce paragraphe et s'il faudrait laisser soit à l'entité adjudicatrice, soit à l'État adoptant la possibilité de le faire ou non ou bien l'obliger à le faire. Le texte entre crochets dans le paragraphe proposé signale cette question en suspens¹³.

15. En ce qui concerne l'article 9 révisé, le Groupe de travail se souviendra peut-être que le texte suit les premier et deuxième paragraphes du libellé actuel de l'article 9, avec l'ajout des mots "accessible pour être consultée ultérieurement" à la fin de chaque paragraphe. Ces mots ont été inclus pour que l'exigence selon laquelle les communications devraient attester leur teneur puisse durer et pour respecter les articles 6 et 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui portent respectivement sur la notion d'"écrit" et la conservation des communications électroniques¹⁴.

16. Le Groupe de travail a décidé d'examiner plus tard si le texte actuel de l'article 9-3¹⁵ devait être conservé sous une forme ou une autre, pour établir un principe général de non-discrimination dans l'utilisation des communications, ou si le premier paragraphe de l'article 5 *bis* proposé donnait des garanties suffisantes. À cet égard, il a relevé que la notion de non-discrimination existait, en dehors de l'article 9-3 actuel, dans d'autres dispositions du texte actuel de la Loi type, par exemple en termes positifs de traitement juste et équitable des fournisseurs et entrepreneurs à l'alinéa d) du préambule. Le Groupe de travail a exprimé l'avis que l'article 9-3 actuel pourrait être superflu compte tenu des nouvelles dispositions proposées de l'article 5 *bis* et de l'article 9 révisé pour les communications en général, mais que, dans le contexte de l'éventuelle soumission obligatoire des offres par voie électronique, une disposition relative à la non-discrimination pourrait rester nécessaire. Il a également décidé d'examiner plus tard la question de l'emplacement d'une disposition générale concernant la non-discrimination¹⁶.

17. À sa neuvième session, le Groupe de travail a confirmé que le choix du moyen de communication et de la forme des communications, que ce soit sur papier ou un moyen électronique, ou bien les deux, devait être laissé à l'entité adjudicatrice. Il a été décidé que le texte de la Loi type devrait expressément autoriser cette dernière à

choisir plus d'un moyen ou d'une forme de communication¹⁷. Le texte du projet d'article 5 *bis* et l'article 9 révisé ci-dessus permettent de choisir plus d'un moyen.

2. Texte du Guide pour l'incorporation

18. Le Groupe de travail a demandé que le texte du Guide pour l'incorporation relatif aux dispositions mentionnées ci-dessus:

- a) contienne une liste illustrative actualisée d'exemples des "moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables" de communication;
- b) explique que les dispositions du projet d'article 5 *bis*-1, bien qu'elles s'écartent des dispositions similaires d'autres textes de la CNUDCI, vont dans le même sens que ces derniers, y compris la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux¹⁸;
- c) indique que les dispositions de l'article 5 *bis*-1 proposé sont censées être interprétées largement de manière à englober toutes dispositions de la Loi type impliquant la présence physique ou un environnement papier;
- d) contienne des commentaires sur le rôle et la place de la passation électronique dans la dématérialisation des procédures gouvernementales;
- e) décrive les situations dans lesquelles la Loi type exige l'utilisation de moyens électroniques et fournisse plus d'orientations sur l'impact des différents degrés de recours au commerce électronique par les États adoptants;
- f) développe la notion de disponibilité générale des moyens de communication (dans l'idée que les entités adjudicatrices doivent tenir compte du niveau de pénétration des communications et des technologies électroniques sur le marché concerné lorsqu'elles choisissent un moyen de communication pour une passation donnée, ainsi que le coût de ce moyen);
- g) souligne que la question de savoir si l'utilisation de tel ou tel moyen de communication est objectivement justifiable dépendrait du pays et de la procédure de passation des marchés;
- h) aborde des questions techniques comme celles de l'interopérabilité et de la compatibilité;
- i) signale que des exigences plus strictes pourraient s'appliquer dans certaines circonstances (par exemple en vertu de traités internationaux ou des prescriptions d'une banque multilatérale de développement);
- j) souligne que le recours à des systèmes mixtes serait particulièrement approprié pendant la période de transition après l'introduction des moyens électroniques de communication dans la passation des marchés et que l'utilisation exclusive de tels moyens électroniques serait encouragée lorsqu'il y avait lieu à long terme;
- k) aborde la notion de discrimination et explique, à l'aide d'exemples, comment celle-ci pourrait se manifester dans la pratique;
- l) précise que le moyen de communication choisi ne constituerait pas un obstacle au processus de passation des marchés, car il compromettrait autrement la promotion des objectifs de la Loi type consistant à aboutir à un

maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés qui sont énoncés dans le préambule (alinéa a); et

m) traite en détail des problèmes posés par l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications¹⁹.

19. Le Groupe de travail recevra un projet de Guide pour l'incorporation qui tiendra compte de ces différents points et de ses décisions relatives aux questions abordées aux paragraphes 6 à 14 et 16 ci-dessus, pour examen à une session ultérieure.

B. Dispositions relatives à la valeur juridique des marchés conclus électroniquement et à l'obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché

20. Le Groupe de travail se rappellera peut-être que les suggestions d'ordre rédactionnel (formulées à la neuvième session²⁰) sur les dispositions du Guide pour l'incorporation dont il était saisi portaient sur la valeur juridique des marchés conclus électroniquement et l'obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché. Un projet de texte pour le Guide tenant compte de ces suggestions lui sera présenté pour examen à une session future.

C. Propositions de textes sur la soumission électronique des offres, des propositions et des prix

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

21. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations sur la soumission électronique des offres en se fondant sur le projet de texte ci-après pour l'article 30-5 a):

“Les offres sont soumises [par le moyen spécifié dans le dossier de sollicitation, et sont soumises] par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée²¹”.

Commentaire

22. À sa neuvième session, le Groupe de travail a noté que le texte proposé faisait référence à la fois au “moyen” et à la “forme” de soumission des offres. Bien que les “moyens” de soumission soient en fait définis dans l'article 5 *bis* proposé (les offres étant des “communications”, elles tombent dans le champ d'application de ce projet d'article), le Groupe de travail a estimé qu'il pourrait être utile de faire expressément référence à ces moyens dans l'article 30-5 a) pour préciser que les mots “par écrit, [sont] signées, et [sont] placées dans une enveloppe scellée” renvoient à la forme de soumission des offres et non au moyen par lequel elles sont soumises²².

23. En ce qui concerne la “forme” de soumission des offres, le Groupe de travail a noté que les conditions selon lesquelles les offres devaient être soumises par écrit, signées et placées dans une enveloppe scellée constituaient des garanties fondamentales pour la soumission des offres. Par conséquent, et malgré

l'environnement papier que cette formulation sous-entend, il a décidé que les termes "par écrit, sont signées et sont placées dans une enveloppe scellée" ne devraient pas être remplacés par des équivalents technologiquement neutres²³.

24. À cet égard, le Groupe de travail a également décidé de supprimer une option figurant dans l'actuel article 30-5 b) qui permettait à l'entité adjudicatrice d'assouplir les conditions de forme. Les dispositions de l'article 30-5 b), que le Groupe de travail a décidé de supprimer, prévoyaient en substance que les offres pouvaient être soumises "sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation, qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité". (L'expression "autre forme" fait référence à toute autre forme que la soumission des offres par écrit, signées et dans une enveloppe scellée.)

25. Même si l'article 5 *bis* proposé précise que les termes "par écrit" et "dans une enveloppe scellée" visent aussi bien les supports papier traditionnels que leurs équivalents électroniques, il n'énonce aucune exigence concernant la signature. Aux termes de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, l'exigence de la signature est satisfaite si une "méthode [fiable] est utilisée pour identifier" la personne et "pour indiquer qu'elle approuve" l'information contenue dans la communication électronique. Les questions découlant de l'utilisation des signatures électroniques et numériques sont examinées en détail dans la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques dont le texte s'inspire directement de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique²⁴.

