

UNITED NATIONS

GENERAL
ASSEMBLY



FILE COPY

Distr. GENERAL

A/CN.9/376/Add.1
10 juin 1993

ORIGINAL: ANGLAIS et
FRANCAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Vingt-sixième session
Vienne, 5-23 juillet 1993

LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES

Compilation des observations d'Etats

Canada

Le gouvernement du Canada croit que le projet de Loi type sur la passation des marchés, tel qu'adopté par le Groupe de travail de la CNUDCI du nouvel ordre économique international lors de sa 15e session, est de qualité élevée et établit un équilibre juste et raisonnable entre les intérêts des fournisseurs et ceux des acheteurs. La loi type crée un système ouvert et transparent d'adjudications des marchés publics.

Toutefois, le gouvernement canadien croit aussi que l'adoption dans le droit interne de ce projet de loi type constituerait un pas en arrière à l'égard de plusieurs Etats dans la mesure où il ne permet pas l'utilisation maximale des échanges de données informatisées. Par conséquent, pour ces Etats la loi type constituerait un modèle moins attrayant. Au cours des sessions du Groupe de travail, le Canada a maintenu ce point de vue. Ce dernier a été réitéré dans les réponses que nous avons reçues dans le cadre de notre consultation sur la version adoptée par le Groupe du travail. Dans la mesure où la CNUDCI travaille actuellement à l'élaboration de règles dans le domaine des échanges de données informatisées, cette approche restrictive de la Loi type est doublement regrettable.

D'après les résultats de notre consultation, le Canada croit que le projet de Loi type laisse encore à désirer à l'égard de certains points. Nous proposons donc les commentaires suivants en vue de rendre la version anglaise du texte plus apte à être adoptée dans le droit interne des Etats.

Article 2(c).

La définition du terme "goods" pourrait, par exemple, soulever des problèmes dans le domaine de l'acquisition d'impressions. Au Canada, dans plusieurs provinces, cet activité constitue un service, tandis que dans d'autres, elle est plutôt vue comme étant un bien. Il n'est pas clair si, dans différents Etats, certaines choses pourraient être considérées comme

8931T

V.93-86307

étant des biens ou des services. Le Groupe de travail a déjà élargi la définition afin d'inclure l'électricité. On pourrait la modifier de nouveau afin de permettre aux Etats de prévoir une option quant l'inclusion spécifique de certaines choses et l'exclusion expresse d'autres. Une telle modification augmenterait le degré de transparence du système et pourrait réduire la possibilité de différends.

Article 2(e).

L'emploi de l'expression "supplier or contractor" dans tout le projet de Loi type est tautologique. En effet, dans ce contexte, il n'y a aucune différence entre un fournisseur et un entrepreneur; les deux termes désignent la même personne. En fait, ni l'un ni l'autre n'est approprié dans la présélection ou dans le processus d'appel d'offres dans la mesure où les individus ne sont pas encore devenus fournisseur ou entrepreneur; ils sont plutôt des demandeurs dans la présélection ou des offrants. La définition à l'article 2(e) tente d'éviter le problème en ajoutant "any potential party". On pourrait améliorer le texte si le document faisait référence tout au long au "supplier". De plus, il faudrait redéfinir ce terme, selon le contexte, afin d'inclure les personnes qu'il veut viser.

Article 6(2) (d).

A la fin de ce paragraphe, "this state" devrait plutôt se lire "any state" puisque le défaut d'un fournisseur ou entrepreneur de réaliser ses obligations à l'égard d'un Etat pourrait être important à un autre Etat qui doit décider de contracter ou non avec ce fournisseur ou entrepreneur. Nous admettons qu'il pourrait être difficile d'obtenir ces renseignements, cependant, cette modification permettrait de bénéficier de l'information si elle était disponible.

Article 6(2) (e).

Ajouter le texte suivant après "years": "or while a sentence is being served for the offence, whichever is the greater". Ceci éviterait la situation où une entreprise pourrait être sélectionnée lorsque son administrateur ou ses administrateurs sont incarcérés pour un délit pénal mentionné dans le paragraphe.

Article 6(6) et 7(8).

Le terme "false or inaccurate" devrait se lire "false, inaccurate or incomplete".

Article 6(7).

Le terme "proposals or offers" qui suivait le mot "tenders" dans l'avant-dernière ligne a été éliminé et devrait être rajouté.

Article 7(1).

