



# Assemblée générale

Distr. générale  
22 juillet 2011

Français  
Original: Anglais

---

## Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Quarante-quatrième session

### Compte rendu analytique de la 926<sup>e</sup> séance

Tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le lundi 27 juin 2011, à 14 heures.

*Président:* M. Wiwen-Nilsson.....(Suède)

## Sommaire

*Point de l'ordre  
du jour*

*Paragraphes*

4	Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ( <i>suite</i> ) . . . . .	1-66
---	--	------

---

Le présent compte rendu est sujet à rectifications.

Les rectifications doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *une semaine au plus tard à compter de la date du présent document*, au Chef du Service de la gestion des conférences, bureau D0771, Centre international de Vienne.

Les rectifications éventuelles aux comptes rendus des séances de la présente session seront groupées dans un rectificatif unique, qui sera publié peu après la clôture de la session.

V.11-84600 (F)



Merci de recycler

*La séance est ouverte à 14 h 20.*

**Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (suite)**  
(A/CN.9/729 et Add.1 à 8)

1. **Le Président** invite **M. Fruhmann** (Autriche) à exposer l'état d'avancement des travaux du groupe de rédaction.

2. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que le groupe de rédaction est convenu que l'expression "passation de marchés" devrait être comprise dans l'ensemble de la Loi type comme signifiant "passation de marchés publics".

3. Le groupe de rédaction est convenu que les termes "préqualification" et "présélection" devraient être définis à l'article 2, la "préqualification" étant définie comme "la procédure énoncée à l'article 17, qui vise à identifier, avant la sollicitation, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés" et la "présélection" comme "la procédure énoncée à l'article 48-3, qui vise à identifier, avant la sollicitation, un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui répondent le mieux aux critères de qualification de la passation concernée".

4. Le groupe de rédaction est convenu que la définition du terme "sollicitation" à l'alinéa o) de l'article 2 devrait être modifiée pour désigner une "invitation à soumettre des offres, à présenter des soumissions ou à participer à une procédure de demande de propositions ou à une enchère électronique inversée". La définition n'inclura pas les invitations à une procédure de préqualification ou de présélection, puisque celle-ci précède la procédure de sollicitation.

5. S'agissant de l'alinéa e) de l'article 2, le groupe de rédaction est convenu que les mots "une passation de marché qui se déroule" devraient être remplacés par "une procédure qui se déroule", dans un souci de cohérence avec l'usage du terme "procédure" au sous-alinéa iv) de cet alinéa e).

6. À propos de l'article 5, le groupe de rédaction est convenu que les mots "Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, le texte de" devraient être supprimés du paragraphe 1 et que le Guide pour l'incorporation expliquera que le paragraphe 2 renvoie à la jurisprudence tandis que le paragraphe 1 renvoie aux textes juridiques d'application générale, qui

n'englobent pas, par exemple, les mémorandums internes.

7. Le groupe de rédaction est convenu que le mot "public" devrait être remplacé par l'expression "toute personne" dans tout le texte.

8. **M<sup>me</sup> Nicholas** (Secrétariat), rappelant le point soulevé par la représentante du Mexique lors de la précédente séance à propos des mots "raisons et circonstances" employés au paragraphe 4 de l'article 8 et sa réponse<sup>1</sup>, dit que si la tradition juridique d'un État adoptant exige que le procès-verbal de la procédure de passation de marché expose les "motifs et circonstances", cet État pourra utiliser, dans la disposition inspirée de ce paragraphe 4, les mots "motifs et circonstances" au lieu de "raisons et circonstances".

9. Rappelant le point soulevé par la représentante du Mexique au sujet de l'alinéa b) du paragraphe 8 de l'article 92, **M<sup>me</sup> Nicholas** dit que, dans les expressions anglaises "materially inaccurate" et "materially incomplete", le terme "materially" est difficile à traduire vers d'autres langues, tout particulièrement parce qu'il est compris de diverses manières d'un pays à l'autre. Apparemment, personne ne songe à modifier la formulation du paragraphe 8 de l'article 9, dont l'alinéa a) prévoit la disqualification automatique en cas d'informations fausses et dont l'alinéa b) laisse en revanche une certaine marge de manœuvre à l'entité adjudicatrice dans les cas moins graves. Le Guide pour l'incorporation devrait expliquer l'objectif visé par ce paragraphe 8 et le concept de "substantialité".

