

**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 929^e séance**

Tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mercredi 29 juin 2011, à 9 h 30

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>)	1-56
---	--	------

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.11-84629 (F)



Merci de recycler

La séance est ouverte à 9 h 50.

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 continuer son exposé sur les résultats des discussions du groupe de rédaction.

2. **M. Fruhmann** (Autriche), se référant à la définition de la “passation de marché” dans l’article 2 h) du projet de texte révisé de la Loi type, dit que, selon le groupe de rédaction, les mots “l’acquisition de biens, de travaux ou de services” ne définissent pas “l’objet du marché” et que ce dernier terme, figurant entre parenthèses, devrait donc être supprimé. Certains participants ont certes estimé que “l’objet du marché” devrait être défini, mais aucun consensus ne s’est dégagé quant à l’éventuel libellé d’une définition. Il a été considéré que la question de savoir s’il convient de définir “l’objet du marché”, et comment, est un problème de fond que la Commission devrait examiner à l’une de ses séances.

3. En ce qui concerne l’article 15-1, le groupe de rédaction a proposé de remplacer dans la version anglaise les mots “such time as will” par “a time period that will” (“dans un délai”).

4. **M. Fruhmann** précise que la délégation des États Unis d’Amérique proposera un article 15 *bis* sur la clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions.

5. En ce qui concerne l’article 16-1, le groupe de rédaction a proposé de supprimer le sous-alinéa ii) de l’alinéa c) et de fusionner le sous-alinéa i) avec le chapeau de l’alinéa c), qui se lirait alors comme suit: “Nonobstant ... énoncées dans le dossier de sollicitation, sauf si, en acceptant la garantie, elle viole une loi du présent État”.

6. Le groupe de rédaction a proposé que la fin de l’article 17-3 b) soit modifiée comme suit: “... ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l’achèvement des travaux ou la fourniture des services;”.

7. En ce qui concerne l’article 19-1, le groupe de rédaction a proposé que l’alinéa c) soit supprimé et que le paragraphe 2 soit modifié comme suit: “La décision de l’entité adjudicatrice de rejeter une soumission conformément au présent article et les raisons de cette

décision ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l’entrepreneur en vertu du présent article sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché. La décision de l’entité adjudicatrice et les raisons de cette décision sont promptement communiquées au fournisseur ou à l’entrepreneur concerné.”

8. À propos de l’article 21-7, le groupe de rédaction a proposé de le terminer par les mots: “, à moins que celle-ci ne soit prorogée en vertu de l’article 40-2”.

9. S’agissant de l’article 23-3, le groupe de rédaction a proposé que les mots “ou si le dossier de sollicitation l’autorise” soient supprimés et que le mot “such” soit ajouté après les mots “no party to any” dans la version anglaise. La deuxième phrase du paragraphe deviendrait alors: “Sauf si la législation l’exige ou [nom du ou des tribunaux] ou [nom de l’organe concerné désigné par l’État adoptant] l’ordonne, aucune partie aux discussions, aux communications, aux négociations ou au dialogue ne divulgue...”.

10. En ce qui concerne l’article 24, le groupe de rédaction a proposé qu’au paragraphe 1 r) les mots “where the written procurement contract” soient remplacés par “where a written procurement contract” dans la version anglaise; qu’au paragraphe 1 s) les mots “, ou le mode de détermination du prix,” soient supprimés, la suppression restant à expliquer dans le Guide pour l’incorporation; qu’à la première phrase du paragraphe 3 les mots “du paragraphe 1 du présent article” et “ou de l’abandon de la passation de marché” soient supprimés et que les mots “, sauf si l’entité adjudicatrice estime que la divulgation de ces informations nuirait à la concurrence loyale” soient ajoutés à la fin de la phrase, de sorte que cette première phrase deviendrait “Sauf si elle est divulguée conformément à l’article 41-3 de la présente Loi, la partie du procès-verbal visée aux alinéas p) à t) est communiquée sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission après qu’ils ont pris connaissance de l’acceptation de la soumission à retenir, sauf si l’entité adjudicatrice estime que la divulgation de ces informations nuirait à la concurrence loyale.”; et qu’au paragraphe 4 b) les mots “, ainsi qu’au montant des soumissions,” soient supprimés.

