

**Commission
des Nations Unies
pour le
droit commercial
international**

ANNUAIRE

Volume XXIV : 1993



NATIONS UNIES
New York, 1994

NOTE

Les cotes des documents des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

La numérotation des notes de bas de page reprend celle des documents initiaux à partir desquels l'*Annuaire* a été établi. Les notes de bas de page ajoutées par la suite sont indiquées par des lettres minuscules.

A/CN.9/SER.A/1993

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.94.V.16

ISBN 92-1-233275-7

ISSN 0251-4257

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	vi
Première partie. Rapport de la Commission sur sa session annuelle; observations et décisions concernant ce rapport	
VINGT-SIXIÈME SESSION (1993)	
A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session (Vienne, 5-23 juillet 1993) (A/48/17)	3
B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) : extraits du rapport du Conseil du commerce et du développement sur la première partie de sa quarantième session, TD/B/40(1)/14 (vol. I)	39
C. Assemblée générale : rapport de la Sixième Commission (A/48/613)	40
D. Résolutions 48/32, 48/33 et 48/34 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1993	41
Deuxième partie. Études et rapports sur des sujets étudiés par la Commission	
I. PASSATION DES MARCHÉS	
A. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa quinzième session (New York, 22 juin-2 juillet 1992) (A/CN.9/371)	47
B. Document de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa quinzième session : passation des marchés : projets d'articles révisés de la Loi type sur la passation des marchés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.36)	85
C. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés : note du Secrétariat (A/CN.9/375)	110
D. Loi type sur la passation des marchés : compilation des observations de gouvernements (A/CN.9/376 et Add.1 et 2)	129
E. Modifications proposées au projet de loi type sur la passation des marchés : note du Secrétariat (A/CN.9/377)	146
II. GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY	
A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 30 novembre-11 décembre 1992) (A/CN.9/372)	149
B. Documents de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa dix-huitième session	166
1. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : articles révisés du projet de Convention sur les lettres de garantie internationales : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1)	166
2. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : proposition des États-Unis d'Amérique : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.77)	180

	<i>Pages</i>
C. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa dix-neuvième session (New York, 24 mai-4 juin 1993) (A/CN.9/374)	187
D. Documents de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa dix-neuvième session	203
1. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : articles révisés du projet de Convention sur les lettres de garanties internationales : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1)	203
2. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : proposition des États-Unis d'Amérique : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.77)	203
III. ÉCHANGES DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI)	
A. Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-cinquième session (New York, 4-15 janvier 1993) (A/CN.9/373)	203
B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur les échanges de données informatisées à sa vingt-cinquième session : échange de données informatisées : ébauche de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.55)	223
IV. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES	
A. Propositions relatives aux travaux futurs possibles présentées lors du Congrès de la CNUDCI : note du Secrétariat (A/CN.9/378)	243
B. Marchés de services : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.1)	246
C. Directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.2)	252
D. Cession de créances : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.3)	261
E. Aspects transnationaux de l'insolvabilité : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.4)	265
F. Les problèmes juridiques de la privatisation : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.5)	271
V. COORDINATION DES TRAVAUX	
Activités actuelles des organisations internationales en ce qui concerne l'harmonisation et l'unification du droit commercial international : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/380)	279
VI. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI	
État des conventions : note du Secrétariat (A/CN.9/381)	305
VII. FORMATION ET ASSISTANCE	
Formation et assistance technique : note du Secrétariat (A/CN.9/379) ..	313
VIII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI	
Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1)	319

Troisième partie. Annexes

I. LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX	327
II. GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX (A/CN.9/393)	341
III. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION CONSACRÉES A LA PRÉPARATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX ET DU GUIDE POUR SON INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE	365
IV. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI : NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/402)	443
V. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI	455
VI. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'ANNUAIRE	459

INTRODUCTION

Le présent volume est le vingt-quatrième des *Annuaire*s de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹.

Ce volume est divisé en trois parties. La première partie contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-sixième session, tenue à Vienne du 5 au 23 juillet 1993, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

La deuxième partie reproduit la plupart des documents examinés à la vingt-sixième session de la Commission. Ces documents comprennent les rapports des groupes de travail de la Commission ainsi que des études, rapports et notes du Secrétaire général et du Secrétariat. Cette même partie présente également quelques documents de travail qui ont été soumis aux groupes de travail.

La troisième partie contient le texte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux et du Guide pour son incorporation dans le droit interne, les comptes rendus analytiques des séances de la Commission consacrées à la préparation de la Loi type et du Guide, une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, ainsi qu'une liste des documents dont elle était saisie à sa vingt-sixième session et une liste de documents relatifs aux travaux de la CNUDCI reproduits dans les volumes précédents de l'*Annuaire*.

Secrétariat de la CNUDCI
Centre international de Vienne
B.P. 500, A-1400 Vienne (Autriche)

Téléphone : 43-1-21131-4060 Télex : 135612 Télécopieur : 43-1-237485

¹Les volumes ci-dessous de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* [en abrégé ci-après : *Annuaire ...* (année)] ont déjà été publiés :

Volume	Période considérée	Publication des Nations Unies, numéro de vente
I	1968-1970	F.71.V.1
II	1971	F.72.V.4
III	1972	F.73.V.6
III Suppl.	1972	F.73.V.9
IV	1973	F.74.V.3
V	1974	F.75.V.2
VI	1975	F.76.V.5
VII	1976	F.77.V.1
VIII	1977	F.78.V.7
IX	1978	F.80.V.8
X	1979	F.81.V.2
XI	1980	F.81.V.8
XII	1981	F.82.V.6
XIII	1982	F.84.V.5
XIV	1983	F.85.V.3
XV	1984	F.86.V.2
XVI	1985	F.87.V.4
XVII	1986	F.88.V.4
XVIII	1987	F.89.V.4
XIX	1988	F.89.V.8
XX	1989	F.90.V.9
XXI	1990	F.91.V.6
XXII	1991	F.93.V.2
XXIII	1992	F.94.V.7

VINGT-SIXIÈME SESSION (1993)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session (Vienne, 5-23 juillet 1993) [Original : anglais]^a

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-2
<i>Chapitres</i>	
I ^{er} . ORGANISATION DE LA SESSION	3-10
A. Ouverture de la session	3
B. Composition et participation	4-7
C. Election du bureau	8
D. Ordre du jour	9
E. Adoption du rapport	10
II. PROJET DE LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS	11-262
A. Introduction	11-15
B. Examen des articles	16-211
C. Rapport du groupe de rédaction	212-216
D. Adoption de la Loi type et recommandation	217
E. Examen du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type	218-258
F. Travaux futurs sur la passation des marchés de services	259-262
III. PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS A L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES	263-268
IV. GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY	269-273
V. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX INSTRUMENTS DE LA CNUDCI ..	274-285
A. Introduction	274-280
B. Observations de la Commission	281-285
VI. PROGRAMME DE TRAVAIL FUTUR	286-312
A. Introduction	286-289
B. Examen par la Commission	290-312
1. Congrès de la CNUDCI	290
2. Conférences préliminaires	291-296
3. Cession de créances	297-301
4. Aspects transnationaux de l'insolvabilité	302-306
5. Les problèmes juridiques de la privatisation	307-310
6. Construction, exploitation, transfert (CET)	311
7. Autres propositions	312
VII. COORDINATION DES TRAVAUX	313-316
VIII. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI ..	317-328

^aDocuments officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17) (7 septembre 1993) (ci-après dénommé le "Rapport").

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>
IX. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE	329-338
X. RÉSOLUTIONS PERTINENTES DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ET QUESTIONS DIVERSES	339-347
A. Résolution de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission .	339-342
B. Bibliographie	343
C. Date et lieu de la vingt-septième session de la Commission	344
D. Sessions des groupes de travail	345-347

Annexes

	<i>Pages</i>
I. Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux	39
II. Liste des documents dont la Commission a été saisie à sa vingt-sixième session	39

INTRODUCTION

1. Le présent rapport porte sur la vingt-sixième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, qui s'est tenue à Vienne du 5 au 23 juillet 1993.

2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale datée du 17 décembre 1966, le présent rapport est soumis à l'Assemblée générale et est également soumis, pour observations, à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED).

I. ORGANISATION DE LA SESSION

A. Ouverture de la session

3. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a commencé sa vingt-sixième session le 5 juillet 1993.

B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 Etats élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII), l'Assemblée a décidé de porter de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission. Les membres actuels de la Commission, élus le 19 octobre 1988 et le 4 novembre 1991, sont les Etats ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée¹:

¹En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 17 ont été élus par l'Assemblée à sa quarante-troisième session le 19 octobre 1988 (décision 43/307), et 19 ont été élus par l'Assemblée à sa quarante-sixième session le 4 novembre 1991 (décision 46/309). En application de la résolution 31/99 du 15 décembre 1976, le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa quarante-troisième session expirera la veille de l'ouverture de la vingt-huitième session annuelle ordinaire de la Commission, en 1995, et le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa quarante-sixième session expirera la veille de l'ouverture de la trente et unième session ordinaire de la Commission, en 1998.

Allemagne (1995), Arabie saoudite (1998), Argentine (1998), Autriche (1998), Bulgarie (1995), Cameroun (1995), Canada (1995), Chili (1998), Chine (1995), Costa Rica (1995), Danemark (1995), Egypte (1995), Equateur (1998), Espagne (1998), Etats-Unis d'Amérique (1998), Fédération de Russie (1995), France (1995), Hongrie (1998), Inde (1998), Iran (République islamique d') (1998), Italie (1998), Japon (1995), Kenya (1998), Maroc (1995), Mexique (1995), Nigéria (1995), Ouganda (1998), Pologne (1998), République-Unie de Tanzanie (1998), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (1995), Singapour (1995), Slovaquie (1998), Soudan (1998), Thaïlande (1998), Togo (1995) et Uruguay (1998).

5. A l'exception du Costa Rica, du Kenya, de l'Ouganda, de la République-Unie de Tanzanie et du Togo, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Ont également assisté à la session les observateurs des Etats suivants : Afrique du Sud, Albanie, Arménie, Australie, Bangladesh, Bélarus, Belgique, Bolivie, Brésil, Colombie, Côte d'Ivoire, Croatie, Cuba, Ethiopie, Finlande, Gabon, Guatemala, Indonésie, Jamahiriya arabe libyenne, Jordanie, Koweït, Malaisie, Nicaragua, Paraguay, Pérou, République arabe syrienne, République de Corée, République populaire démocratique de Corée, République tchèque, Roumanie, Saint-Siège, Slovaquie, Suède, Suisse, Swaziland, Turquie, Ukraine et Venezuela.

7. Ont également assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes :

a) *Organismes des Nations Unies*

Fonds monétaire international (FMI)
Banque mondiale

b) *Organisations intergouvernementales*

Banque africaine de développement
Comité consultatif juridique Afrique-Asie
Institut international pour l'unification du droit international privé (UNIDROIT)

c) *Autres organisations internationales*

Assemblée mondiale des petites et moyennes entreprises
Banque interaméricaine de développement
Centre régional du Caire d'arbitrage commercial international
Grupo Latinoamericano de Abogados para el Derecho de Comercio Internacional (GRULACI)
Organisation de l'unité africaine

C. Election du bureau²

8. La Commission a élu le bureau ci-après :

Président : M. Sani L. Mohammed (Nigéria)
Vice-Présidents : Mme Ana Isabel Piaggi-Vanossi (Argentine)
M. Rossen Hristov Guenchev (Bulgarie)
M. David Morán Bovio (Espagne)
Rapporteur : M. Visoot Tuvayanond (Thaïlande)

D. Ordre du jour

9. A sa 493^e séance, le 5 juillet 1993, la Commission a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Ouverture de la session.
2. Election du bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Nouvel ordre économique international : passation des marchés.
5. Echange de données informatisées.
6. Pratiques en matière de contrats internationaux : projet de Convention sur les lettres de garantie internationales.
7. Jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI.
8. Programme de travail futur.
9. Coordination des travaux.
10. Etat et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
11. Formation et assistance.
12. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
13. Questions diverses.