10. **M<sup>me</sup> Andres** (Canada), faisant observer que l'alinéa f) du paragraphe 2 de l'article 9 parle de "déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications" alors que l'alinéa a) du paragraphe 8 parle d'informations "fausses" à propos des qualifications, propose que l'alinéa a) du paragraphe 8 soit ainsi libellé: "les informations ... présentées ... sont fausses ou fallacieuses".

11. Elle demande quelle est la différence entre les "déclarations fausses" et les "déclarations fallacieuses" à l'alinéa f) du paragraphe 2.

<sup>1</sup> Voir document A/CN.9/SR.925, paragraphes 53, 55 et 56.

<sup>2</sup> Voir document A/CN.9/SR.925, paragraphes 54 et 59 à 61.

12. **M<sup>me</sup> Nicholas** (Secrétariat) dit que, selon le Secrétariat, l'expression "déclaration fallacieuse" est toujours comprise comme impliquant une intention d'induire en erreur.

13. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) s'interroge sur la manière dont seront traités les commentaires reçus de l'Ukraine et contenus dans le document A/CN.9/730.

14. **Le Président** dit qu'il revient à l'Ukraine de présenter verbalement ces commentaires à la Commission. En l'absence de délégation ukrainienne, ils ne seront pas examinés, à moins d'être présentés verbalement par une autre délégation.

15. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant au paragraphe 5 de l'article 14, demande comment les fournisseurs ou les entrepreneurs inconnus de l'entité adjudicatrice pourront accéder aux informations concernant les reports de dates limites.

16. **M<sup>me</sup> Nicholas** (Secrétariat) explique qu'un report de date limite constitue une modification substantielle des informations initialement publiées par l'entité adjudicatrice et oblige donc à la publication d'un avis général, conformément au paragraphe 3 de l'article 15. Le lien entre les paragraphes 5 de l'article 14 et 3 de l'article 15 pourrait être expliqué dans le Guide pour l'incorporation.

17. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant à l'article 16, propose la suppression du sous-alinéa ii) de l'alinéa c) du paragraphe 1, car l'alinéa b) de ce même paragraphe traite déjà la question de l'émission d'une garantie de soumission en cas de passation d'un marché national.

18. Il estime que le sous-alinéa i) de l'alinéa f) du paragraphe 1 devrait être ainsi libellé: "Le retrait ou la modification de la soumission après la date limite de présentation des soumissions, ou le retrait ou la modification de la soumission avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation".

19. **Le Président** dit que la proposition du représentant de l'Autriche à propos du sous-alinéa ii) de l'alinéa c) du paragraphe 1 pourrait être traitée comme une question de rédaction.

20. S'agissant du commentaire de M. Fruhmann concernant le sous-alinéa i) de l'alinéa f) du paragraphe 1, l'alinéa d) du paragraphe 2 laisse présumer qu'une soumission peut être retirée ou

modifiée avant la date limite, mais seulement dans des circonstances exceptionnelles après celle-ci. Ce point également pourrait être traité comme une question de rédaction.

21. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), se reportant à la première phrase du paragraphe 2 de l'article 17, rappelle que sa délégation a recommandé, dans le document A/CN.9/730, qu'elle soit modifiée comme suit: "Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de préqualification, elle fait publier une invitation à participer à la préqualification dans la publication identifiée dans la réglementation en matière de passation des marchés".

22. **M. Fruhmann** (Autriche), qui soutient la proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique, remet en question, dans l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 17, l'emploi du terme "calendrier"; au moment où une invitation à participer à la préqualification est envoyée, il n'y a généralement pas de calendrier pour la fourniture des services. On pourrait peut-être dire "le calendrier envisagé" ou "le calendrier indicatif".