26. Le Groupe de travail se rappellera peut-être que l'utilisation de signatures électroniques varie considérablement d'un pays à l'autre et que, dans certains cas, les signatures électroniques sont certifiées de manière indépendante (on parle alors de "signatures numériques")²⁵. Toutefois, les commentateurs ont noté que le fait d'exiger des signatures électroniques et numériques risquait de créer des obstacles techniques inutiles et de dissuader d'adopter des procédures dématérialisées. Comme le Groupe de travail l'a noté à sa neuvième session, quelques pays ont essayé d'éviter les conséquences techniques de l'obligation de signature d'un document électronique en indiquant que de tels documents étaient authentifiables²⁶. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la Loi type devait énoncer expressément l'équivalence fonctionnelle entre les signatures traditionnelles et les signatures électroniques et, dans l'affirmative, déterminer l'emplacement d'une telle disposition dans le texte. Il se rappellera peut-être que l'exigence de signature dans la Loi type concerne uniquement les offres et les marchés et, par conséquent, qu'une telle disposition sur la signature pourrait être incorporée soit dans l'article 5 *bis* proposé, soit dans les articles régissant la soumission des offres et les marchés. Il pourrait également examiner si l'équivalence fonctionnelle entre les signatures traditionnelles et électroniques pouvait être abordée dans le Guide pour l'incorporation.

2. Texte du Guide pour l'incorporation

27. Le Groupe de travail a noté que le Guide pour l'incorporation devrait aborder les questions suivantes en ce qui concerne la soumission électronique des offres: i) la référence aux "moyens" de soumission des offres sous-entend l'utilisation exclusive de moyens électroniques ou de supports papier, ou l'utilisation de systèmes mixtes (qui permettent aux fournisseurs de soumettre des offres sur papier

ou électroniquement, ou de soumettre certaines parties de leurs offres, comme des échantillons ou des dessins techniques, ou encore des attestations juridiques, sur papier); ii) l'opportunité de promouvoir la soumission électronique des offres à long terme, et l'utilisation de systèmes mixtes à titre provisoire; iii) les garanties équivalentes à l'écrit, à la signature et à une enveloppe scellée; iv) l'utilisation de technologies telles que les logiciels de détection de virus pour atténuer le risque de suppression d'une offre électronique par un virus (de manière à renforcer la confiance dans l'environnement électronique et sa transparence); et v) le point de savoir si les entités adjudicatrices devraient autoriser la soumission en double des offres sous différentes formes de manière à se prémunir contre une défaillance du système et les garanties qui devraient également être appliquées pour prévenir les abus²⁷.

28. Un projet de texte pour le Guide pour l'incorporation tenant compte de ces considérations et des décisions prises sur la question évoquée au paragraphe 26 ci-dessus sera présenté au Groupe de travail pour examen à une session future.

D. Ouverture électronique des offres

29. Le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire du libellé suivant pour le texte proposé de l'article 33-4 de la Loi type:

“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 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 capables de suivre l'ouverture des offres en direct par les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables de communication utilisés par l'entité adjudicatrice.”²⁸

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

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

30. À sa neuvième session, le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire de conserver le texte actuel de l'article 5 de la Loi type sans modifications et de traiter les points supplémentaires proposés²⁹ dans le Guide³⁰.

31. Le Groupe de travail doit décider à sa dixième session si, comme cela a été suggéré à sa neuvième session, le secrétariat devrait, lors de l'élaboration de l'article 5 révisé, scinder ce dernier en deux paragraphes, le premier portant sur les textes juridiques devant être publiés (législation, règlements en matière de passation des marchés et directives d'application générale) auxquels l'exigence d'une tenue à jour systématique continuerait de s'appliquer et le second sur les décisions judiciaires et les directives administratives importantes où les mots “systématiquement tenus à jour” seraient remplacés par “régulièrement mis à jour si

nécessaire” Cette proposition a bénéficié d’un certain soutien dans le Groupe de travail, mais aucune décision définitive n’a été prise³¹.

32. On attend du Groupe de travail à sa dixième session qu’il continue d’examiner l’opportunité d’inclure dans la Loi type des dispositions sur la publication d’informations sur les “possibilités de marchés à venir”, soit dans l’article 5, soit dans un article distinct, en tenant compte des délibérations tenues à sa neuvième session³². Il a été proposé à cette session que, lors de l’examen de cette question, le Groupe de travail évalue si la pratique de la publication de ce type d’informations serait conforme aux objectifs de la Loi type et s’il serait nécessaire alors d’insérer dans la Loi type une disposition d’habilitation spécifique pour promouvoir cette pratique³³.

