



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 928^e séance

Tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mardi 28 juin 2011, à 14 heures

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

Sommaire

*Point de l'ordre du
jour*

Paragraphes

- | | | |
|---|--|------|
| – | Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (<i>suite</i>) | 1-54 |
|---|--|------|


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.11-84624 (F)



Merci de recycler 

La séance est ouverte à 14 h 15.

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. **M. Fruhmann** (Autriche), se référant à l'article 10, dit que le groupe de rédaction propose de scinder le paragraphe 1 en deux alinéas.

2. L'alinéa a) serait alors formulé comme suit: "Le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, contient une description de l'objet du marché". L'alinéa b) serait ainsi formulé: "L'entité adjudicatrice fait figurer dans le dossier de sollicitation la description détaillée de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les soumissions, y compris les exigences minimales auxquelles les soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes et la manière dont ces exigences seront appliquées". La phrase dont l'ajout à la fin de l'article 9-4 a été proposé à la séance précédente serait naturellement supprimée.

3. De plus, le groupe de rédaction est convenu d'un commentaire à insérer dans le Guide pour l'incorporation, qui fixerait les règles générales et les exceptions relatives à l'article 10, et renverrait aux alinéas a) des paragraphes 1 et 2 de l'article 29. Il est proposé à cet égard d'ajouter au début de l'article 29-1 a) la première partie de l'article 29-2 a), pour aligner les deux dispositions. L'article 29 1-a) serait alors ainsi formulé: "Elle [l'entité adjudicatrice] est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché conformément à l'article 10 de la présente Loi et estime que à ses besoins;"

4. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que le libellé proposé pour l'article 29-1 a) dénaturerait la procédure des appels d'offres en deux étapes, qui présuppose une description détaillée au début de la procédure de passation.

5. **M. Fruhmann** (Autriche) répond que la question soulevée par le représentant des États-Unis d'Amérique n'entre pas dans le champ de celles que le groupe de rédaction doit résoudre.

6. **M^{me} Miller** (Observatrice de la Banque mondiale) dit que les directives de la Banque mondiale autorisent les appels d'offres en deux étapes lorsqu'il n'est ni souhaitable ni possible de préparer par avance des spécifications techniques complètes. L'actuelle

formulation de l'article 29-1 a) n'est sans doute pas idéale, mais la Banque mondiale l'a acceptée.

7. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) dit que, lorsqu'il a examiné la procédure d'appels d'offres en deux étapes, le Groupe de travail I a décidé que ce type de procédure pourrait démarrer soit avec une spécification technique détaillée que l'on pourrait modifier, soit avec des critères généraux qui pourraient être affinés. Le Groupe de travail I a proposé que l'une des conditions de l'utilisation des appels d'offres en deux étapes soit ainsi libellée: "L'entité adjudicatrice estime qu'une étape peut être nécessaire dans la procédure pour améliorer les caractéristiques techniques et pratiques de l'objet du marché, qui peut comprendre des discussions avec les fournisseurs et les entrepreneurs afin que l'entité adjudicatrice puisse les formuler conformément aux procédures imposées par l'article 10 et trouver ainsi la solution la mieux adaptée à ses besoins."

8. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que les appels d'offres en deux étapes sont mal vus par un grand nombre, y compris par le Secrétariat, mais que certains pays y ont recours.

9. Lorsque le texte de 1994 de la Loi type a été rédigé, la Commission savait que divers types d'appels d'offres en deux étapes existaient, et le texte en a tenu compte. Sa délégation souhaite néanmoins prévoir des dispositions plus strictes.

10. **Le Président** répond que le texte devrait aussi être aligné sur les paragraphes 2 et 3 de l'article 47.

11. **M. Fruhmann** (Autriche), se référant à l'article 14-1, dit que le groupe de rédaction propose d'insérer le mot "in" avant les mots "the pre-qualification or pre-selection documents", dans la version anglaise. S'agissant de l'article 36 c), il dit que le groupe de rédaction propose que les mots "Un résumé des" soient ajoutés en début de phrase, de sorte que le libellé deviendrait "Un résumé des critères et ...".