23. **Le Président** propose le mot "durée". La question devrait éventuellement être renvoyée au groupe de rédaction.

24. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 20, dit que, tout en n'adhérant pas au concept de "seuil minimum" pour les avantages financiers, il souhaiterait que le Guide pour l'incorporation explique clairement que l'exclusion ne saurait être déclenchée par toute offre d'avantage financier, quelle qu'elle soit, car une mauvaise interprétation de cet alinéa a) pourrait avoir des conséquences inattendues.

25. Il souhaiterait aussi que le Guide pour l'incorporation clarifie le sens des mots "avantage concurrentiel injuste" apparaissant à l'alinéa b) du paragraphe 1.

26. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est opposée à l'idée d'un "seuil minimum" car même un très petit avantage financier peut, dans certains cas, constituer une incitation significative.

27. À propos du sens de l'expression "avantage concurrentiel injuste", le projet de Guide donne déjà des exemples de ce qui peut constituer un tel avantage et souligne opportunément que les États adoptants

devraient eux-mêmes examiner la question compte tenu de leur situation.

28. Il importe que les spécialistes de la passation de marchés examinent les questions de concurrence non seulement dans le contexte d'une opération isolée de passation de marchés, mais également dans celui de l'ensemble des politiques internes relatives à la concurrence.

29. **M. Jezewski** (Pologne) s'oppose à l'idée d'un "seuil minimum" et dit que l'important est de déterminer s'il y a eu intention d'influencer la décision d'un agent public.

30. **M. Grand d'Esnon** (France) exprime son opposition à l'idée d'un "seuil minimum" pour les avantages financiers et dit que le Guide pour l'incorporation devrait peut-être souligner que les agents publics de certains États sont tenus de signer des codes de conduite lorsqu'ils participent à la passation de marchés publics.

31. **M. Phua** (Singapour) fait part de son opposition à l'idée d'un "seuil minimum" et dit que les agents publics de son pays ne peuvent accepter de cadeaux, même de faible valeur, sans avoir obtenu l'accord préalable de leur supérieur.

32. À propos des "avantages concurrentiels injustes", l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, daté de 1994, donne des exemples de mesures prises pour prévenir les avantages concurrentiels injustes dans les procédures de passation de marchés.

33. **Le Président** considère que la Commission ne souhaite pas modifier l'article 20.

34. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), rappelant la proposition de sa délégation, dans le document A/CN.9/730, d'insérer un article 20 *bis* traitant des éclaircissements sur les qualifications et les soumissions, demande s'il conviendrait d'inclure une disposition similaire dans la Loi type afin de régir la préqualification et d'inscrire au chapitre premier un article générique relatif aux éclaircissements sur les qualifications et les soumissions.

35. **Le Président** suggère que la question des éclaircissements sur les qualifications et les soumissions soit traitée dans les articles pertinents.

36. **M. D'Allaire** (Canada) exprime son soutien à cette suggestion et observe que le moment où une

entité adjudicatrice demande des éclaircissements varie selon les méthodes de passation de marchés.

37. Se reportant à l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 21, il propose d'en modifier le libellé comme suit: "Lorsque le prix du marché est inférieur au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation de marchés". Ce libellé serait identique à celui de la fin du paragraphe 2 de l'article 28.

38. **M<sup>me</sup> Andres** (Canada) propose d'ajouter les mots "à moins que la prorogation n'ait été accordée à l'entité adjudicatrice par les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une soumission et les entités qui ont fourni la garantie de soumission" à la fin de la dernière phrase du paragraphe 7 de l'article 21. Cet ajout éviterait de devoir rouvrir le processus de sollicitation.

39. **Le Président** dit que, s'il n'y a pas d'objection, il en déduit que la proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique en faveur d'un article 20 *bis* est acceptable.

40. **M. Fruhmenn** (Autriche) approuve la proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique concernant un article 20 *bis* et celle de la délégation canadienne concernant le paragraphe 7 de l'article 21.