11. Enfin, le groupe de rédaction a proposé de remplacer le mot “précision” par le mot “niveau de détail” à l’article 29-1 a).
12. **M. Wallace** (États-Unis d’Amérique) demande si le groupe de rédaction a achevé son examen de la deuxième phrase du paragraphe 3 et son examen du paragraphe 4.
13. Il souligne la nécessité de clarifier la relation entre l’article 29-1 a) et l’article 47. Cette question pourrait éventuellement être abordée pendant l’examen de l’article 47.
14. **M. Fruhmann** (Autriche), se référant à la deuxième phrase du paragraphe 3, dit que la question concernant le type d’informations susceptibles d’être divulguées reste à débattre.
15. En ce qui concerne l’article 29-1 a), il ajoute qu’il n’y a pas eu d’objection au sein du groupe de rédaction à l’idée de réécrire ledit alinéa a) à la lumière de l’article 47, et qu’il a été décidé que cette idée serait abordée lors de l’examen de l’article 47.
16. **M. D’Allaire** (Canada), se référant à la première phrase de l’article 24-3, s’interroge sur la proposition de supprimer les mots “du paragraphe 1 du présent article”; il est d’avis que ces mots rendent le texte plus clair. La proposition d’ajouter les mots “, sauf si l’entité adjudicatrice estime que la divulgation de ces informations nuirait à la concurrence loyale” n’est pas, à ses yeux, utile, car l’intention de ne pas nuire à la concurrence loyale est couverte par l’article 24-4, dont la teneur s’applique évidemment à l’article 24-3. L’insertion du texte supplémentaire proposé pourrait soulever la question de savoir pourquoi les éléments du paragraphe 4 de l’article 24 autres que le fait de nuire à la concurrence loyale ne sont pas eux-aussi mentionnés dans la première phrase de l’article 24-3.
17. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) dit que, selon l’interprétation du Secrétariat, la question à régler est celle de la relation entre les paragraphes 3 et 4 de l’article 24 et que cette référence à la concurrence loyale pourrait ne pas être nécessaire dans les deux paragraphes. Il faudrait peut-être aussi se pencher sur la question de savoir si le fait de ne pas nuire à la concurrence loyale devrait être ajouté aux raisons objectives de non-divulgaration mentionnées au paragraphe 4; toute évaluation visant à déterminer si la divulgation nuit à la concurrence loyale risque d’être subjective.
18. **Le Président** suggère d’ajouter à la première phrase du paragraphe 3 une formule du type “, sous réserve de l’alinéa a) du paragraphe 4”.
19. **M. Yukins** (États-Unis d’Amérique), rappelant que la question de savoir s’il faut définir l’expression “objet du marché” (qui figure entre parenthèses à l’article 2 h)) reste ouverte, dit que l’expression semble en fait être définie aux articles 17-3 b), 36 b) et 38 d). À cet égard, le libellé de l’article 36 b) serait le mieux adapté et pourrait servir à condition que les mots “, le cas échéant” soient insérés après le mot “notamment”.
20. **Le Président** propose que la question soit examinée par le groupe de rédaction à la lumière de ce que le représentant des États-Unis d’Amérique vient de dire.
21. **M. Grand d’Esnon** (France) dit qu’à son avis l’expression “objet du marché” a besoin d’être définie.
22. **M. D’Allaire** (Canada) dit ne pas être certain que l’expression “objet du marché” doive être définie. Elle ne l’est pas dans la législation canadienne.
23. Il ajoute qu’il conviendrait d’être prudent dans la formulation d’une définition car il existe – s’il a bien compté – 59 occurrences du terme “objet du marché” dans le projet révisé de la Loi type.
24. **Le Président** propose de travailler avec le Secrétariat à la rédaction d’une définition satisfaisante.
25. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) explique que le terme “l’objet du marché” a été introduit entre parenthèses à l’article 2 h) car le Groupe de travail I a conclu que la Loi type révisée ne devrait contenir aucune référence aux “biens, travaux et services”.
26. Elle propose que la Commission laisse pour l’instant de côté la question de savoir comment faire référence aux “biens, travaux et services” car la discussion porte actuellement sur l’utilisation de l’expression “objet du marché” dans le contexte des besoins changeants de l’entité adjudicatrice.
27. **Le Président** dit qu’il serait possible de rédiger une définition qui englobe à la fois les “biens, travaux et services” et l’idée de besoins changeants de l’entité adjudicatrice.
28. **M. D’Allaire** (Canada), soutenu par **M^{me} González Lozano** (Mexique), dit que les articles 64 à 69 devraient être plus cohérents dans l’utilisation des mots “réexamen”, “révision” et “appel”. Le mot

“réexamen” ne devrait être utilisé qu’en référence à l’entité adjudicatrice, le mot “révision” ne devrait servir que par rapport à l’instance indépendante, et le mot “appel” ne devrait être utilisé qu’au sens de recours judiciaire.