²L'élection du Président a eu lieu à la 493^e séance le 5 juillet 1993, l'élection des vice-présidents à la 500^e séance le 8 juillet 1993 et l'élection du Rapporteur à la 496^e séance, le 6 juillet 1993. Conformément à une décision prise par la Commission à sa première session, son bureau compte trois vice-présidents, de sorte que, compte tenu du président et du rapporteur, chacun des cinq groupes d'Etats énumérés au paragraphe 1 de la section II de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale y est représenté (voir le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa première session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément n° 16 (A/7216)*, par. 14 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. I : 1968-1970* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.V.1), deuxième partie, I, A, par. 14].

14. Dates et lieu des réunions futures.

15. Adoption du rapport de la Commission.

E. Adoption du rapport

10. A sa 519^e séance, le 23 juillet 1993, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

II. PROJET DE LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS

A. Introduction

11. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de travail du nouvel ordre économique international³. Le Groupe de travail s'en est acquitté à ses dixième, onzième, douzième, treizième, quatorzième et quinzième sessions (les rapports sur les travaux du Groupe à ces sessions figurent dans les documents A/CN.9/315, A/CN.9/331, A/CN.9/343, A/CN.9/356, A/CN.9/359 et A/CN.9/371). Il a conclu ses travaux par l'adoption d'un projet de Loi type sur la passation des marchés à la fin de sa quinzième session. Il a également décidé que le Secrétariat devrait rédiger un projet de commentaire donnant des orientations aux organes législatifs envisageant d'adopter la Loi type, sans exclure pour autant la possibilité de rédiger, à un stade ultérieur, des commentaires ayant d'autres fonctions (A/CN.9/359, par. 249).

12. Le texte du projet de Loi type, tel qu'adopté par le Groupe de travail à sa quinzième session, a été envoyé à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées, aux fins d'observations. Les observations reçues ont été reproduites sous les cotes A/CN.9/376 et Add.1 et 2. Le Secrétariat a établi un projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/375) dont une version antérieure avait été examinée par une petite équipe de travail spéciale informelle du Groupe de travail (Vienne, 30 novembre-4 décembre 1992).

13. Avant d'aborder les articles du projet de Loi type, eux-mêmes, la Commission s'est arrêtée sur ses méthodes de travail afin de déterminer, en particulier, si elle devait adopter à la fois le projet de Loi type et le projet de guide, ou si elle devait adopter uniquement le projet de Loi type et faire publier le projet de guide comme document du Secrétariat. Elle a décidé qu'il conviendrait qu'elle examine et adopte le projet de guide à sa session plénière, ce qui, a-t-elle estimé, lui donnerait plus de poids lorsqu'il serait examiné par des organes législatifs. La Commission a aussi décidé d'examiner le texte du projet de Loi type figurant à l'annexe du document A/CN.9/371 et de n'étudier le projet de guide que lorsqu'elle aurait terminé cet examen.

14. Les membres de la Commission sont convenus, au commencement des débats, qu'il faudrait modifier le titre du projet de Loi type en "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" de façon à l'aligner sur ceux

³*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17 (A/41/17)*, par. 243.

d'autres lois types élaborées par la Commission. Ils sont ultérieurement convenus de le modifier encore en "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux". Ils sont aussi convenus que, une fois terminé l'examen de la Loi type et du guide, la Commission examinerait notamment la question de savoir si la Loi type et le guide devaient être publiés dans un seul document ou séparément et s'il fallait, en cas de publication séparée de la Loi type, inclure une note de bas de page faisant référence au guide.

15. La Commission a exprimé sa gratitude au Groupe de travail du nouvel ordre économique international et à ses Présidents, Robert Rufus Hunja (Kenya) et Leonel Pereznieta Castro (Mexique), pour avoir élaboré un projet de Loi type qui, dans l'ensemble, a été favorablement accueilli et a été jugé constituer une base excellente pour les débats de la Commission. La Commission a aussi exprimé ses remerciements au Secrétariat.

B. Examen des articles

Préambule

16. La Commission a adopté le préambule sans le modifier.

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

17. Il a été proposé de supprimer l'alinéa *a* de l'article 1^{er}-2. A l'appui de cette proposition, il a été déclaré que les Etats appliquaient aujourd'hui des procédures de plus en plus transparentes pour la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et qu'il n'était pas souhaitable que la Loi type semble recommander l'exclusion de cette catégorie de marchés dans tous les cas. Il a été avancé que tout Etat souhaitant exclure ces marchés pourrait tout de même le faire au titre des alinéas *b* et *c* du paragraphe 2.

18. Les marchés intéressant la sécurité nationale demeuraient, s'est-on cependant inquiété, des marchés sensibles pour de nombreux Etats et il était donc important, pour que la Loi type demeure acceptable et pour en favoriser l'application la plus large possible, de mentionner expressément le droit des Etats d'exclure ce type de marchés du champ d'application de la Loi type, même si la suppression de l'alinéa *a* du paragraphe 2 pouvait être en grande partie symbolique. L'opinion qui a prévalu a donc été qu'il convenait de garder l'alinéa *a* du paragraphe 2. On a souligné en même temps que, l'objectif étant que la Loi type s'applique au plus grand nombre possible de marchés, on pourrait, dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, faire observer aux Etats appliquant cette loi que l'exclusion de la passation de marchés intéressant la sécurité nationale était facultative et que cette exclusion et toute autre, au titre du paragraphe 2 de l'article premier, devraient être aussi limitées que possible. Une proposition tendant à modifier le paragraphe 3 pour que la réglementation des marchés puisse indiquer dans quelle mesure les catégories de marchés visées au paragraphe 2 seraient régies par la Loi type n'a pas bénéficié d'un appui suffisant.

19. Après délibération, la Commission a adopté l'article premier sans le modifier.

Article 2. Définitions

"Passation d'un marché" (alinéa a) et "entité adjudicatrice" (alinéa b)

20. La Commission a adopté les définitions des mots "passation d'un marché" et "entité adjudicatrice" sans les modifier.

"Biens" (alinéa c)

21. La Commission a examiné une proposition visant à prévoir, dans la définition du mot "biens", la possibilité pour les Etats d'inclure et d'exclure expressément certaines choses. Cette proposition a été faite par souci d'améliorer la précision et la transparence et de réduire la possibilité de litiges quant à la nature de certains éléments tels que l'imprimerie, pouvant être considérés dans certaines juridictions comme un bien et dans d'autres comme un service. Il a été proposé à cette fin d'ajouter entre crochets, à la suite du texte existant de la définition, le membre de phrase suivant : "[et, sans limiter le caractère général de ce qui précède, inclut ..., mais n'inclut pas ...]".

22. Bien que les membres de la Commission aient été sensibles à ce souci de précision pour des cas limites, tels que l'imprimerie, on a craint que le fait de mentionner la possibilité d'exclusion, dans la définition, du mot "biens" pourrait avoir pour effet indésirable d'encourager des exclusions de l'application de la Loi type; de telles exclusions étaient déjà amplement prévues à l'article premier et ne devraient pas l'être de surcroît dans le cadre d'une définition. En réponse à cette préoccupation, il a été souligné que le but de la proposition était de préciser ce qui devait et ne devait pas être considéré comme "biens", et non de limiter le champ d'application de la Loi type.

23. Tenant compte de l'échange de vues ci-dessus, la Commission, dans le souci de parvenir à ce supplément de précision, a examiné plusieurs autres propositions. L'une d'elles consistait à ajouter à l'article 1^{er}-2 une formulation indiquant que les Etats adoptant la Loi type pourraient préciser à cet endroit ce qu'ils considéraient comme étant des biens et ce qu'ils considéraient comme n'en étant pas. Cette proposition n'a pas reçu un appui suffisant, en particulier parce qu'il a été estimé qu'une telle approche obligeait à trop s'écarter de la structure actuelle de la Loi type, dans laquelle l'article 1^{er}-2 traitait seulement des exclusions, la définition du mot "biens" figurant à l'article 2 *c*. On a aussi généralement estimé qu'une telle modification serait superflue, puisque l'article 1^{er}-2 constituait déjà une modalité suffisante pour l'exclusion de certaines catégories de marchés. Pour répondre par ailleurs à la préoccupation selon laquelle l'exclusion de la Loi type risquait d'être indûment encouragée, il a été proposé de mentionner expressément dans la définition du mot "biens" l'imprimerie et d'autres cas limites, tels que les logiciels. Cela permettrait à un Etat adoptant la Loi type de ne pas avoir à incorporer ces éléments s'ils étaient traditionnellement considérés comme des services, et la question des exclusions serait ainsi traitée uniquement à l'article premier. Il a aussi été proposé de préciser de façon générale

la définition du mot "biens" en remplaçant le mot "désigne" par les mots "désigne des éléments, tels que", de façon à bien montrer que la définition n'était pas exhaustive. Cette proposition n'a pas été considérée comme conférant plus de précision, car il a été généralement estimé, du moins pour ce qui est du texte anglais, que le mot "included" serait compris comme étant non exhaustif.

24. Après avoir débattu des avantages et des inconvénients des diverses propositions, la Commission a pu parvenir à un consensus en faveur de l'adjonction, à la fin de la définition du mot "biens", d'une formulation dans laquelle on s'abstiendrait de faire référence aux exclusions, tout en permettant aux Etats adoptant la Loi type de préciser la nature de certaines catégories de biens qui serait autrement ambiguë, à savoir : "[les Etats adoptant la Loi type peuvent inclure des catégories supplémentaires de biens]". Sous réserve de cette modification, la Commission a adopté la définition du mot "biens".

"Travaux" (alinéa d)

25. La Commission a adopté la définition du mot "travaux" sans la modifier.

"Fournisseur ou entrepreneur" (alinéa e)

26. Il a été proposé que l'on fasse référence, dans toute la Loi type, au seul mot de "fournisseur". Il a été souligné à l'appui de cette proposition que la Loi type ne semblait pas faire de différence, où que ce soit, entre fournisseurs et entrepreneurs. Cependant, on a fait observer que, dans certaines situations, la partie en question serait considérée comme un "fournisseur", au sens commercial du terme, mais comme un "entrepreneur" dans d'autres situations. L'emploi du seul mot de "fournisseur" serait donc trop étroit. Il a été signalé, en outre, que la question avait été examinée par le Groupe de travail et qu'il s'était révélé impossible de trouver une expression plus appropriée que "fournisseur ou entrepreneur". La Commission, notant qu'un mot tel que "soumissionnaire" ne conviendrait pas du fait que la Loi type prévoyait, outre la procédure d'appel d'offres, diverses méthodes de passation de marchés, a décidé de conserver l'expression existante.

"Marché" (alinéa f)

27. La Commission a adopté la définition du mot "marché" sans la modifier.

"Garantie de soumission" (alinéa g)

28. La Commission a accepté et renvoyé au groupe de rédaction une proposition visant à élargir la définition pour qu'elle fasse référence aux deux fonctions des garanties de soumission qui étaient mentionnées à l'article 27-1 *fi* et *iii*, mais auxquelles il n'était pas fait actuellement référence dans la définition de la "garantie de soumission", qui évoquait uniquement la fonction de garantie d'exécution de l'obligation qu'a le fournisseur ou l'entrepreneur retenu de conclure un marché.

"Monnaie" (alinéa h)

29. La Commission a adopté la définition du mot "monnaie".

Article 3. Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)]

30. La Commission a adopté l'article 3 sans le modifier.

Article 4. Réglementation des marchés

31. Il a été proposé d'inclure à l'article 4 un nouveau paragraphe, dont le texte pourrait être le suivant, pour préciser que la Loi type n'excluait pas l'utilisation d'échanges de données informatisées (EDI) dans les communications régies par la Loi :

"2. Outre la réglementation des marchés visée au paragraphe 1 ci-dessus (l'organe ou autorité spécifié au paragraphe 1, ou tout autre organe ou autorité spécifié) est autorisé à promulguer une réglementation des marchés permettant le recours à l'échange de données informatisées pour les marchés passés par les entités adjudicatrices. Cette réglementation peut traiter de toute question visée aux articles 9, 10 et 32, ou dans tout autre article de la présente loi, et peut expressément déroger aux dispositions de l'article 25-5 exigeant qu'une offre soit soumise par écrit dans une enveloppe scellée, à condition que la confidentialité qu'assure cette méthode de soumission soit préservée et que les conditions relatives à la préservation du contenu de l'offre et toute autre condition de l'article 9 soient remplies."