41. **M. Grand d'Esnon** (France) exprime son soutien au libellé proposé par la délégation des États-Unis d'Amérique concernant un article complémentaire, tout en suggérant que celui-ci soit inséré avant l'article 19.

42. **Le Président** note, s'agissant de la proposition de la délégation canadienne d'un ajout au paragraphe 7 de l'article 21, que le paragraphe 2 de l'article 40 prévoit la prorogation de la période de validité des offres.

43. **M<sup>me</sup> González Lozano** (Mexique), tout en exprimant son soutien à la proposition du représentant des États-Unis d'Amérique concernant un article 20 *bis*, demande si les éclaircissements communiqués par un fournisseur ou un entrepreneur seront jamais dévoilés aux autres fournisseurs ou entrepreneurs et, si oui, à quel stade.

44. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), notant que le libellé proposé s'appuie dans une large mesure sur le paragraphe 1 de l'article 42, dit que les éclaircissements communiqués par un fournisseur ou entrepreneur ne seront pas dévoilés aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

45. **M<sup>me</sup> González Lozano** (Mexique) dit que, s'il est demandé à un fournisseur ou à un entrepreneur de communiquer un éclaircissement, tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre devraient, à un certain stade, être informés de la teneur de cet éclaircissement. Par exemple, si le fournisseur ou l'entrepreneur qui a communiqué l'éclaircissement remporte par la suite le marché et si d'autres fournisseurs ou entrepreneurs souhaitent contester la décision, ils devraient être en droit de savoir en quoi consistait cet éclaircissement.

*La séance est suspendue à 15 h 45; elle est reprise à 16 h 10.*

46. **Le Président**, rappelant que le représentant des États-Unis d'Amérique a dit que l'article 20 *bis* s'appuyait dans une large mesure sur le paragraphe 1 de l'article 42, demande au Secrétariat d'expliquer le lien entre les deux dispositions.

47. **M<sup>me</sup> Nicholas** (Secrétariat) dit qu'à la lumière des consultations qui se sont déroulées pendant la suspension de séance, le Secrétariat croit comprendre que le paragraphe 1 de l'article 42 servirait de base aux articles 20 *bis*/18 *bis*, l'objectif étant d'assurer que les mêmes procédures s'appliquent à l'éclaircissement des offres et à l'éclaircissement des informations concernant les qualifications. On veillera à bien préciser que les procédures d'éclaircissements ne doivent pas masquer des négociations.

48. **Le Président** suppose que la Commission souhaite accepter les propositions de la délégation canadienne à propos du paragraphe 3 b) de l'article 21 et du paragraphe 7 de ce même article, étant entendu que les libellés pourront éventuellement être affinés.

49. **M<sup>me</sup> Nicholas** (Secrétariat), se reportant à l'alinéa c) du paragraphe 2 de l'article 21 et au document A/CN.9/731/Add.3, dit que le Groupe de travail I a admis qu'il serait difficile d'établir un délai d'attente minimum pour tous les types de marchés. L'alinéa c) a donc été rédigé de manière à permettre à l'État adoptant de déterminer le délai d'attente minimum dans chaque cas.

50. **Le Président** propose que l'alinéa prévoie que la durée du délai d'attente soit telle que fixée dans le dossier de sollicitation conformément aux prescriptions des règlements en matière de passation de marchés, qui

pourraient spécifier des délais d'attente différents pour des situations différentes.

51. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), rappelant la proposition de la délégation canadienne concernant l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 21, propose que le paragraphe 2 de l'article 22 prévoie que le seuil minimum soit spécifié dans les règlements en matière de passation de marchés.

52. **M. Fruhmman** (Autriche), se reportant à la deuxième phrase du paragraphe 3 de l'article 23, dit que les entités adjudicatrices de certains pays de l'Union européenne exigent dans leurs dossiers de sollicitation que les fournisseurs ou les entrepreneurs donnent leur consentement à la divulgation de toute information qu'ils fourniront aux entités adjudicatrices, l'acceptation de cette exigence étant une condition préalable à la participation aux procédures de passation. Sous sa forme actuelle, le paragraphe 3 de l'article 23 permettrait cette pratique, qui pourrait favoriser les manipulations.