29. **Le Président**, en réponse à une question de **M. D’Allaire** (Canada), rappelle que les mots “en introduisant une demande de réexamen auprès de l’entité adjudicatrice en vertu de l’article 65 de la présente Loi, une demande en révision auprès de [nom de l’instance indépendante] en vertu de l’article 66 de la présente Loi ou une demande auprès du [nom du ou des tribunaux]” seront supprimés de l’article 63-1.

30. S’agissant de l’article 63-2, le Guide pour l’incorporation indiquera qu’il existe différentes possibilités quant à ce que l’État adoptant peut souhaiter introduire dans son propre système juridique.

31. **M. D’Allaire** (Canada), soutenu par **M. Fruhmann** (Autriche), dit que les mots “légal” et “illégal” figurant à l’article 66-9 ne semblent pas appropriés dans un tel texte.

32. Il ajoute, avec le soutien de **M^{me} González Lozano** (Mexique) et de **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras), que l’article 69 pourrait être supprimé si l’article 63 était modifié.

33. **Le Président** fait observer que la note de bas de page 14 pourrait figurer dans le Guide pour l’incorporation.

34. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que le libellé actuel de l’article 66-8 laisse penser que “tous les documents qui se rapportent à la procédure de passation de marché” devront être fournis à l’instance de recours. Cette remise pourrait s’avérer difficile si le volume de la documentation est important et si le dossier contient des informations classifiées. Les mots “ou lui donne accès à tous ces documents” pourraient éventuellement être insérés de sorte que le paragraphe se lise comme suit: “... l’entité adjudicatrice fournit à [nom de l’instance indépendante] tous les documents qui se rapportent à la procédure de passation de marché ou lui donne accès à tous ces documents...”.

35. Il demande si le Guide pour l’incorporation expliquera ce qu’il convient d’entendre par “toute autorité publique” à l’article 67-1 et si le Guide traitera la question du droit des autorités d’une région non concernée par la passation de marché en cause à

participer aux procédures relatives à ladite passation, dans le cas d’un État fédéral.

36. Il suggère en ce qui concerne l’article 67-3 que le groupe de rédaction examine si une disposition de la Loi type révisée devrait prévoir la possibilité d’un accès restreint aux informations classifiées, dans certains cas.

37. **M. Wallace** (États Unis d’Amérique) dit que si l’article 69 était supprimé, l’article 63-2 devrait prévoir une référence à l’autorité judiciaire qui serait saisie de l’appel.

38. **M. Yukins** (États Unis d’Amérique) dit, en réponse à l’idée émise par le représentant de l’Autriche concernant l’article 66-8, qu’il serait malcommode qu’un représentant de l’instance de recours doive se rendre dans les locaux de l’entité adjudicatrice pour demander l’autorisation de consulter les documents. Si une entité adjudicatrice sait qu’elle devra fournir des documents à une entité de recours, elle les conservera sans aucun doute sous forme électronique, de façon à pouvoir les remettre facilement.

39. S’agissant des mots “légal” et “illégal” apparaissant à l’article 66-9, l’utilisation de formules telles que “conforme à la présente Loi” et “contraire à la présente loi” serait envisageable. En pratique cependant, l’instance de recours examinera généralement l’appel non seulement à la lumière de la législation fondée sur la Loi type, mais aussi d’autres législations applicables. La pleine portée des recours potentiels semble être efficacement couverte par les mots “légal” et “illégal”.

40. M. Yukins estime que si les mots “légal” et “illégal” disparaissent de l’article 66-9, les instances de recours risquent de disposer d’une marge d’appréciation trop large pour annuler des décisions de l’entité adjudicatrice.

41. **Le Président** dit, à propos de l’article 66-8, qu’il sera probablement possible de trouver une formulation qui ne laisse pas entendre que les représentants des instances de recours doivent se rendre dans les locaux des entités adjudicatrices. L’article pourrait éventuellement disposer que, lorsque la remise des documents s’avère impossible, l’accès aux documents devrait être assuré, par exemple, au moyen d’indications sur la manière de se les procurer sous forme électronique.