32. La Commission a décidé d'examiner la proposition dans le contexte des articles 9, 10 et 25 (voir par. 63).

Article 5. Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés

33. La Commission a adopté l'article 5 sans le modifier.

Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

Paragraphe 1

34. La Commission a adopté le paragraphe 1 sans le modifier; cependant, elle a ultérieurement décidé de restructurer les paragraphes 1 et 2 de l'article 6 (voir par. 201).

Paragraphe 2, alinéas a, b et c

35. La Commission a adopté les alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 2 sans les modifier; cependant, elle a ultérieurement décidé de restructurer les paragraphes 1 et 2 de l'article 6 (voir par. 201).

Paragraphe 2, alinéa d

36. Un certain appui a été exprimé en faveur d'une proposition visant à remplacer les mots "dans le présent Etat" par les mots "dans tout Etat", afin de permettre à l'entité adjudicatrice d'obtenir et d'évaluer des informations sur l'éventuel défaut d'exécution par des fournisseurs de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales, non seulement dans l'Etat de l'entité adjudicatrice, mais aussi dans des Etats étrangers. De tels

manquements dans des Etats étrangers pourraient être une cause de préoccupation pour un Etat cherchant à limiter le risque de nouer des relations contractuelles avec un fournisseur ou entrepreneur peu honorable. A l'encontre de la modification proposée, on a fait valoir qu'elle risquerait de donner la possibilité d'exclure des fournisseurs qui contestaient légitimement leur obligation de payer un impôt, et qu'un tel motif d'exclusion pourrait donc être abusivement invoqué. En réponse à cette objection, on a déclaré que la disposition modifiée devrait indiquer clairement que l'alinéa ne visait pas les personnes contestant légitimement leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales, mais celles qui se dérobaient à ces obligations; on pourrait apporter cette précision en ajoutant le mot "légales" après le mot "obligations". Après délibération, et notant que le mot "légales" n'éliminerait pas le risque d'exclusion à tort des fournisseurs, la Commission n'a pas retenu la proposition. L'alinéa a été adopté sans être modifié.

Paragraphe 2, alinéa e

37. Il a été proposé d'ajouter, après les mots "durant une période de ... ans", les mots "ou pendant qu'une peine est exécutée pour le délit, selon celle de ces périodes qui est la plus longue". Le but de l'ajout proposé était d'éviter de sélectionner une entreprise alors que son administrateur en fonction était encore incarcéré sous l'effet d'une condamnation avant cette période, pour un délit du type auquel il est fait référence dans l'alinéa. A l'encontre de cet ajout, on a fait valoir que le texte modifié risquait d'être interprété de telle façon qu'une entreprise serait exclue pour l'ensemble de la période pendant laquelle l'un de ses anciens administrateurs était incarcéré; de plus, si l'alinéa modifié pouvait effectivement être considéré comme applicable seulement lorsque des administrateurs en fonction étaient incarcérés, la situation anormale que l'on cherchait à éviter par cette adjonction avait, en tout état de cause, peu de chances de se produire car, dans la pratique, une condamnation pour délit pénal entraîne normalement la démission ou le renvoi de l'administrateur concerné. Les tenants de la proposition ont convenu que le texte modifié ne devrait s'appliquer, comme le faisait le texte existant, que lorsque les administrateurs en fonction étaient condamnés, et, pour dissiper tous doutes, ont proposé l'inclusion d'une formulation précisant bien les choses.

38. On a fait observer que, d'une façon générale, le but de l'alinéa était de donner la possibilité à l'entité adjudicatrice de s'assurer que le fournisseur était de "bon renom", et il a été avancé que l'emploi d'une formule de ce type donnerait peut-être à l'entité adjudicatrice la souplesse voulue pour évaluer les circonstances de la cause, y compris la possibilité que l'un des administrateurs en fonction ait été incarcéré pour une période dépassant le nombre d'années spécifié dans l'alinéa. On a fait valoir à l'encontre de cette proposition qu'elle rendrait la disposition trop vague.

39. Après délibération, la Commission a décidé d'adopter l'alinéa sans le modifier.

Paragraphe 3, 4 et 5

40. La Commission a adopté les paragraphes 3, 4 et 5 sans les modifier.

Paragraphe 6 et 7

41. La Commission a examiné un certain nombre de propositions relatives à la nature des insuffisances des informations concernant les qualifications qui constitueraient des motifs d'exclusion et à la mesure dans laquelle il devrait être permis de les rectifier. Il a été proposé d'inclure au paragraphe 6 une disposition empêchant l'entité adjudicatrice d'exclure des fournisseurs ou des entrepreneurs pour des erreurs ou omissions mineures et d'appliquer cette disposition même lorsqu'une procédure de présélection avait eu lieu. On a fait valoir à cette fin que l'entité adjudicatrice devrait autoriser des fournisseurs ou des entrepreneurs à corriger de telles erreurs ou omissions mineures, ce qui limiterait les exclusions abusives pour des motifs sans conséquences. Il a également été proposé, avec l'objectif général de limiter le droit de l'entité adjudicatrice d'exclure des fournisseurs ou des entrepreneurs pour des erreurs ou omissions mineures, de stipuler dans la Loi type que ladite entité ne pourrait prendre une décision d'exclusion que pour des imprécisions "substantielles". On a aussi proposé que, comme le paragraphe 7 faisait apparemment référence à des cas où il n'y avait pas eu communication d'informations, le paragraphe 6 fasse référence, non seulement aux informations fausses ou inexactes, mais aussi aux situations où le fournisseur ou l'entrepreneur présentait des informations incomplètes. Cette dernière proposition a été acceptée.

42. La Commission a été d'avis que le critère à appliquer pour limiter le droit de l'entité adjudicatrice d'exclure des fournisseurs ou des entrepreneurs consisterait à déterminer si l'inexactitude ou le caractère incomplet de l'information était "essentiel" ou non. On a estimé en effet que le mot "substantiel" risquait d'être imparfait et de conduire à des litiges. La crainte a toutefois été exprimée de voir appliquer ce critère à des informations fausses, c'est-à-dire délibérément fausses, et donc non susceptibles de recevoir un qualificatif quel qu'il soit, sous peine de donner l'impression que l'on acceptait des informations fausses. Une proposition a été faite, qui consistait à préciser ce point par l'adjonction du mot "intentionnellement" avant le mot "fausse", mais elle n'a pas été appuyée, car on a considéré que cela conduirait à rechercher les motifs du fournisseur ou de l'entrepreneur.

43. La Commission a ensuite abordé la question de savoir si le fournisseur ou l'entrepreneur devrait avoir le droit de rectifier des informations fausses, inexactes ou incomplètes. Pour ce qui est des informations fausses, la réponse générale a été négative en raison des abus possibles et des risques de fraude. En ce qui concerne les informations inexactes ou incomplètes, le fournisseur ou l'entrepreneur, selon un avis, ne devrait pas être autorisé à faire des corrections si les inexactitudes et les lacunes étaient essentielles mais devrait y être autorisé si elles ne l'étaient pas. Selon un autre avis, la référence supplémentaire, au paragraphe 6, à l'exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur en cas d'inexactitudes ou de lacunes essentielles des informations devrait s'entendre sous réserve du paragraphe 7 du même article, de façon à permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de remédier aux insuffisances en fournissant des informations exactes et complètes; le paragraphe 7 lui permettrait d'apporter la preuve des informations requises conformément au paragraphe 2.

44. Selon une autre opinion encore, le paragraphe 7, tel qu'actuellement libellé, traitait de cas où le fournisseur ou l'entrepreneur apportait la preuve qu'il était qualifié avant la date d'expiration du délai de soumission et ne visait pas à traiter la question de l'autorisation de corriger les informations. Selon un autre avis, le paragraphe 7 devrait s'appliquer également lorsque avait eu lieu une procédure de présélection. Il a été estimé par ailleurs que la teneur du paragraphe 7 devrait être insérée au paragraphe 2 dans la mesure où le paragraphe 7 ne concernait que la fourniture d'informations qui étaient requises au titre du paragraphe 2. Il a encore été proposé de supprimer le paragraphe 7 car il perdait sa raison d'être après les modifications apportées au paragraphe 6, qui traitait désormais des cas où les informations étaient incomplètes.

45. Après délibération, la Commission a décidé de maintenir le paragraphe 7 où il se trouvait et d'y ajouter que le fournisseur ou l'entrepreneur pouvait apporter des corrections en cas d'informations présentant des inexactitudes ou des lacunes essentielles. Cet ajout s'accorderait, a-t-on estimé, avec le paragraphe 6, dans lequel il était déjà implicite que l'entité adjudicatrice ne pouvait exclure un entrepreneur ou un fournisseur pour des inexactitudes ou des lacunes non essentielles.

46. Selon une proposition, le paragraphe 7 devrait également donner au fournisseur ou à l'entrepreneur le droit de fournir des preuves pour réfuter une affirmation de l'entité adjudicatrice selon laquelle les informations qu'il avait fournies étaient fausses. En réponse à cette proposition, on a fait observer que le fournisseur ou l'entrepreneur qui s'estimait exclu à tort pouvait invoquer la procédure de recours prévue au chapitre V de la Loi type et que c'était donc dans ce chapitre qu'il convenait de traiter cette question.

47. On a fait observer que les mots "ou propositions ou offres" devraient être réinsérés après le mot "offres" à l'avant-dernière ligne du paragraphe 7.

48. Lors de son examen du rapport du groupe de rédaction, la Commission a discuté à nouveau les paragraphes 6 et 7 de l'article 6 (voir par. 213 et 214).

Article 7. Procédure de présélection

Paragraphes 1 et 2

49. La Commission a adopté les paragraphes 1 et 2 sans les modifier.

Paragraphe 3

50. Il a été convenu que les renseignements mentionnés à l'article 19-1 j, à savoir le lieu et la date limite de soumission des offres, devraient être ajoutés aux exceptions mentionnées au paragraphe 3, dans la mesure où l'entité adjudicatrice ne pouvait peut-être pas toujours être en possession de ces renseignements au moment de la présélection. La Commission a aussi marqué son accord avec la proposition du Secrétariat tendant à modifier le paragraphe 1 j de l'article 19 afin d'y indiquer que le lieu et la date limite de soumission des offres ne devaient figurer dans l'invitation à soumettre une offre et dans l'invitation à

présenter une demande de présélection que si ces renseignements étaient connus de l'entité adjudicatrice à ce moment-là. Il a été noté en outre que, en cas d'adoption de la modification de l'article 19, il serait répondu de façon suffisante à la question soulevée à propos de la présente disposition, dans la mesure où celle-ci refléterait les informations mentionnées à l'article 19. La Commission a aussi prié le groupe de rédaction d'étudier s'il serait possible d'éviter de répéter des listes similaires d'exceptions aux paragraphes 3 de l'article 7 et 2 de l'article 19.