12. **M. D'Allaire** (Canada), s'exprimant sur l'article 52-1 k), dit que la note de bas de page s'y rapportant énonce une évidence et devrait être supprimée.

13. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) dit que l'article 52-1 k) entre parenthèses s'explique par le fait que, lorsque le Groupe de travail I avait discuté des

enchères électroniques pour la première fois, quelques années plus tôt, l'on craignait que les systèmes informatiques ne puissent les maîtriser. Ce risque a nettement diminué avec l'émergence des nouvelles technologies de l'informatique. Le Groupe de travail I n'a cependant pas souhaité supprimer l'alinéa k) du paragraphe 1, en dépit de sa pertinence aujourd'hui réduite.

14. **M. Grand d'Esnon** (France), exprimant son soutien à la suppression de la note de bas de page, explique que ces notes seraient dans la plupart des cas frappées de redondance par le Guide pour l'incorporation. C'est pourquoi il estime que les notes des articles 26-1 et 29-2 devraient être supprimées □ et tout particulièrement cette dernière.

15. **M. Fruhmann** (Autriche) dit qu'il n'a pas d'opinion très arrêtée sur la note afférente à l'alinéa k) du paragraphe 1 entre parenthèses, mais que, si elle était conservée, elle devrait logiquement être attachée au paragraphe 2. La Commission devrait néanmoins décider du traitement à réserver au texte entre parenthèses.

16. **Le Président** propose, à la suite des commentaires de **M. Fruhmann** (Autriche) et de **M^{me} Nicholas** (Secrétariat), que le dernier membre de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 52 — "le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties" — soit supprimé.

17. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que, si la note de bas de page correspondant à l'alinéa k) du paragraphe 1 de l'article 52 était supprimée, cet alinéa devrait figurer sans les parenthèses et la note devrait, si nécessaire, être remplacée par une explication dans le Guide pour l'incorporation.

18. Il demande si, dans les pays où les enchères électroniques sont utilisées, comme le Brésil et Singapour, les entités adjudicatrices ont été confrontées à un afflux de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

19. **M^{me} González Lozano** (Mexique) explique qu'elle n'est pas favorable à la suppression de la référence au "document contractuel" à l'article 52-1 c). Les fournisseurs et les entrepreneurs doivent connaître par avance le "détail des clauses" du document qu'ils devront signer si le marché leur est attribué.

20. **Le Président** dit que les mots "le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties" pourraient éventuellement être conservés, et le sens de "document contractuel" expliqué dans le Guide pour l'incorporation.

21. **M. Phua** (Singapour), répondant à la question posée par le représentant des États-Unis, dit que les entités adjudicatrices de Singapour n'ont pas été débordées par un afflux de fournisseurs ou d'entrepreneurs alors même qu'aucune limite n'avait été fixée au nombre de ceux qui pourraient participer à des enchères électroniques inversées. Il est cependant exigé qu'avant de participer à des enchères électroniques inversées, les fournisseurs et les entrepreneurs se forment à l'utilisation de ce système.

22. **Le Président** propose, à la suite d'une explication de **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) sur la façon dont les parenthèses ont été utilisées dans le projet de texte révisé de la Loi type, que les parenthèses contenant l'alinéa k) du paragraphe 1 et le paragraphe 2 de l'article 52 soient conservées, mais que la note relative à l'alinéa k) du paragraphe 1 soit supprimée.

23. **M. Grand d'Esnon** (France) estime que toutes les parenthèses du projet de texte révisé de la Loi type devraient être supprimées, des explications étant données dans le Guide pour l'incorporation, le cas échéant.

24. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que, dans un souci de cohérence, l'article 57 devrait contenir un renvoi à l'article 8 similaire à celui figurant dans l'article 59-3 e) i).

25. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) rappelle que l'attribution d'un accord-cadre fermé se déroule selon des méthodes de passation qui exigent déjà une déclaration conforme à l'article 8. Il n'est donc pas nécessaire que l'article 57 contienne une référence à l'article 8.

26. **Le Président** considère que cet article 57 devrait rester inchangé.

27. **M. D'Allaire** (Canada), se référant au paragraphe 3 e) ii) de l'article 59, dit qu'il devrait rester entre parenthèses mais que la note de bas de page devrait être supprimée. La question est particulièrement sensible, alors que la note n'ajoute rien d'intéressant.

28. **M. Fruhmenn** (Autriche) dit que les alinéas b) et c) du paragraphe 3 de l'article 59 semblent dire la même chose en des termes légèrement différents. L'un de ces alinéas devrait donc être supprimé.

29. **M^{me} González Lozano** (Mexique) dit que les mots “, ou seulement à chaque partie à l'accord-cadre qui est alors capable de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché” à l'article 61-4 a) risque d'ouvrir la voie à des jugements subjectifs de la part de l'entité adjudicatrice, ce qui pourrait donner lieu à des réclamations. Les invitations écrites à présenter des soumissions devraient être adressées à tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre.

30. **Le Président** dit qu'il ne verrait aucun mal à la suppression de ces mots.

31. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) fait remarquer que, si ces mots étaient supprimés, l'entité adjudicatrice pourrait devoir envoyer des centaines d'invitations écrites.

32. **M^{me} González Lozano** (Mexique) dit que, si ces mots étaient conservés, l'entité adjudicatrice pourrait décider arbitrairement de ne pas adresser d'invitation écrite à un fournisseur ou un entrepreneur qui, avec le temps, pourrait tout à fait devenir capable de répondre à ses besoins. Elle se demande, par exemple, qui peut être certain en janvier que tel fournisseur ou entrepreneur sera capable de répondre à ses besoins en septembre.

33. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que l'idéal serait que tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à un accord-cadre reçoivent une invitation écrite. Le problème est que, dans le cas des accords-cadres fermés, les prix sont déjà fixés, et que les parties ne peuvent pas refuser de présenter une offre sur la base de ces prix si elles y sont invitées.

La séance est suspendue à 15 h 30; elle est reprise à 16 heures

34. **M. Cachapuz de Medeiros** (Brésil) dit que les mots “, ou seulement à chaque partie ... l'objet du marché” figurant à l'article 61-4 a) ne sont pas nécessaires et créent une incertitude susceptible de mener à des contestations devant les tribunaux.

35. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que des discussions informelles se sont tenues pendant la suspension à propos d'une nouvelle formulation pour

l'article 61-4 a), mais qu'il faudrait encore approfondir la question, toujours de façon informelle.

36. **M. Fruhmenn** (Autriche), se référant à l'article 62, propose de modifier le libellé du titre comme suit: “Modifications [possibles] pendant la durée d'application d'un accord-cadre”.

37. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), appelant au maintien du titre en l'état, dit que le principe de “l'interdiction de toute modification substantielle” s'applique à tous les stades de la procédure de passation. Refuser tout type de changement reviendrait à s'imposer un carcan.

38. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) dit que le titre devrait être laissé en l'état.

39. **Le Président** dit que, compte tenu des problèmes soulevés par le mot “substantiel”, la Commission devrait peut-être accepter la proposition du représentant de l'Autriche, ou renvoyer la question au groupe de rédaction.

40. **M. D'Allaire** (Canada), se référant à l'article 63, pointe l'absence de clarté quant à ce que sont censés faire les fournisseurs ou les entrepreneurs s'ils veulent contester une décision ou un acte de l'entité adjudicatrice. Il demande s'il est obligatoire, par exemple, de commencer par soumettre une demande de réexamen à une instance administrative ou s'il est possible de saisir directement les tribunaux en appel. Il serait fort regrettable qu'un État dépense de l'argent à mettre sur pied une instance administrative spécialisée dans les questions de passation de marchés, pour qu'elle soit finalement contournée. Il est crucial que la Loi type aide à déterminer quelles possibilités de recours sont disponibles, et dans quel ordre.

41. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que, dans son pays, un plaignant peut engager une procédure soit devant une instance administrative soit devant un tribunal.

42. **M. Grand d'Esnon** (France) réclame une plus grande clarté. L'article ne peut pas énumérer tous les scénarios possibles; ceci est du ressort du Guide pour l'incorporation. Le groupe de rédaction devrait être très attentif à cet article.

43. **M. D'Allaire** (Canada) dit qu'une solution pourrait être que l'article indique, par exemple, trois scénarios possibles, étant entendu que les États pourraient faire d'autres choix s'ils le souhaitaient.

Une autre solution consisterait à supprimer l'article et à laisser les États décider par eux-mêmes de leur système de recours, avec l'aide du Guide pour l'incorporation.

44. **M^{me} Anchishkina** (Fédération de Russie) dit que, selon sa délégation, le libellé actuel de l'article 63 est bien équilibré.

45. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que le libellé actuel de l'article 63 montre qu'il est difficile de généraliser sur les systèmes de recours. Il faut laisser la place à l'expérimentation, de sorte que ces systèmes puissent évoluer.

46. **M. Xiao** (Chine) dit que l'article 63 devrait dans la mesure du possible envisager différents systèmes de recours.

47. **M. Jezewski** (Pologne) dit que, même si le système de recours fonctionne bien dans son pays et si les procédures de contestation ne durent pas plus de deux mois, sa délégation est favorable aux propositions émises par le représentant du Canada.

48. Il propose d'ajouter à l'article 63 une note de bas de page similaire à la note 7 relative à l'article 66. Cela pourrait apaiser les préoccupations des États ne disposant pas d'une instance d'arbitrage indépendante.

49. **M. Phua** (Singapour) dit que l'article 63 n'est pas une invitation à choisir à son gré; il s'agit simplement d'une introduction au chapitre VIII, qui établit clairement que les fournisseurs ou les entrepreneurs contestant une décision ou un acte de l'entité adjudicatrice doivent démontrer qu'ils ont subi une perte ou un dommage.

50. **Le Président** propose que le paragraphe 1 de l'article 63 s'achève avec les mots "... contester cette décision ou cet acte" et qu'il y ait un paragraphe permettant à l'État adoptant d'indiquer les options qu'il souhaite offrir en matière de recours.

51. **M. Grand d'Esnon** (France), insistant fortement pour que l'article 63 soit laissé tel quel, dit que la question principale semble être celle de déterminer si les trois voies de recours indiquées devraient être disponibles de façon parallèle ou séquentielle. Toute le problème du chapitre VIII dans son ensemble est qu'il n'existe pas de solution unique; un système de recours conviendra à certains États, et pas à d'autres.

52. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation souhaite que le Guide pour l'incorporation explique la possibilité pour les États d'adopter une approche soit parallèle soit séquentielle et hiérarchique, et qu'il renvoie à certains des problèmes qui devraient être pris en compte. Par exemple, si une approche hiérarchique était adoptée, les fournisseurs ou les entrepreneurs pourraient être contraints de saisir une instance corrompue ou faible à un niveau inférieur avant de pouvoir chercher réparation au niveau judiciaire, l'intention étant de décourager les plaignants potentiels.

53. **M. Fruhmann** (Autriche) rappelle que, lors de sa quarante-deuxième session, la Commission a décidé de ne pas se prononcer sur la manière dont les États adoptants devraient choisir quel système de recours utiliser. C'est aux États de choisir, sous réserve que certaines normes soient satisfaites.

54. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il y a de bonnes raisons de supprimer la deuxième moitié du paragraphe 1 de l'article 63 et la totalité du paragraphe 2, ce qui laisserait les États libres de choisir, avec l'ajout d'une note de bas de page disant que les États peuvent adopter soit une approche parallèle soit une approche hiérarchique.

La séance est levée à 17 heures.