42. **M. D’Allaire** (Canada), tout en comprenant l’inquiétude suscitée par le risque de voir l’instance de recours disposer d’une trop grande latitude pour annuler des décisions de l’entité adjudicatrice si les mots “légal” et “illégal” disparaissaient de l’article 66-9, dit qu’une difficulté conceptuelle émerge au sens où il est impossible d’être certain sur l’instant qu’une décision est légale ou illégale lorsqu’une demande de révision est introduite.

43. **M^{me} Andres** (Canada) dit que le groupe de rédaction devrait examiner si certaines parties de l’article 66-4 ne sont pas superflues du fait du contenu de l’article 66-3, même si l’élément relatif aux “considérations urgentes d’intérêt général” devrait sans doute être conservé. De même, le groupe de rédaction devrait examiner si l’article 66-5 a) pourrait être supprimé en raison de son caractère redondant.

44. **M. Yu** (Chine), notant que l’article 64-1 prévoit que l’entité adjudicatrice “ne peut conclure de marché ...”, tandis que, selon l’article 65-3, “l’entité adjudicatrice ... décider ... si la procédure de passation de marché doit être suspendue”, demande quelles mesures l’entité adjudicatrice est libre de prendre à la lumière de considérations urgentes d’intérêt général si la procédure de passation de marché est suspendue.

45. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) dit que le représentant de la Chine pointe effectivement les tensions entre, d’une part, le droit d’un fournisseur ou entrepreneur de contester une décision ou un acte de l’entité adjudicatrice et, d’autre part, l’intérêt qu’a le public de voir la procédure de passation de marché se poursuivre. Les paragraphes 1 et 2 de l’article 64 constituent une tentative de remédier à ces tensions. La question a suscité de longues discussions au sein du Groupe de travail I.

46. Les façons dont un marché pourrait entrer en vigueur sont indiquées à l’article 21, et le projet de texte révisé du Guide pour l’incorporation relatif à cet article indique clairement que des différences peuvent très bien exister à cet égard entre des pays dotés de traditions juridiques différentes.

47. **Le Président** estime, compte tenu des nombreuses possibilités envisagées à l’article 21, qu’il faudrait peut-être modifier l’article 64-1 à peu près comme suit “L’entité adjudicatrice ne prend aucune mesure qui entraînerait l’entrée en vigueur du marché ”

ou “L’entité adjudicatrice ne prend aucune mesure en vue de la conclusion d’un marché ...”.

48. **M. Jezewski** (Pologne), se référant à l’article 66-9, propose que le mot “illégal” soit remplacé par une formule du type “jugé illégal”, de sorte que – par exemple – “un acte illégal” deviendrait “un acte jugé illégal”.

49. Il exprime son inquiétude quant à la proposition de supprimer l’article 69. Il aimerait que le Chapitre VIII prévoie le recours judiciaire, et il est d’accord avec le représentant des États-Unis d’Amérique pour dire que l’article 63 devrait être modifié de manière telle que le recours judiciaire soit envisagé au Chapitre VIII.

50. **Le Président** dit que, si l’article 69 doit être supprimé, il faudra réécrire l’article 63.

51. **M. Phua** (Singapour), se référant à l’article 66-8 relatif à l’entité adjudicatrice qui fournit à l’instance indépendante “tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marché”, propose qu’il soit simplement demandé à l’entité adjudicatrice de fournir une liste de tous les documents en sa possession.

52. **Le Président** dit qu’il importe que l’entité adjudicatrice donne à l’instance indépendante un accès effectif à tous les documents en sa possession.

53. **M^{me} González Lozano** (Mexique) dit que le Chapitre VIII semble être quelque peu incohérent s’agissant des conditions de notification. Les parties devant recevoir notification diffèrent d’une disposition à l’autre de ce chapitre – par exemple, l’article 65-3 b) parle de tous les participants à la procédure de passation de marché alors que l’article 65-6 mentionne tous les autres participants à la procédure de contestation et tous les autres participants à la procédure de passation de marché.

54. Elle propose qu’il soit simplement prévu d’aviser toutes les parties ayant un intérêt légitime en la matière.

55. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) dit que le Secrétariat a rédigé les conditions de notification figurant aux articles 64 et 65 conformément aux instructions du Groupe de travail I, qui a reconnu que lesdites conditions devraient varier en fonction des stades des procédures de contestation et d’appel.

56. S'agissant du tout premier stade, le Groupe de travail I a tenu à ce que le grand public soit informé – d'où l'exigence, dans le chapeau de l'article 65-3, que l'entité adjudicatrice publie un avis concernant toute demande de réexamen d'un de ses actes ou d'une de ses décisions.

La séance est levée à 11 h 35.