Paragraphe 4

51. Dans certains pays, a-t-on déclaré, il n'était pas courant de demander aux entités adjudicatrices de communiquer à tous les fournisseurs et entrepreneurs, pendant la procédure de présélection, des éclaircissements relatifs à la documentation de présélection, car cette démarche serait trop lourde, inutile et coûteuse. Elle devrait être autorisée mais non imposée par la Loi type comme c'était actuellement le cas au paragraphe 4. Selon une opinion, il ne suffirait pas, pour assurer une concurrence loyale entre fournisseurs et entrepreneurs, de prévoir la fourniture d'éclaircissements relatifs au dossier de sollicitation, mais il fallait imposer une démarche analogue au stade important de la présélection. Pour parvenir à un compromis, il a été suggéré de n'exiger cette démarche que pour des "demandes raisonnables" ou pour des "éclaircissements nécessaires", ou que pour des éclaircissements jugés "utiles" à tous les fournisseurs et entrepreneurs. De tels termes risquaient, s'est-on inquiété, de donner lieu à des litiges sur leur interprétation, mais la Commission a renvoyé au groupe de rédaction la proposition tendant à limiter aux demandes "raisonnables" l'obligation de communiquer des éclaircissements à tous les fournisseurs et entrepreneurs.

Paragraphe 5

52. Il a été suggéré de modifier la deuxième phrase du paragraphe et de la libeller comme suit : "Lorsqu'elle prend cette décision, l'entité adjudicatrice ne se fonde que sur les critères énoncés dans la documentation de présélection". La Commission a adopté le paragraphe et renvoyé la proposition au groupe de rédaction.

Paragraphes 6 et 7

53. La Commission a adopté les paragraphes 6 et 7 sans les modifier.

Paragraphe 8

54. Un certain nombre de questions ont été soulevées à propos de ce paragraphe, ce qui pourrait indiquer qu'il faudrait y employer une formulation plus précise et l'aligner sur le paragraphe 6 de l'article 6. Il a été demandé notamment si la référence à la présélection, dans la deuxième phrase, devrait être supprimée, dans la mesure où la disqualification du fournisseur pour soumission d'informations fausses ou inexacts pendant la procédure de présélection était traitée au paragraphe 6 de l'article 6; si, à la fin de la deuxième phrase, il ne conviendrait pas de faire référence à la soumission d'informations incomplètes; si les mots "qui ne confirme pas" devraient être précisés. La Commission a renvoyé ces questions au groupe de rédaction.

Article 8. *Participation des fournisseurs et entrepreneurs*

55. Il a été demandé pourquoi un Etat deviendrait partie à des accords tels que le GATT ou des accords nationaux de libre-échange tout en permettant à tous les ressortissants étrangers de participer librement et sans restrictions à la passation de marchés. Il vaudrait mieux, a-t-on proposé, baser l'article 8 sur la notion de réciprocité en prévoyant la libre participation des fournisseurs et entrepreneurs d'Etats ayant adopté une législation fondée sur la Loi type et, en particulier, son article 8. Une disposition de réciprocité pouvait certes être déjà appliquée, en vertu du texte actuel, par le biais de la réglementation des marchés, mais il serait préférable d'inclure la règle de la réciprocité dans la Loi type elle-même aux fins de transparence.

56. Certaines craintes ont aussi été exprimées au sujet de l'approche adoptée dans l'article 8 qui paraissait ambiguë. En effet, cet article établissait d'un côté la règle de la non-discrimination à l'égard des fournisseurs et entrepreneurs étrangers mais, d'un autre côté, il laissait toute latitude aux Etats adoptant la Loi type pour exclure cette règle. Il a été suggéré que, si l'on ne pouvait faire mieux que parvenir à une formulation aussi ambiguë, il serait peut-être préférable que la Loi type n'aborde pas du tout la question de la non-discrimination à l'égard des fournisseurs et des entrepreneurs étrangers. Selon une opinion, une telle approche permettrait de mieux tenir compte de la nécessité pour les pays en développement de maintenir des mesures préférentielles à l'égard de leurs fournisseurs et entrepreneurs locaux. Selon d'autres propositions, il pourrait être possible de lever l'ambiguïté actuelle en limitant les exceptions à celles qui étaient fondées sur la notion de réciprocité ou sur la faible valeur des biens ou travaux nécessaires, ce qui allait dans le sens de la disposition du paragraphe b de l'article 17.

57. En réponse aux préoccupations et propositions ci-dessus, il a été rappelé que le Groupe de travail avait longuement examiné la question de la non-discrimination à plusieurs de ses sessions. Il était parvenu à la conclusion que l'approche actuelle représentait le meilleur compromis possible, notamment pour établir un équilibre approprié entre la promotion progressive de la non-discrimination et la nécessité de reconnaître que les Etats qui adopteraient la Loi type continueraient, du moins dans l'avenir proche et à des degrés divers, d'appliquer des mesures visant à favoriser les fournisseurs et entrepreneurs locaux.

58. La Commission a accueilli favorablement une proposition selon laquelle, il faudrait, pour répondre aux préoccupations exprimées quant à l'ambiguïté possible de la disposition, indiquer clairement dans le guide que la Commission jugeait souhaitable que la règle de la non-discrimination soit appliquée le plus largement possible tout en précisant bien qu'il était expressément prévu dans la Loi type que les Etats qui adoptaient cette dernière pouvaient exclure par ailleurs cette règle dans la mesure qu'ils jugeaient nécessaire en raison de leur situation économique et de leurs obligations juridiques nationales et internationales en matière de passation de marchés.

Article 9. *Forme des communications*

Paragraphe 1

59. On a fait observer que, bien que dans la passation de marchés les communications se fassent traditionnellement par échanges sur papier et que cette pratique soit largement reflétée dans la Loi type, cette dernière devrait accorder une plus grande place à l'échange de données informatisées (EDI) et l'autoriser. Il a été souligné que l'EDI commençait à se répandre dans le domaine de la passation des marchés et que c'était la méthode de l'avenir. Or on pouvait considérer que le texte existant faisait obstacle au développement des applications de l'EDI dans la passation des marchés, en raison notamment de la disposition figurant au paragraphe 5 de l'article 25 qui exigeait la soumission des offres par écrit dans une enveloppe scellée. Du fait de cette disposition, le doute était jeté sur le paragraphe 1 de l'article 9, qui devrait être interprété comme une disposition permettant l'EDI.

60. En même temps, on a averti que l'introduction de l'EDI dans la passation des marchés n'était pas une affaire simple; elle soulevait des questions de sécurité et de confidentialité, ainsi que des questions juridiques, par exemple dans le domaine de la preuve, par suite de l'application de nouvelles techniques de communication aux procédures traditionnelles d'échanges sur papier. Il a été suggéré que le Secrétariat établisse une note sur le recours à l'EDI dans la passation des marchés, les questions juridiques qui en découlaient, et les moyens possibles d'aborder ces questions.

61. La Commission a considéré dans l'ensemble que le texte de la Loi type devrait être modifié de façon à bien préciser que les entités adjudicatrices étaient autorisées à appliquer les techniques de l'EDI dans les procédures prévues par la Loi type. De l'avis général, toute solution qui serait incluse dans la Loi type quant à l'EDI devrait tenir compte des intérêts tant des parties souhaitant recourir à l'EDI que de celles qui n'étaient pas encore prêtes à le faire. En réponse aux préoccupations exprimées au sujet de l'EDI, il a été souligné que l'on ne devrait pas, par le libellé du paragraphe 1 de l'article 9, exiger une forme particulière de communication, mais exiger seulement que le contenu des communications soit bien consigné, et que des formulations similaires apparaissaient dans d'autres textes de la CNUDCI et étaient généralement interprétées comme permettant l'EDI. Il a été noté aussi que des solutions techniques étaient rapidement mises au point pour faire en sorte que les techniques d'EDI employées assurent la même fonction juridique que les procédures traditionnelles d'échanges sur papier. Par exemple, on a signalé qu'il était déjà possible d'empêcher l'accès à un ordinateur avant une date donnée, et que l'on pouvait donc avoir un équivalent fonctionnel EDI de l'obligation d'écrit dans une enveloppe scellée actuellement imposée au paragraphe 5 de l'article 25 pour la soumission des offres.

62. La Commission a noté par ailleurs que, comme on l'avait déjà vu lors des délibérations de son Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, les problèmes que posait le recours à l'EDI dans la passation des marchés n'étaient généralement pas spécifiques de cette procédure, mais étaient analogues à ceux qui se

posaient dans d'autres domaines de l'activité économique et contractuelle, et seraient justiciables habituellement de solutions générales, que l'on trouvait souvent dans les législations nationales existantes. On s'est aussi demandé si, dans ces conditions, toute étude supplémentaire du Secrétariat était justifiée car, au-delà des solutions juridiques généralement applicables qu'examinait déjà le Groupe de travail, il y avait des questions techniques qui dépassaient la compétence du Secrétariat.

63. La Commission a ensuite examiné des propositions visant à améliorer le texte en vue d'autoriser le recours à l'EDI. L'une d'entre elles visait à ajouter à l'article 4 un nouveau paragraphe autorisant expressément l'adoption de règles permettant le recours à l'EDI dans le processus de passation des marchés (pour le texte du paragraphe proposé, voir par. 31). Il a été noté que le texte proposé avait principalement pour but d'attirer l'attention des Etats sur la question du recours à l'EDI dans la passation des marchés, sans fournir d'indications précises quant au contenu des solutions à énoncer dans les règles. Une telle approche a été jugée appropriée parce qu'il ne s'était pas encore dégagé de solutions internationalement harmonisées aux problèmes juridiques posés par l'EDI, et que ces problèmes étaient encore examinés par le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées. Selon une critique, l'ample latitude que cette proposition laissait aux Etats pour déterminer les conditions du recours à l'EDI et l'absence de modèles internationalement acceptés risquaient de conduire à des solutions qui ne tiendraient pas compte de façon adéquate des principes sous-jacents à la Loi type. En outre, le nouveau paragraphe de l'article 4 risquait d'être considéré comme mettant des obstacles au recours à l'EDI, en laissant entendre que des règles complexes pourraient être nécessaires, alors qu'en réalité nombre des difficultés apparentes pouvaient facilement être surmontées.

64. Une autre proposition, qui a reçu l'approbation de la Commission, visait à prévoir dans la Loi type elle-même, grâce à une modification appropriée du paragraphe 5 de l'article 25 et de l'article 9, la possibilité de recourir à l'EDI. Il s'agissait d'apporter les changements indiqués ci-dessous (par. 66 à 68) et de commencer le paragraphe 1 de l'article 9 par les mots "sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice...". Il a été souligné que toute modification devrait reposer sur le principe que de nombreux fournisseurs continueraient de communiquer, dans la passation des marchés, par des échanges sur papier, que le recours à l'EDI ne devrait pas leur être imposé et ne devrait pas compromettre leur aptitude à entrer en concurrence avec des fournisseurs pratiquant l'EDI. Il a également été souligné que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être contrainte par la Loi type à recourir à l'EDI. La Commission, en priant le groupe de rédaction de préparer une nouvelle formulation appropriée de l'article 9, a indiqué que, selon elle, il fallait entendre par "consigné", consigné durablement.

65. Sous réserve des modifications ci-dessus, la Commission a adopté le paragraphe 1.

Forme de la soumission des offres (art. 25, par. 5)

66. Ayant convenu de l'approche à adopter au paragraphe 1 afin de permettre le recours à l'EDI, la Com-

mission a examiné la question connexe des conditions de forme relatives à la soumission des offres, question abordée au paragraphe 5 de l'article 25. Il a été généralement admis que cette question méritait une disposition spéciale dans la Loi type, car la soumission des offres devait faire l'objet de mesures de sécurité spéciales, en particulier de mesures assurant que, avant l'ouverture simultanée des offres, ni l'entité adjudicatrice ni les autres fournisseurs ou entrepreneurs ne seraient en mesure de découvrir le contenu de l'offre. La Commission a examiné une proposition visant à donner au paragraphe 5 de l'article 25 une nouvelle formulation, selon laquelle une offre pourrait être soumise soit par écrit, dans une enveloppe scellée, soit par tout autre moyen fournissant une méthode de communication sûre et confidentielle. La Commission a accepté cette proposition à condition que ni l'entité adjudicatrice ni les fournisseurs ou entrepreneurs ne soient contraints à recourir à l'EDI.