33. Toujours à la neuvième session, il a été suggéré de modifier comme suit le texte proposé sur la publication d’informations sur les “possibilités de marchés à venir”:

“Aussi rapidement que possible après le début d’un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices [peuvent publier/publient] des informations sur les possibilités de marchés prévues pour les [l’État adoptant indique la période] suivant(e)s, et ces informations ne constituent pas le dossier de sollicitation ni des parties de ce dossier”.³⁴

34. Le Groupe de travail doit examiner si le texte, s’il est incorporé dans la Loi type, devrait avoir un caractère indicatif ou prescriptif (“peuvent publier” ou “publient”³⁵). Il voudra peut-être examiner si une formulation différente, qui indiquerait par exemple que les règlements en matière de passation de marchés peuvent énoncer la publication d’informations supplémentaires relatives à la passation des marchés (le Guide pour l’incorporation fournirait des orientations appropriées sur les informations devant être publiées), conférerait plus de souplesse à cet égard.

2. Texte du Guide pour l’incorporation

35. Le Groupe de travail a demandé à ce que le Guide pour l’incorporation traite de l’opportunité de mettre les informations suivantes à la disposition du public et de les tenir à jour:

- a) Les décisions judiciaires d’application générale et ayant valeur de précédent dans le domaine du droit des marchés³⁶;
- b) Les informations supplémentaires concernant les règles ou instructions internes, ou d’autres informations;
- c) Tous les autres documents et informations dont la Loi type exige la publication avec des références spécifiques à cette Loi³⁷; et
- d) Les informations sur les possibilités de marchés à venir³⁸.

36. Le Guide examinera également les problèmes rencontrés dans la pratique pour rendre les textes juridiques disponibles et accessibles, les moyens et les modalités de publication des informations et la notion de “mise à jour systématique” des informations mentionnée dans la version actuelle de l’article 5³⁹.

37. Le Groupe de travail a également demandé que soient apportées des modifications mineures au texte proposé du Guide pour l'incorporation dont il était saisi à sa neuvième session⁴⁰. Une version révisée du projet de texte du Guide pour l'incorporation tenant compte de ces suggestions et de celles qui sont faites aux paragraphes 35 et 36 ci-dessus ainsi que les décisions du Groupe de travail sur les questions soulevées aux paragraphes 31, 32 et 34 ci-dessus sera présentée au Groupe de travail pour examen à une session future.

Notes

¹ Pour les enchères électroniques inversées, voir A/CN.9/WG.I/WP.48.

² A/CN.9/595, par. 10 à 79.

³ A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 7, 17 et 20.

⁴ A/CN.9/595, par. 40 et 44.

⁵ A/CN.9/595, par. 11 à 46.

⁶ A/CN.9/595, par. 37.

⁷ A/CN.9/595, par. 37.

⁸ En examinant une question connexe, le Groupe de travail a noté “une certaine contradiction entre le principe de ‘neutralité technologique’ dans [ce texte] où il est fait référence à une technologie spécifique, contradiction qui devrait être réexaminée en temps utile” (A/CN.9/595, par. 15). Son attention est également attirée sur le débat qui a eu lieu à sa neuvième session au sujet de la soumission des offres. Il a été relevé que l’immense majorité d’entre elles continuaient d’être soumises de façon traditionnelle (A/CN.9/595, par. 55).

⁹ Il est indiqué au paragraphe 16 du Guide pour l'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique que l’“approche fondée sur l'équivalent fonctionnel” “[...] repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de *l'exigence traditionnelle de documents papier* et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique”. [italiques ajoutées]

¹⁰ Le Groupe de travail pourra peut-être aussi considérer qu’une formulation de ce type permettrait l’introduction d’une disposition relative à l’équivalence fonctionnelle régissant les signatures électroniques dans l’article 5 *bis*. Voir ci-dessous, le paragraphe 26 de la présente note.

¹¹ A/CN.9/595, par. 41.