L'emplacement des articles 11 et 12 crée un problème de structure que nous expliquerons plus tard. Ce problème affecte également l'article 7(1). Afin de le corriger, les mots "the submission of tenders, proposals or offers" qui paraissent avant "procurement proceedings" devraient être remplacés par "engaging in".

Article 7(3)

Cette disposition incorpore les exigences de l'article 19(1) (j) selon lesquelles l'entité adjudicatrice doit préciser, dans les documents de présélection, le lieu et la date limite de soumission des offres. L'entité adjudicatrice ne sera pas toujours en mesure de fournir ces renseignements à ce stade du processus. La nécessité de cette exigence n'étant pas évidente, le paragraphe (j) devrait figurer parmi les exceptions à l'article 19.

Article 7(4).

Ce n'est pas la pratique des entités adjudicatrices de fournir, à toutes les parties, les détails de tout éclaircissement au cours du processus de présélection, bien qu'elles le fassent lors de la soumission de l'offre. Telle que rédigée, cette disposition écarte toute discrétion de la part de l'entité adjudicatrice; elle pourrait même aboutir à la transmission inutile et peut-être dispendieuse d'informations. Le mot "shall" au début de l'avant-dernière ligne devrait donc se lire "may" afin de rendre facultative cette exigence.

Article 7(5).

La décision est basée sur les critères et sur les informations soumises par celui que présente une demande de présélection. Toutefois, la dernière phrase de cet article ne reflète pas cette façon de prendre la décision; la phrase devrait être modifiée afin de se lire "In reaching that decision, the procuring entity shall use only those criteria that are set forth in the prequalification documents."

Article 7(8).

Voir le commentaire au sujet de l'article 6(6) qui s'applique également au présent article. De toute façon, la partie de phrase "and may disqualify ... if it finds at any time ... that the information submitted was false or inaccurate" est répétitive et dédouble le pouvoir mentionné à l'article 6(6); elle est donc superflue et pourrait être supprimée.

Article 8.

Cet article octroie un traitement national aux entreprises étrangères, sujet seulement aux règlements sur la passation des marchés ou d'autres dispositions législatives. Il ne semble pas y avoir de motif convaincant pour un Etat de faire partie à des ententes telles que le GATT, l'Accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis ou bien l'ALENA tout en permettant aux étrangers un accès généralement libre et ouvert à la passation des marchés. Nous reconnaissons qu'une disposition concernant la réciprocité pourrait être incluse dans un règlement. Toutefois, le système serait plus transparent et donc offrirait plus de certitude si l'on reformulait l'article 8 afin qu'il se base sur la réciprocité en faisant référence à la participation des fournisseurs des Etats ayant adopté la Loi type.

Article 9 (EN GENERAL).

Cet article s'adresse à la forme de la communication et non pas au moment auquel cette communication est jugée prendre effet. En tant que tel, cette disposition n'est pas satisfaisante comme avis requis. Telle que rédigée, la

Loi type semble aborder cette question uniquement dans le cadre de l'article 32(4). On devrait s'entendre sur une règle générale, par exemple, le moment de transmission de l'avis, si elle se fait par échange de données informatisées ou par télécopieur, ou bien au moment de la réception, si le moyen utilisé est le courrier. Cette question pourrait également être laissée à la discrétion de l'Etat qui adopte la Loi type.

Article 9(1).

Comme nous avons indiqué au tout début, le projet de Loi type ne répond pas convenablement aux besoins des Etats qui utilisent fréquemment les échanges de données informatisées dans le processus de passation de marchés. La Loi type contient plusieurs dispositions de ce genre auxquelles l'autorité d'utiliser les échanges de données informatisées, de l'article 9(1), est assujettie. Afin d'être acceptable aux Etats qui utilisent les échanges de données informatisées, l'article 9(1) devrait être amendé afin d'offrir aux Etats l'option de rendre ces dispositions sujettes à l'article 9. Ainsi, les Etats utilisant les échanges de données informatisées, pourraient continuer cette pratique tandis que d'autres Etats pourraient continuer à utiliser le papier.

Article 11 et 12.

Ces articles posent un problème de structure pour ce qui est de la rédaction. Ils font référence aux offres et aux propositions, dans le contexte de procès-verbaux et d'incitations, sans que ces types de passation de marchés aient été décrits ou même mentionnés dans les dispositions précédentes. Il manque donc de fondement structural logique à leur mention dans les articles 11 et 12. On pourrait améliorer le projet en plaçant ces articles après l'article 16.

Article 11(1).