67. D'autres propositions ont été faites, qui visaient à affiner le texte. L'une d'entre elles concernait la nécessité pour l'entité adjudicatrice de stipuler qu'elle acceptait la soumission d'offres faites sous la forme d'un EDI, afin qu'il soit bien clair que l'acceptation des offres faites sous une telle forme ne constituait pas une obligation. D'après une autre proposition, il fallait préciser que la méthode d'EDI utilisée devait, outre la sécurité et la confidentialité, fournir une garantie satisfaisante quant à l'authenticité de l'offre. On a fait observer que lors de l'élaboration d'une disposition relative à l'authenticité des offres, il faudrait tenir dûment compte du fait que les moyens et la fiabilité de l'authentification dépendaient de la méthode de transmission du message. Par exemple, la technique de la télécopie offrait à cet égard une faible garantie. Il a donc été suggéré de ne pas laisser subsister de doute quant à savoir si la télécopie était considérée comme une communication par EDI couverte par le paragraphe 5 de l'article 25. Selon une autre proposition, il fallait indiquer que les offres faites par EDI devaient atteindre un degré de sécurité, de confidentialité et d'authenticité comparable à celui qu'atteignait une offre écrite dans une enveloppe unique scellée. Une autre proposition encore était de préciser que la méthode d'EDI utilisée devait permettre de consigner durablement le contenu de l'offre transmise.

68. La Commission, notant que la disposition devrait être neutre en ce qui concerne les formes particulières de technologie, a accepté ces propositions en principe et les a renvoyées au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

69. La Commission a décidé de ne pas accepter une proposition visant à supprimer du champ du paragraphe 2 la communication prévue au titre du paragraphe 1 de l'article 32. Elle a aussi noté que la référence au paragraphe 3 de l'article 11 était erronée et devrait être remplacée par une référence au paragraphe 3 de l'article 18. Sous réserve de cette correction, la Commission a adopté le paragraphe 2.

Paragraphe 3

70. La Commission a adopté le paragraphe 3 sans le modifier.

Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs

71. Il a été demandé à quelles sources de droit était censée renvoyer l'expression "la législation du présent Etat", et en particulier s'il était clair que l'on entendait viser par ces termes non seulement les lois, mais aussi les règlements d'application et les obligations découlant des traités auxquels était partie l'Etat adoptant la Loi type. A cet égard, il a été noté qu'outre les lois nationales concernant l'authentification les obligations découlant des traités s'appliquaient elles aussi à l'authentification des documents et que cela devrait ressortir clairement de l'article 10. De plus, il pouvait y avoir des différences d'un Etat à l'autre quant à celles de ces diverses sources de droit qui seraient considérées comme étant couvertes par l'expression "la législation du présent Etat", en particulier du fait que, dans certains Etats, les traités étaient considérés comme faisant automatiquement partie de la législation nationale, tandis que dans d'autres il fallait promulguer une loi d'application pour leur donner effet. Selon une opinion, il serait préférable, par souci de clarté, d'inclure une référence plus précise, avec mention des lois, des obligations découlant des traités, des règlements, et peut-être même des obligations imposées par la pratique. Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, la simple référence existante à la "législation" était suffisante pour les besoins d'une Loi type. Il a été décidé en même temps qu'il pourrait être utile d'expliquer dans le guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne que, dans certains Etats, une référence générale à la législation serait suffisante, tandis que dans d'autres une référence plus précise à diverses sources de droit serait justifiée. La référence, dans la Loi type ou dans le guide, à des obligations d'authentification imposées par la pratique, n'a en revanche reçu qu'un appui limité, car on a estimé que cela irait à l'encontre de l'objectif de transparence.

72. La Commission a noté qu'il risquait d'y avoir traitement inégal de différents fournisseurs et entrepreneurs étrangers dans des cas où l'Etat était partie à un traité réglementant l'authentification des documents avec les pays d'origine de certains fournisseurs et entrepreneurs étrangers, mais pas de tous, et était donc tenu de n'appliquer des procédures moins contraignantes qu'à quelques fournisseurs et entrepreneurs. Il a été convenu que la Loi type ne régissait pas un tel cas, mais qu'il serait utile d'appeler l'attention des Etats adoptant la Loi type sur cette question dans le guide.

73. Après délibération, la Commission a adopté l'article 10 sans le modifier.

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

Paragraphe 1

74. Il a été convenu d'apporter un certain nombre d'améliorations à la formulation du paragraphe 1. Les membres de la Commission ont été d'avis que le libellé devrait refléter la possibilité, évidente dans certains Etats, que le procès-verbal de la procédure de passation des marchés soit établi non par l'entité adjudicatrice mais par un autre

organisme public, même si l'entité adjudicatrice garde un exemplaire du procès-verbal pour le tenir à disposition des fournisseurs ou des entrepreneurs. Pour cette raison, la Commission a décidé de remplacer le mot "établi" par le mot "garde" ou "conserve".

75. La Commission a aussi décidé d'insérer des mots tels que "au moins" avant les mots "les éléments d'information suivants", de façon à préciser que les éléments d'information mentionnés au paragraphe 1 devaient être considérés comme le minimum à inclure dans le procès-verbal. Il a été noté à cet égard que l'emploi dans la Loi type de ces termes supplémentaires ne devrait pas encourager l'imposition de conditions additionnelles contraaires à l'esprit de ladite Loi. La Commission a en outre décidé de remplacer, à l'alinéa *k*, la référence aux "motifs" sur lesquels l'entité adjudicatrice pouvait s'appuyer pour exclure des entrepreneurs ou des fournisseurs sur la base de la nationalité par une référence à des "motifs et circonstances" afin d'aligner le libellé sur des expressions analogues employées ailleurs dans la Loi type. Enfin, les membres de la Commission sont convenus d'insérer un alinéa *l*, afin d'ajouter aux éléments devant figurer dans le procès-verbal un résumé des demandes d'éclaircissement présentées par les entrepreneurs ou fournisseurs à propos de la documentation de préqualification et du dossier de sollicitation et des éclaircissements correspondants donnés par l'entité adjudicatrice. On a noté que cette modification entraînerait une modification du paragraphe 3.

Paragraphe 2 et 3

76. La Commission a décidé de supprimer les mots "pour examen" aux paragraphes 2 et 3. Il a été estimé que la nouvelle formulation exprimerait mieux la souplesse que l'on entendait donner quant au mode particulier de mise à disposition du procès-verbal. La Commission a aussi décidé qu'il devrait être explicitement indiqué au paragraphe 3 que le procès-verbal serait mis à la disposition des entrepreneurs ou des fournisseurs uniquement sur leur demande.

77. La Commission a adopté une proposition tendant à reformuler la deuxième phrase du paragraphe 3 de façon qu'elle porte uniquement sur la divulgation avant la date prévue, sur injonction d'un tribunal compétent, de la partie du procès-verbal visée aux alinéas *c* à *e* et non de la partie visée aux alinéas *f* et *g*. Cette modification était nécessaire du fait que les circonstances mentionnées aux alinéas *f* et *g* ne pouvaient survenir avant l'acceptation de l'offre ou de la proposition et qu'un tribunal ne pouvait donc ordonner la divulgation de cette information plus tôt.

78. Les membres de la Commission sont convenus que, pour établir une distinction entre les informations relatives à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix, visées à l'alinéa 3 *b* et le résumé de ces informations, visé à l'alinéa 1 *e*, il faudrait ajouter à l'alinéa 3 *b* le texte suivant "... montant des offres, des propositions ou des prix si ce n'est le résumé visé à l'alinéa *e* du paragraphe 1".

79. La Commission a adopté les paragraphes 2 et 3 sous réserve de la modification susmentionnée.

Paragraphe 4

80. Selon une opinion, il faudrait supprimer le paragraphe 4 au motif qu'il ne devrait pas y avoir de limites à la responsabilité de l'entité adjudicatrice n'ayant pas établi de procès-verbal, puisque cette obligation était l'un des fondements de la transparence du système élaboré dans la Loi type. Il a été expliqué, en réponse à cet argument, que le paragraphe 4 avait pour but de trouver un équilibre entre la nécessité d'imposer l'établissement d'un procès-verbal et la nécessité de ne pas imposer un fardeau excessif à l'entité adjudicatrice, notamment dans le cas d'erreurs ou d'omissions qui pouvaient être sans malice. La Commission a confirmé la décision du Groupe de travail, à savoir que le texte actuel réalisait un équilibre approprié entre ces considérations et qu'il était nécessaire de prévoir l'exclusion de dommages-intérêts de la part de l'entité adjudicatrice, de façon à indiquer clairement que des recours injonctifs et des formes de recours analogues n'étaient pas exclus. Il a été convenu cependant que dans le texte anglais le mot "*monetary*", devant le mot "*damages*", était superflu et devrait être supprimé. La Commission a aussi accepté une proposition visant à modifier le libellé du paragraphe 4 comme suit : "... dommages-intérêts envers les fournisseurs et entrepreneurs pour ne pas avoir conservé de procès-verbal...".

Article 12. Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs

81. Les membres de la Commission sont convenus d'un certain nombre de modifications destinées à clarifier la portée et l'effet que devait avoir l'article 12. Il a été décidé, en premier lieu, d'insérer dans la première phrase les mots "directement ou indirectement" après les mots "propose, donne ou convient de donner", pour bien préciser que la disposition couvrait également les incitations offertes par l'intermédiaire d'un agent. Cet éclaircissement était, a-t-on déclaré, particulièrement utile du fait que la disposition portait sur des actes illicites qui devaient être décrits de manière à laisser aussi peu que possible matière à interprétation; il a été souligné, en même temps, que l'absence de mots tels que "directement ou indirectement" dans d'autres dispositions ne devrait pas être interprétée comme signifiant que l'on n'entendait pas couvrir dans ces dispositions les actes commis par l'intermédiaire d'un agent.

82. Il a été décidé, en second lieu, de remplacer les mots "un avantage financier — pécuniaire ou autre —" par les mots "un avantage financier — quelle qu'en soit la forme —".

83. En troisième lieu, la Commission a décidé d'ajouter, après les mots "fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice", les mots "ou d'une autre autorité publique", afin de couvrir également une incitation à une personne qui, bien que n'étant pas fonctionnaire ou employée de l'entité adjudicatrice, occupait un poste élevé dans l'Administration et pouvait ainsi influencer sur la procédure de passation des marchés. Il a été décidé en outre d'ajouter les mots "ou d'une autre autorité administrative" après les mots "un acte, une décision ou une procédure de l'autorité adjudicatrice". Enfin, il a été convenu de remplacer les mots "le rejet", au début de la deuxième phrase, par les mots "ce rejet".

84. En réponse à une suggestion selon laquelle il faudrait faire expressément mention des actes d'omission, la Commission a été d'avis que le libellé actuel, à savoir "un acte, une décision ou une procédure de l'autorité adjudicatrice", était suffisant pour couvrir les actes qui étaient commis aussi bien que ceux qui étaient omis.

85. L'article 12 a été adopté sous réserve des modifications et éclaircissements susmentionnés. Il a été décidé qu'une suggestion visant à faire référence dans le texte à la preuve de l'allégation d'incitation serait examinée lors du débat sur les procédures de recours et dans le guide, dans la mesure où un éclaircissement supplémentaire pouvait être nécessaire.

*Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes**Article 13. Méthodes de passation des marchés*

86. La Commission a confirmé le principe énoncé au paragraphe 1, à savoir que l'appel d'offres devrait être la méthode de passation des marchés normalement utilisée. Elle a aussi considéré dans l'ensemble que le compromis réalisé entre la marge de manœuvre laissée et les contraintes imposées à l'entité adjudicatrice pour ce qui était du choix d'une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres était approprié. Après délibération, la Commission a adopté l'article sans le modifier.

*Article 14. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence**Paragraphe 1*

87. Pour améliorer le libellé du chapeau de l'alinéa *a*, il a été convenu de remplacer les mots "l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler" par des mots tels que "l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure de formuler". Cette modification visait à tenir compte du fait que, bien que les circonstances objectives soient importantes, l'entité adjudicatrice disposait d'un certain pouvoir discrétionnaire pour décider si existaient les conditions permettant de justifier l'utilisation d'une des trois méthodes de passation des marchés énoncées à l'article 14. Il a été noté que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire dépendait des conditions d'approbation et d'établissement d'un procès-verbal de la Loi type.