¹² Voir le projet de texte qui fait suite au paragraphe 40 du document A/CN.9/595. Dans ce contexte, le Groupe de travail a rappelé que le terme “généralement” relevait de la notion d’universalité et que le terme “couramment” signifiait que la technologie était largement disponible, mais peut-être pas pour tous ou presque tous les utilisateurs, comme énoncé dans le document A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 18 a).

¹³ A/CN.9/595, par. 43.

¹⁴ 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 (aussi 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 le Guide pour son incorporation ont été publiés en tant que publication des Nations Unies, numéro de vente F.99.V.4, et peuvent être consultés sous forme électronique sur le site Internet de la CNUDCI:

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

La note explicative relative à l'article 6 (voir le paragraphe 50 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) prévoit que “l'article 6 s'attache à la

notion fondamentale d'une information pouvant être reproduite et lue. Cette notion est exprimée à l'article 6 dans des termes qui ont été jugés constituer un critère objectif, à savoir que les renseignements contenus dans un message de données doivent être accessibles afin de pouvoir être utilisés comme référence par la suite. Le mot 'accessible' implique qu'une information se présentant sous la forme de données informatisées doit être lisible et interprétable, et que le logiciel qui pourrait être nécessaire pour assurer la lisibilité de pareille information doit être préservé. Le mot 'consultée' vise non seulement la consultation par l'homme, mais également le traitement par ordinateur. Quant à l'expression 'être consultée ultérieurement', elle a été préférée à la notion de 'durabilité' ou à celle d' 'inaltérabilité', qui auraient constitué des normes trop strictes, et à des notions comme la 'lisibilité' ou l' 'intelligibilité', qui auraient représenté des critères trop subjectifs."

- ¹⁵ Le texte actuel est le suivant: "L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications". Le passage relatif à cette disposition dans le Guide pour l'incorporation énonce que: "Étant donné en particulier que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI sont encore inégalement disponibles et utilisées, le paragraphe 3 a été inclus pour prévenir la discrimination contre ou parmi les fournisseurs et entrepreneurs en raison de la méthode de communication qu'ils utilisent."
- ¹⁶ A/CN.9/595, par. 26 à 36 et 60.
- ¹⁷ A/CN.9/595, par. 59 et 60.
- ¹⁸ Résolution 60/21 de l'Assemblée générale.
- ¹⁹ A/CN.9/595, par. 11, 12, 14, 18 à 22, 30, 34, 38, 43 et 61.
- ²⁰ A/CN.9/595, par. 47 à 51.
- ²¹ A/CN.9/595, par. 63.
- ²² A/CN.9/595, par. 62.
- ²³ A/CN.9/595, par. 54.
- ²⁴ Pour le texte de la Loi type sur les signatures électroniques, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II. La Loi type et le Guide pour son incorporation ont été publiés sous forme de publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, et sont également disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html).
- ²⁵ Les signatures électroniques font appel au cryptage, parfois en utilisant une infrastructure à clef publique, et demandent des investissements considérables pour leur mise en place. Dans le secteur privé, le commerce électronique se fait sans signatures numériques. Pour de plus amples informations, voir le rapport final de la Conférence sur la passation électronique des marchés publics (e-GP), organisée par les banques multilatérales de développement à Manille, du 26 au 28 octobre 2004, disponible (en anglais uniquement) à l'adresse <http://www.mdb-egp.org/data/international.htm>.
- ²⁶ A/CN.9/595, par. 56.
- ²⁷ A/CN.9/595, par. 57 à 59.
- ²⁸ A/CN.9/595, par. 64 et 65, et A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 35 à 37.
- ²⁹ A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 38.
- ³⁰ A/CN.9/595, par. 66 à 74.
- ³¹ A/CN.9/595, par. 71.
- ³² A/CN.9/595, par. 75 à 78.
- ³³ A/CN.9/595, par. 78.

³⁴ A/CN.9/595, par. 76.

³⁵ A/CN.9/595, par. 76 et 77.

³⁶ A/CN.9/595, par. 68 et 74.

³⁷ A/CN.9/595, par. 74.

³⁸ A/CN.9/595, par. 76 à 78.

³⁹ A/CN.9/595, par. 69, 70 et 72.

⁴⁰ A/CN.9/595, par. 79.