Dans certaines juridictions, la passation de marchés se fait pour le bénéfice des ministères clients par le biais d'une entité adjudicatrice centrale qui est chargée de la préparation des procès-verbaux. Afin de tenir compte de toutes les situations possibles, le texte devrait se lire "shall maintain" au lieu de "shall prepare".

Article 11(1) (k).

Afin de s'accorder avec le reste du document, cette disposition devrait faire référence aux "grounds and circumstances" et non pas uniquement aux "grounds".

Article 11(3).

La pratique de certaines entités adjudicatrices n'est pas de communiquer pour examen ces informations, mais plutôt de discuter par après avec un offrant, si celui-ci en fait la demande, les défauts de son offre ou les raisons de son échec. Nous suggérons de supprimer les mots "for inspection by" dans la deuxième ligne et de les remplacer par "to". De cette façon, l'article permettrait l'accès aux informations sans en déterminer les modalités.

Article 12.

Tel que rédigé, cet article ne tient pas compte des pots-de vin, des commissions ou d'autres incitations offertes par le biais d'un mandataire.

Afin de corriger cette omission, on devrait ajouter "directly or indirectly" à la troisième ligne, suivant les mots "submitted it". A la quatrième ligne, on devrait ajouter "State or the" avant "procuring entity" afin de tenir compte des autres individus qui sont en mesure d'exercer une influence dans la procédure de passation de marchés.

Article 17(b).

La référence au "low amount or value" n'est pas tout à fait claire. L'idée pourrait être mieux exprimée en disant plutôt "small quantity or low monetary value".

Article 18(2).

L'exigence de publication de l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection dans un journal, dans une publication spécialisée appropriée ou dans une revue technique de diffusion internationale pourrait être problématique à l'égard des entités adjudicatrices dans certains Etats à moins que des moyens électroniques puissent être utilisés. Ceci constitue un des problèmes de l'article 9 tel que rédigé.

Article 19(1) (b) ou (c).

L'invitation à soumettre une offre devrait préciser le lieu de livraison des biens.

Article 25(5).

Il a été convenu par la Groupe de travail d'ajouter le mot "single" avant "sealed envelope" (voir le paragraphe 125 du Rapport). Toutefois, le projet ne reflète pas cette décision. De plus, cette disposition pose un problème plus grave pour certains Etats dans la mesure où elle ne permet pas la soumission sous forme électronique. Voir les commentaires sur l'article 9 au sujet des échanges de données informatisées.

Article 26(1).

L'expression "in effect" est quelque peu ambiguë et devrait être remplacée par "open for acceptance", qui est plus précise.

Article 26(3).

Telle que rédigée, cette disposition est contraire à la loi et aux pratiques contractuelles aux Canada et dans plusieurs autres juridictions de common law, comme la délégation canadienne l'a soulevé, lors des réunions du Groupe de travail, quand elle suggérait que cet article devrait être supprimé. Selon la loi canadienne, dans l'absence d'autres termes et conditions spécifiques, le contrat se forme automatiquement lors de la soumission d'une offre en réponse à une invitation à soumettre une offre. Dans sa version actuelle, l'article 26(3) changerait la loi canadienne de façon perturbante et déroutante pour un grand nombre d'entités adjudicatrices. Nous suggérons donc de modifier l'article afin de permettre au dossier de sollicitation de préciser quand ou si l'offrant peut retirer son offre sans perdre sa garantie de soumission.

Article 29(1) (b).

Cette disposition impose un fardeau trop lourd à l'entité adjudicatrice dans la mesure où celle-ci peut donc être obligée de subir un examen après le fait afin de déterminer si une erreur est purement arithmétique. La disposition devrait plutôt se lire que l'entité adjudicatrice "may correct ..." au lieu de "shall correct ... errors that it may discover on the face of a tender".

Article 32(3).

Nous présumons que l'objet de la dernière phrase est de prévoir que le fait de ne pas obtenir l'approbation nécessaire dans le délai spécifié n'entraîne pas la prolongation automatique de la période de validité des offres ou des garanties, bien que l'offrant puisse le désirer. Toutefois, cet objet n'est pas évident dans le texte tel que rédigé. On devrait ajouter le mot "automatically" avant le mot "extend" au début de la septième ligne du paragraphe.

Articles 38 à 43.

Les dispositions portant sur les recours sont facultatives. Eu égard au fait que le Canada possède déjà un système de droit administratif bien développé au niveau fédéral aussi bien que provincial (en common law et en droit civil), il est peu probable que ces dispositions soient adoptées en tant que telles dans une juridiction canadienne. Il ne serait donc pas approprié pour le Canada de commenter.