88. La Commission s'est prononcée pour le maintien du libellé actuel de l'alinéa *a* ii au lieu d'accepter un libellé tel que "en raison de la nature des biens ou des travaux, des spécifications ne peuvent être formulées avec suffisamment de précision pour permettre l'attribution du marché par la sélection de l'offre à retenir conformément aux procédures énoncées au chapitre III". On a estimé que la formulation actuelle mettait comme il convenait l'accent sur les circonstances technologiques que l'on entendait viser.

89. La Commission a confirmé l'inclusion à l'alinéa *c* d'une autorisation spécifique pour le recours aux méthodes

de passation des marchés mentionnées à l'article 14 dans les cas où la Loi type s'appliquait à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale, conformément au paragraphe 3 de l'article premier. Il a été noté que l'alinéa *c* ne constituait pas en la matière une répétition du paragraphe 3 de l'article premier, mais servait simplement à signaler que, lorsque la Loi type s'appliquait à des marchés intéressant la défense nationale, l'entité adjudicatrice avait l'autorisation d'utiliser une des méthodes de passation de marché autre que l'appel d'offres. La Commission a décidé, pour les mêmes motifs, de conserver le paragraphe *f* de l'article 16 concernant le recours, dans de tels cas, à la sollicitation d'une source unique.

90. La Commission a examiné une proposition tendant à modifier comme suit l'alinéa *d* : "lorsque, de l'avis de l'entité adjudicatrice, il est improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres...". Selon un avis, le nouveau libellé risquait d'introduire un élément, non souhaitable, de subjectivité. Toutefois, il a été largement estimé que la modification clarifiait utilement le fait que l'entité adjudicatrice avait toute latitude pour décider de lancer ou non, en cas d'échec, un nouvel appel d'offres, ce qui éviterait des litiges inutiles. On a aussi fait observer que l'alinéa portait sur une question discrétionnaire qui était, en dernière analyse, soumise à approbation et ne faisait pas entrer en jeu le droit de recours envisagé à l'article 38.

91. La Commission a adopté le paragraphe 1 sous réserve des modifications susmentionnées.

Paragraphe 2

92. La Commission a approuvé l'approche adoptée au paragraphe 2 permettant la négociation avec appel à la concurrence dans deux types de cas d'urgence, d'une part, une situation d'urgence non prévisible ou ne résultant pas de manœuvres dilatoires de l'entité adjudicatrice, d'autre part, une situation d'urgence causée par un événement catastrophique. En réponse à une question relative à la nécessité d'établir une distinction entre les deux situations, la Commission a noté que celle qui était visée à l'alinéa *a* comportait deux exceptions, à savoir la prévisibilité et une manœuvre dilatoire de façon à limiter la possibilité d'invoquer des motifs d'urgence pour éviter des situations d'abus dans les procédures d'appel d'offres. Il a été confirmé que de telles limites ne devraient pas s'appliquer lorsqu'il s'agissait de répondre d'urgence à des besoins humanitaires, position reflétée à l'alinéa *b*.

93. On a fait observer ensuite que le recours à la négociation avec appel à la concurrence, pour les motifs d'urgence visés au paragraphe 2, n'était pas soumis à la condition d'approbation énoncée dans le chapeau du paragraphe 1. La Commission a noté qu'il s'agissait apparemment d'un oubli et a confirmé que la condition d'approbation devait bien s'appliquer au choix de la négociation avec appel à la concurrence pour des motifs d'urgence, étant donné en particulier que cette condition s'appliquait au choix d'une sollicitation d'une source unique pour des motifs d'urgence analogues.

94. Concernant la formulation précise des motifs d'urgence visés aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 ainsi, d'ailleurs, qu'aux paragraphes *b* et *c* de l'article 16, les

membres de la Commission sont convenus de remplacer l'expression "il serait impossible ou imprudent" à l'alinéa *a* et "il est donc impossible ou imprudent" à l'alinéa *b* par les expressions "il serait impraticable" et "il est donc impraticable", respectivement. Il a été convenu de remplacer à l'alinéa *b* de l'actuel paragraphe 2, dans le texte anglais, les mots "*amount of time*" par le mot "*time*". L'expression "négociation directe avec appel à la concurrence" — par opposition à "négociation avec appel à la concurrence" — qui a été suggérée a été considérée inutile dans la mesure où l'article 14 concernait uniquement le choix d'une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres et non la procédure utilisée dans ces méthodes, question traitée au chapitre IV.

95. La Commission a adopté le paragraphe 2 sous réserve des modifications susmentionnées.

Article 15. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

Paragraphe 1

96. En réponse à une proposition tendant à définir le mot "prix" dans le cadre d'une procédure de sollicitation de prix, il a été noté que le Groupe de travail avait décidé de ne pas inclure à l'article 2 de définitions des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres. Rien n'empêchait toutefois d'expliquer de façon plus détaillée, à l'article 36, ce que l'on entendait par ce terme.

Paragraphe 2

97. Il a été suggéré de faire de la disposition figurant au paragraphe 2 une règle générale applicable aux autres méthodes de passation des marchés où il n'y a pas appel d'offres, de manière à interdire une division artificielle par des entités adjudicatrices d'un marché portant sur des ensembles de biens ou de travaux uniquement dans le but d'éviter un appel d'offres. On a noté à ce sujet qu'appliquer la règle figurant au paragraphe 2 à toutes les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres n'était pas indiqué, dans la mesure où les sollicitations de prix constituaient, dans le contexte de la Loi type, la seule méthode de passation de marchés dont l'utilisation était liée à la valeur du marché. La Commission a abondé dans ce sens et noté qu'il faudrait, dans le guide, appeler l'attention des Etats qui adopteraient la Loi type sur le principe selon lequel les entités adjudicatrices devaient s'abstenir de diviser de façon artificielle un marché en plusieurs parties afin d'éviter un appel d'offres.

Article 16. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique

Alinéa a

98. La Commission a adopté l'alinéa *a* sans changement.

Alinéas b et c

99. Aucun changement de fond n'a été apporté aux alinéas *b* et *c*. Conformément, cependant, à la modification apportée antérieurement aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 de l'article 14, les mots "il serait impossible ou imprudent"

ont été remplacés par les mots "il ne serait pas réaliste". A l'alinéa *c* de la version anglaise, les mots "amount of time" ont été remplacés par le mot "time".

Alinéa d

100. Il a été avancé qu'il y aurait lieu de se référer au "rapport coût-efficacité" plutôt qu'au "caractère raisonnable" du prix des fournitures supplémentaires. Un tel changement a été cependant jugé superflu étant donné qu'il était déjà fait référence, dans le libellé de l'alinéa *d*, à des facteurs constituant des éléments clefs du rapport coût-efficacité. La Commission a adopté l'alinéa *d* sans changement.

Alinéas e et f

101. La Commission a adopté les alinéas *e* et *f*, étant entendu qu'il y avait lieu, à l'alinéa *f*, de se référer non pas au paragraphe 2 de l'article premier, mais au "paragraphe 3 de l'article premier".

Alinéa g

102. La Commission a noté que l'alinéa *g* mentionnait une condition d'approbation et que, contrairement aux autres références à une condition d'approbation, y compris la référence figurant dans le chapeau de cet article concernant le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique, l'approbation visée à l'alinéa *g* n'était pas présentée comme une option pour les Etats adoptant la Loi type. Il a été convenu qu'en principe le libellé devrait demeurer tel quel puisqu'il y avait lieu de reconnaître dans la Loi type que la décision d'utiliser une telle procédure dans les cas d'urgence économique visés serait normalement prise au plus haut niveau de responsabilité gouvernementale, ou devrait être prise à ce niveau.

103. La Commission a examiné plusieurs suggestions tendant à mieux faire ressortir le fond et le caractère exceptionnel de l'alinéa *g*. Selon une de ces suggestions qui a été acceptée, il y avait lieu de faire de cet alinéa un nouveau paragraphe 2, ce qui soulignerait le caractère exceptionnel de la procédure envisagée. D'après une autre suggestion, afin d'éviter de faire croire à l'obligation d'une "double approbation" en raison de la mention d'une condition d'approbation tant au chapeau de l'article qu'à l'alinéa *g*, il conviendrait de préciser, dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, que les Etats qui retiendraient la condition d'approbation figurant dans le chapeau de l'article n'auraient pas à retenir nécessairement la condition d'approbation visée à l'alinéa *g*. Il a été d'autre part convenu qu'il y aurait lieu de remplacer le mot "approbation" par les mots "approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type désigne l'organe chargé de donner son approbation)...". On s'est demandé si les procédures à suivre, selon le libellé existant, avant d'avoir recours à la sollicitation d'une source unique sur la base de l'alinéa *g*, n'étaient pas trop vagues. On a été néanmoins largement d'avis qu'il n'était pas nécessaire, dans le cadre d'une Loi type, de donner des précisions supplémentaires sur les modalités d'application de procédures. Conformément à une autre suggestion, il conviendrait de remplacer le mot "approbation" par l'expression "autorisation du Gouvernement".

104. La Commission a adopté l'alinéa *g* avec les modifications susmentionnées.

Chapitre III. Procédure d'appel d'offres

Section I. Sollicitation d'offres et de demandes de présélection

Article 17. Appel d'offres national

105. Il a été jugé qu'à l'alinéa *b* les mots "du faible montant ou de la valeur peu élevée" n'étaient pas suffisamment clairs et devraient être remplacés par les mots "de la petite quantité ou de la faible valeur monétaire". La Commission a renvoyé cette suggestion au groupe de rédaction.

106. La Commission a noté que c'était par erreur qu'il était fait référence, à la fin de cet article, à l'article 11-2 au lieu de l'article 18-2, et qu'il y avait donc lieu d'apporter la rectification nécessaire.

107. La Commission a adopté l'article 17, sous réserve de la suggestion de forme et de la modification susmentionnées.

Article 18. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

Paragraphe 1

108. La Commission a adopté le paragraphe 1 sans changement.

Paragraphe 2

109. Selon un avis, la publication, prévue au paragraphe 2, dans une langue d'usage courant dans le commerce international et dans un journal de diffusion internationale, constituait une trop lourde charge pour l'entité adjudicatrice, notamment lorsqu'il s'agissait de biens ou de travaux de faible valeur. On a souligné que les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers souhaitant passer des marchés dans un pays déterminé avaient déjà les moyens de se renseigner sur les besoins de ce pays, notamment par le biais des représentants diplomatiques ou agents consulaires commerciaux. On a déclaré qu'une publication dans un important journal national devrait suffire.

110. Selon une opinion opposée, la publicité constituait un des aspects les plus importants en matière d'appel d'offres, étant donné qu'elle favorisait la compétitivité et assurait à l'entité adjudicatrice une meilleure qualité à un plus faible prix. En outre, ce n'était que par le biais d'appels d'offres internationaux, dont la publicité internationale constituait l'élément clef, que la Loi type pouvait promouvoir le commerce international, ainsi qu'il était dit à l'alinéa *b* du préambule. On a fait remarquer que bien des sociétés, notamment les moins grandes, seraient désavantagées en l'absence de l'obligation de procéder à une publication internationale conformément au paragraphe 2. On a en outre souligné que les coûts de cette publication ne devraient pas constituer un élément dissuasif puisque ces coûts étaient récupérables ou pouvaient être

réduits au minimum si l'on avait recours, pour faire connaître les invitations à soumettre une offre ou à représenter une demande de présélection, à un support comme *Development Business*, publication du Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies. On a fait d'autre part observer que l'article 17 *b* excluait déjà les marchés de faible valeur du champ d'application de l'article 18-2.