53. **Le Président** propose de supprimer les mots "ou si le dossier de sollicitation l'autorise" au paragraphe 3 de l'article 23.

54. **M. Fruhmman** (Autriche) dit que la suppression de ce membre de phrase ne suffira pas à couvrir toutes les tentatives de contourner l'esprit de la Loi type, mais manifeste néanmoins son soutien à la proposition.

55. **M. Grand d'Esnon** (France), tout en exprimant son soutien à la suppression des mots "ou si le dossier de sollicitation l'autorise", dit que, même sans ces mots, la divulgation serait possible à un stade ultérieur si "l'autre partie y consent". Il propose à cet égard que les mots "l'autre partie" soient remplacés par "les autres parties".

56. **Le Président** dit que la confidentialité devrait être d'une rigueur uniforme tout au long du processus de passation de marchés et propose que le Guide énonce sans équivoque que seules des circonstances exceptionnelles devraient justifier le recours à l'option du "consentement préalable".

57. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) dit qu'il importe de traiter en détail dans le Guide pour l'incorporation le risque que l'entité adjudicatrice se livre à des manipulations lors du traitement d'informations confidentielles.

58. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant à l'article 24, dit qu'en cas d'abandon de la procédure de passation de marché, certaines des informations devant être obligatoirement inscrites au procès-verbal pourraient ne pas exister encore ou ne pas être disponibles.

59. Il propose d'insérer les mots "à moins que ces informations n'apparaissent pas dans la procédure de passation" au paragraphe 3, après "sur demande", en les accompagnant d'une explication dans le Guide pour l'incorporation.

60. **M<sup>me</sup> Nicholas** (Secrétariat), répondant à un point soulevé par le représentant de l'Autriche, dit que selon l'interprétation du Secrétariat, le prix de la soumission qui l'a emporté sera généralement divulgué au public dans l'avis d'attribution du marché, mais non les prix des autres soumissions. Il est cependant nécessaire d'indiquer clairement si les prix devraient être divulgués aux fournisseurs ou aux entrepreneurs concurrents. Le Groupe de travail I a souligné le dilemme entre la nécessité d'éviter les collusions et celle d'être transparent, et le Secrétariat serait heureux de recevoir les orientations de la Commission en la matière.

61. S'agissant de la proposition du représentant de l'Autriche relative à un ajout au paragraphe 3 de l'article 24 dans le cas d'un abandon de la passation de marché, la soumission à retenir ne serait pas acceptée. Le Secrétariat devrait vérifier pourquoi il a été prévu

que l'abandon d'une passation de marché devra mener à la divulgation d'informations qui ne sont plus pertinentes. Il faudrait peut-être supprimer les mots "ou de l'abandon de la passation de marché".

62. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), se reportant à l'alinéa s) du paragraphe 1 de l'article 24, dit que la plupart des fournisseurs ou entrepreneurs ne voient pas d'objection à la divulgation des prix des marchés, mais n'aiment pas divulguer les composantes de ces prix, car les concurrents pourraient alors être en mesure de déduire la structure de coûts sur laquelle se fonde l'offre retenue — en d'autres termes "le mode de détermination du prix".

63. **Le Président** propose que les mots "le mode de détermination du prix" soient supprimés de l'alinéa s) du paragraphe 1 de l'article 24.

64. **M<sup>me</sup> Nicholas** (Secrétariat) dit que les renvois à cet alinéa s) devront alors être supprimés au paragraphe 3, qui dès lors sera en harmonie avec le paragraphe 4.

65. Le procès-verbal tenu par l'entité adjudicatrice devrait néanmoins comprendre les informations visées à l'alinéa s) du paragraphe 1, mais ces informations ne seraient pas divulguées.

66. **Le Président** propose que la question soit renvoyée au groupe de rédaction.

*La séance est levée à 17 heures.*