111. Après délibération, la Commission est convenue de ne pas modifier le paragraphe 2. Il a été noté que le texte dont la Commission était saisie était une Loi type et que si un Etat estimait qu'il lui était difficile d'adopter le paragraphe 2, il pourrait choisir de ne pas le faire. Il a été également convenu que le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type pourrait utilement souligner la possibilité de s'acquitter de l'obligation de publication par le biais de *Development Business*.

Paragraphe 3

112. Il a été proposé d'insérer le paragraphe 3 dans le chapitre II, étant donné que l'appel d'offres restreint, notamment dans certaines régions, constituait l'exception la plus commune à l'appel d'offres ouvert. Il a été avancé que la présente formulation du paragraphe 3 et son emplacement ne faisaient pas dûment ressortir cette importante exception aux appels d'offres ouverts, qui était particulièrement susceptible d'abus du fait de l'absence de l'élément le plus important de l'appel d'offres, à savoir la publicité.

113. Selon une opinion contraire, un appel d'offres restreint n'était pas distinct d'un appel d'offres, à cette seule différence qu'il n'avait pas un caractère public. A titre de solution intermédiaire, on a suggéré de faire du paragraphe 3 un article distinct dans le chapitre III. Après délibération, la Commission a décidé d'insérer le paragraphe dans le chapitre II.

114. Quant à la formulation du paragraphe 3 concernant les conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint, on a été largement d'avis que les motifs invoqués "d'économie et d'efficacité" étaient trop vagues et pouvaient prêter à des abus. On a suggéré qu'il conviendrait de remplacer ces mots par les mots "dans des circonstances particulières et exceptionnelles". On a d'autre part proposé de combiner les deux expressions et d'assujettir à une approbation la décision d'avoir recours à un appel d'offres restreint; l'idée d'énumérer, dans le paragraphe, les conditions du recours à un appel d'offres restreint a cependant recueilli le plus large appui. Il a donc été convenu qu'il y avait lieu de préciser les conditions du recours à un appel d'offres restreint et que les procédures à suivre pour les appels d'offres restreints devraient rester celles de tous les appels d'offres, à l'exception de l'obligation d'une sollicitation ouverte.

115. La Commission a ensuite étudié de quelle manière sa décision serait formulée dans le texte de la Loi type. Pour ce qui est des conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint, une des formulations proposées énumérerait des conditions, notamment : le nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels les mar-

chandises sont disponibles; l'urgence; l'échec d'une procédure d'appel d'offres publique; les petites quantités requises; et une référence à "tout autre cas exceptionnel".

116. Il a été convenu dans l'ensemble que le premier cas, celui dans lequel un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs pouvaient fournir les biens ou travaux requis, devrait être inclus. Toutefois, pour ce qui est des autres cas, on a estimé dans l'ensemble qu'une énumération aussi détaillée permettrait le recours à un appel d'offres restreint dans des circonstances qui ne seraient pas appropriées. En outre, l'énumération proposée ne semblait pas donner beaucoup plus de précisions que le libellé actuel de l'article 18-3, qui faisait référence aux motifs d'économie et d'efficacité. On a demandé pourquoi il faudrait supposer qu'en cas d'échec d'une procédure d'appel d'offres, un appel d'offres restreint donnerait davantage de chances de trouver un entrepreneur ou fournisseur qualifié. De même, on a douté que le recours à l'appel d'offres restreint permettrait de réduire sensiblement les délais en cas d'urgence, notamment puisque la Loi type prévoyait d'autres méthodes plus rapides de passation des marchés en cas d'urgence. Il a été convenu que la procédure d'appel d'offres restreint devrait pouvoir être appliquée pour les marchés de faible valeur, mais "sous réserve de considérations d'économie et d'efficacité", et que la formulation retenue devrait être similaire à l'explication figurant dans le projet de guide : "lorsque les délais et les coûts nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur des biens ou des travaux requis".

117. Pour ce qui est des procédures à suivre dans le cadre d'un appel d'offres restreint, qui devraient être décrites au chapitre IV, il a été convenu qu'il n'était pas nécessaire de faire référence au fait que le fournisseur invité devait être de bonne réputation, puisque l'article 6 avait été modifié afin qu'il soit bien clair que la condition des qualifications s'appliquait à toutes les méthodes de passation des marchés. Pour ce qui est de la sélection des fournisseurs, il a été convenu de retenir une solution à deux volets, afin d'éviter tout recours inapproprié à l'appel d'offres restreint. Le premier volet consisterait à disposer qu'en cas de recours à la procédure d'appel d'offres restreint parce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs était limité, tous les fournisseurs ou entrepreneurs à même de fournir les biens ou les travaux requis devraient être invités à participer. Dans le cas des marchés de faible valeur, la disposition exigerait la participation d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

118. La Commission a adopté le paragraphe 3, sous réserve du déplacement de ce paragraphe et des modifications susmentionnées.

Article 19. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

Paragraphe 1

119. Il a été convenu qu'il y avait lieu de compléter les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1 en y prévoyant l'obligation d'indiquer, dans l'appel d'offres, le lieu de livraison des

biens. La Commission a adopté le paragraphe 1 compte tenu de cette modification. Il a été noté que c'était par erreur qu'il était fait référence, à l'alinéa *d*, à l'article 8-1 *a* au lieu de l'article 6-2, et qu'il convenait donc de rectifier en conséquence le libellé de cet alinéa.

Paragraphe 2

120. On a fait observer que l'article 7-3 exigeait que la documentation de présélection indique le lieu et la date limite de soumission des offres alors que le projet de Loi type n'exigeait pas que l'invitation à présenter une demande de présélection donne ces renseignements, parce qu'il était possible que ceux-ci ne soient pas à la disposition de l'entité adjudicatrice au moment où elle établit l'invitation à soumettre une offre. Lors de son examen de l'article 7-3, la Commission avait déjà estimé qu'il vaudrait mieux exiger que la mention du lieu et de la date limite de soumission des offres figure dans l'invitation à présenter une demande de présélection ainsi que dans la documentation de présélection, si ces renseignements étaient connus de l'entité adjudicatrice au moment considéré (voir par. 50).

121. Une proposition tendant à modifier le chapeau du paragraphe 2 pour le rendre plus clair a été renvoyée au groupe de rédaction. La Commission a adopté le paragraphe 2 sous réserve de la modification et de la clarification susmentionnées.

Article 20. Communication du dossier de sollicitation

122. La Commission a accepté une proposition tendant à élargir les dispositions de l'article 20 de façon à y inclure le coût de la documentation de présélection. Il a été noté qu'il y avait lieu, en conséquence, de modifier le titre de l'article de la façon suivante : "Communication du dossier de sollicitation; prix de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation".

123. On a soulevé la question de savoir si le coût du dossier visé à l'article 20 correspondait à celui de l'élaboration et de la distribution du dossier, ou seulement au coût d'impression, auquel cas il vaudrait mieux le préciser. Il a été rappelé à cet égard que le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type indiquait que le prix visé à l'article 20 correspondait aux frais d'impression et de distribution des documents.

Article 21. Teneur du dossier de sollicitation

Chapeau

124. La Commission a noté que diverses variantes de l'expression "au minimum", utilisée dans la première phrase de l'article 21 afin de bien préciser que l'entité adjudicatrice pouvait inclure des informations supplémentaires dans le dossier de sollicitation, figuraient dans les dispositions du projet de Loi type. Elle a prié le groupe de rédaction d'uniformiser ces variantes.

Alinéas a à e

125. La Commission a adopté les alinéas *a* à *e* sans les modifier.

Alinéa f

126. La Commission a décidé de ne pas accepter une proposition aux termes de laquelle l'alinéa *f* ne devrait faire référence qu'aux principales conditions du marché, bien que certains aient estimé que la modification proposée améliorerait le libellé actuel.

Alinéa g

127. La Commission a adopté l'alinéa *g* avec l'ajout suivant à la fin : "et une description de la manière dont les variantes seront évaluées et comparées". Elle voulait qu'il soit bien clair que, lorsque l'entité adjudicatrice sollicitait des variantes, le dossier de sollicitation devait déterminer la manière dont ces variantes seraient examinées et préciser notamment si un fournisseur ou entrepreneur présentant une variante devrait également soumettre une offre conforme aux spécifications, afin que ladite variante puisse être examinée.

Alinéas h à r

128. La Commission a adopté les alinéas *h* à *r* sans les modifier, sous réserve d'insérer un nouvel alinéa ("1 bis") touchant la nécessité de mentionner dans le dossier de sollicitation le cas exceptionnel de renonciation à la garantie de soumission pour retrait ou modification de l'offre avant la date limite de soumission des offres, et sous réserve de remplacer, à l'alinéa *n*, les mots "l'entité adjudicatrice indique si elle a l'intention d'organiser" par les mots "l'entité adjudicatrice indique si elle a l'intention, à ce stade, d'organiser".

Alinéa s

129. La Commission a noté qu'aucune autre disposition de l'article 21 ne faisait l'objet d'une exclusion de responsabilité du type de celle figurant à l'alinéa *s* et que le fait de déplacer cette disposition, comme il avait été suggéré, après les alinéas *x* ou *y* ne modifierait en rien cet état de fait. La Commission a adopté l'alinéa *s* sans le modifier.

Alinéas t à y

130. La Commission a adopté les alinéas *t* à *y* sans les modifier.

Article 22. Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation

131. La Commission a accepté une proposition tendant à déplacer l'article 22 au chapitre premier, cela afin que soit appliqué à toutes les méthodes de passation des marchés le principe de l'objectivité dans la description des biens ou des travaux, de manière à promouvoir la concurrence, à limiter le recours à la méthode de sollicitation d'une source unique et à faciliter le choix de la méthode la plus concurrentielle de passation des marchés. La Commission a renvoyé au groupe de rédaction une suggestion selon laquelle il faudrait tenir compte, dans la disposition déplacée, du fait que des éléments tels que le dossier de sollicitation et les spécifications étaient utilisés à des degrés

divers dans les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres. Il a été avancé que l'on pourrait régler ce problème en assortissant la référence aux dossiers de sollicitation et aux spécifications d'une réserve telle que "selon que de besoin". La Commission a accepté une proposition tendant à remplacer, à l'alinéa *b* du paragraphe 3, les mots "Des termes commerciaux normalisés sont utilisés" par les mots "Il sera dûment tenu compte de la nécessité d'utiliser des termes commerciaux normalisés". Sous réserve de son déplacement au chapitre premier, ainsi que des éclaircissements susmentionnés, la Commission a adopté l'article 22.

Article 23. Clarification et modification du dossier de sollicitation

132. Selon un avis, l'entité adjudicatrice devrait se voir donner la possibilité de corriger les erreurs dans les documents contractuels de même que dans les volets techniques du dossier de sollicitation. Il a été noté qu'en application de l'alinéa *f* de l'article 21 les conditions contractuelles devraient être incluses dans le dossier de sollicitation, dans la mesure où l'entité adjudicatrice les connaissait déjà, et étaient donc, dans cette mesure, soumises à la procédure de clarification et de modification prévue à l'article 23. Il a également été avancé qu'un recours serait possible au cas où l'entité adjudicatrice ne s'acquitterait pas d'une obligation liée à la description du contrat dans le dossier de sollicitation.

133. La Commission a adopté l'article 23 sans le modifier.

Section II. Soumission des offres

Article 24. Langue des offres

134. La Commission a adopté l'article 24 sans le modifier.

Article 25. Soumission des offres

Paragraphe 1

135. La Commission a décidé qu'en vertu de cette disposition, l'entité adjudicatrice serait également tenue de déterminer le lieu où les offres devraient être soumises. Sous réserve de cet ajout, le paragraphe a été adopté.

Paragraphe 2

136. Il a été demandé s'il serait utile d'inclure dans le paragraphe des précisions quant à la durée du report de la date limite. La Commission a jugé que cela n'était pas nécessaire, étant donné que la Loi type laissait l'entité adjudicatrice libre de déterminer la durée du délai de soumission des offres compte tenu des circonstances et conformément aux dispositions pertinentes de la réglementation des marchés. En réponse à une question, il a été précisé que les mots "une réunion de fournisseurs et d'entrepreneurs", figurant dans ce paragraphe, désignaient une réunion organisée par l'entité adjudicatrice en application du paragraphe 3 de l'article 23.

137. La Commission a adopté le paragraphe 2 sans le modifier, étant entendu que le groupe de rédaction serait prié de revoir l'expression "fournisseurs et entrepreneurs" au paragraphe 2.

Paragraphe 3

138. On s'est demandé si le libellé actuel ne donnait pas une trop grande liberté à l'entité adjudicatrice, dans la mesure notamment où il était fait référence dans le texte anglais à "toute" ("any") circonstance indépendante de la volonté d'un fournisseur ou d'un entrepreneur. La Commission a toutefois décidé de retenir cette approche discrétionnaire. A ce propos, il a été noté que, le verbe "peut" n'étant assorti d'aucune restriction, il pourrait être interprété, dans certaines juridictions nationales, comme signifiant qu'une décision de ne pas reporter la date limite était susceptible de recours judiciaire, alors que, dans d'autres juridictions nationales, le libellé actuel ne susciterait pas une telle interprétation. Afin d'éviter toute interprétation erronée de la disposition, il a été décidé d'ajouter aux mots "L'entité adjudicatrice peut" une expression telle que "à son gré". La Commission a adopté ce paragraphe sous réserve de cet éclaircissement et a convenu que la question soulevée serait mentionnée dans le guide.

Paragraphe 4

139. La Commission a adopté le paragraphe 4 sans le modifier.

Paragraphe 5

140. Il a été noté que, lorsqu'elle avait examiné l'article 9, la Commission avait convenu de modifier le paragraphe 5 de l'article 25, afin de permettre le recours à l'EDI pour la soumission d'offres (par. 66 à 68).

141. La Commission, notant que la disposition permettant la soumission d'offres par EDI exigerait l'authentification de ces offres, a convenu que le paragraphe 5 devrait énoncer une condition relative à la signature.

142. Il a été proposé que le paragraphe exige la signature d'un directeur ou d'un administrateur de la société présentant l'offre. Cette suggestion n'a pas été retenue au motif qu'une telle condition risquerait d'empiéter sur les règles du droit des sociétés et sur d'autres règles relatives à la validité et à l'irrévocabilité de l'offre.

143. Sous réserve de la modification convenue, la Commission a adopté le paragraphe 5.

Paragraphe 6

144. La Commission a adopté le paragraphe 6 sans le modifier.

Article 26. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

Paragraphe 1

145. Selon une opinion, le mot "valides" dans la première phrase du paragraphe 1 était ambigu et devrait être remplacé par une expression plus claire du type "ouvertes

à acceptation". Cette suggestion, qui visait à rendre le texte plus précis, a bénéficié d'un certain appui, mais il a été noté que le mot "valide", pour une offre, serait généralement pris dans son sens juridique. La modification proposée a également suscité certaines réserves au motif qu'elle obligerait à reformuler les diverses références qui étaient faites, dans toute la Loi type, à la "validité" des offres pour parler à la place d'offres "ouvertes à acceptation", ce qui pourrait compliquer le texte. Tenant compte des difficultés éventuelles qu'entraînerait la modification proposée, la Commission a renvoyé la question au groupe de rédaction.

146. La Commission s'est prononcée en faveur de la suppression de la deuxième phrase du paragraphe 1. Il a été généralement estimé que cette phrase n'avait plus de raison d'être, du fait notamment de la décision de la Commission au sujet du paragraphe 3 du présent article, tendant à ce que le projet de Loi type permette à l'entité adjudicatrice d'indiquer dans le dossier de sollicitation que le retrait ou la modification de l'offre après soumission des offres entraînerait le renoncement à la garantie de soumission. La Commission a adopté le paragraphe 1 sous réserve de la suppression de la deuxième phrase.

Paragraphe 2

147. La Commission a adopté le paragraphe 2 sous réserve de la suppression, à l'alinéa *b*, des mots "si cela est impossible". Cette décision a été prise parce que la disposition ne visait pas à empêcher un fournisseur ou un entrepreneur souhaitant prolonger la période de validité de sa garantie de soumission d'obtenir une nouvelle garantie de soumission, même s'il aurait pu obtenir un simple prolongement de la garantie initiale.

Paragraphe 3

148. Selon une opinion, la règle énoncée au paragraphe 3, à savoir que seuls la modification ou le retrait d'une offre intervenant après la date limite de soumission des offres entraînaient le renoncement à la garantie de soumission risquait, dans certains Etats, d'être contraire à la législation en vigueur et à la pratique consistant à imposer le renoncement à la garantie de soumission même pour les modifications et retraits d'offres faits avant la date limite de soumission des offres. Il a été signalé que cette approche était fondée sur le principe que la soumission d'une offre représentait la formation d'un "contrat" ou d'un "contrat préliminaire".

149. Il a été proposé de répondre à cette préoccupation en supprimant purement et simplement le paragraphe 3. Cette proposition, cependant, n'a reçu que peu d'appui, en particulier parce que la Commission a été d'avis que la Loi type devait reconnaître qu'il était acceptable, en règle générale, de permettre la modification et le retrait d'une offre avant la date limite de soumission des offres. En imposant des restrictions à cet égard, a-t-on souligné, on découragerait la participation de fournisseurs et d'entrepreneurs à la procédure de passation des marchés et on irait à l'encontre d'une pratique largement acceptée dans la plupart des législations nationales relatives à la passation des marchés. Cela dit, la Commission a convenu que la Loi type devrait permettre aux entités adjudicatrices

de s'écarter de la règle générale et d'imposer un renoncement à la garantie de soumission en cas de modification et de retrait avant la date limite de soumission des offres, mais uniquement si cela était stipulé dans le dossier de sollicitation. Il a été convenu, à cette fin, d'ajouter au début du paragraphe 3 les mots "sauf disposition contraire dans le dossier de sollicitation". Sous réserve de cette modification, la Commission a adopté le paragraphe 3. Elle a également prié plus généralement le groupe de rédaction d'examiner et d'harmoniser d'autres dispositions pertinentes de la Loi type, en particulier les articles 21 et 27-1 *f i*, compte tenu de la modification apportée au paragraphe 3 du présent article.

Article 27. Garanties de soumission

150. La Commission a noté que sa décision de permettre que l'on s'écarte, dans le dossier de sollicitation, de la règle générale énoncée au paragraphe 3 de l'article 26 concernant la modification et le retrait des offres, demandait que l'on modifie en conséquence les alinéas 1 *f i* et 2 *d* du présent article. La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

151. Il a été noté que l'on pourrait peut-être gagner en clarté en remplaçant, dans l'article 27, les références à "l'institution ou l'entité" qui émet ou qui confirme une garantie de soumission par l'expression "institution ou personne", de façon à indiquer que le garant ou le confirmateur peut aussi être une personne physique et à éviter l'emploi du mot "entité" à la fois pour le garant et pour la partie se procurant les biens. Il a également été noté que l'on pourrait atteindre à plus de simplicité et avoir une terminologie en harmonie avec celle du projet de convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by qu'était en train d'élaborer la Commission en faisant référence, selon le contexte, à l'"émetteur" ou au "confirmateur". La Commission a prié le groupe de rédaction d'étudier la mise en pratique de ces suggestions. Une proposition visant à faire mention d'institutions "financières" n'a pas été retenue, car cette expression a été considérée comme ayant un sens trop étroit.

152. Une suggestion visait à faire expressément référence, dans la Loi type, à la possibilité de fournir une garantie telle qu'une hypothèque, un nantissement ou un droit variable. Cette suggestion n'a pas été retenue, car il a été estimé que l'article 2 *g* n'excluait certes pas des garanties de cette nature, mais qu'il ne serait pas souhaitable d'y faire expressément référence. On a fait valoir que leur exécution poserait des problèmes pratiques qui les rendaient inopportunes dans la procédure d'appel d'offres.

153. Sous réserve des modifications et des suggestions rédactionnelles retenues, la Commission a adopté le paragraphe 1.

Paragraphe 2

154. Il a été proposé de remplacer, dans la phrase introductive du paragraphe 2, l'expression "sans délai" par l'expression "rapidement" ou "sans délai excessif". La Commission a été d'accord avec cette proposition et a donné la préférence à l'expression "rapidement", qui

indiquait plus clairement, selon elle, l'urgence de l'obligation de retourner le document de garantie.

155. Il a été proposé de faire référence, à l'alinéa 2 *a*, à l'expiration de la période de validité de la garantie de soumission plutôt qu'à l'expiration de la garantie de soumission.

156. Il a été proposé de bien préciser à l'alinéa *b* que l'obligation de fournir une garantie de bonne exécution du marché devait figurer dans le dossier de sollicitation.

157. La Commission a noté qu'il serait nécessaire de modifier l'alinéa *d* pour tenir compte de la modification qui avait été convenue pour le paragraphe 3 de l'article 26. Il a été décidé que, à l'alinéa *d*, les mots "pour laquelle la garantie a été soumise" étaient superflus et pouvaient être supprimés. Il a aussi été proposé que l'on ajoute à la référence au "retrait" une référence à la "modification", comme au paragraphe 3 de l'article 26.

158. Sous réserve de la modification convenue de la phrase introductive du paragraphe 2, de son alignement sur le paragraphe 3 de l'article 26 et de l'examen par le groupe de rédaction des modifications mentionnées ci-dessus, la Commission a adopté le paragraphe 2.

Section III. Evaluation et comparaison des offres

Article 28. Ouverture des offres

Paragraphe 1

159. Selon un avis, la condition énoncée au paragraphe 1 de l'article 28, selon laquelle la date d'ouverture des offres devait coïncider avec la date limite de soumission, posait par trop de problèmes et il serait bon de prévoir un certain délai. Il a été répondu qu'en autorisant un tel délai on augmenterait les risques de corruption et, à tout le moins, on laisserait supposer que des impropriétés pouvaient être commises. Après un débat, la Commission a adopté le paragraphe 1 sans le modifier.

Paragraphe 2

160. La Commission a adopté le paragraphe 2 sans le modifier.

Paragraphe 3

161. Il a été demandé pourquoi il était nécessaire de n'annoncer que le prix de l'offre lors de l'ouverture des offres, car cela risquait de donner à entendre que le prix était le principal critère d'évaluation de l'offre à retenir, ce qui n'était pas toujours le cas. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, ce qui était en général le plus important à ce stade de la procédure était d'enregistrer les prix des offres en les annonçant lors de l'ouverture, afin de promouvoir la transparence et d'éviter des litiges.

162. La Commission a noté qu'il y avait une incohérence entre l'article 28-3, qui exigeait la divulgation du prix des offres lors de l'ouverture des offres, et les dispositions de l'article 11-3, selon lesquelles le prix des offres ne devait

être divulgué qu'après qu'une offre avait été acceptée. Il a été convenu qu'il serait nécessaire de modifier l'article 11, afin de supprimer cette incohérence.

163. Sous réserve de cette décision, la Commission a adopté le paragraphe 3 sans le modifier.

Article 29. Examen, évaluation et comparaison des offres

Paragraphe 1

164. Il a été proposé de remplacer à l'alinéa *b* du paragraphe 1 l'expression "corrige les erreurs purement arithmétiques" par l'expression "peut corriger les erreurs purement arithmétiques", ou "corrige les erreurs arithmétiques qu'elle [peut] [pourrait] découvrir dans l'offre". Il a été déclaré que le libellé actuel imposait une charge trop lourde à l'entité adjudicatrice, car un différend pourrait naître à propos de la question de savoir si l'erreur était ou non apparente dans l'offre et si l'entité adjudicatrice serait responsable, par exemple, envers un fournisseur ou entrepreneur dont l'offre aurait été la plus basse si l'entité adjudicatrice avait découvert l'erreur. A l'appui du libellé actuel et à l'encontre notamment de l'expression "peut corriger les erreurs purement arithmétiques", plusieurs avis différents ont été exprimés : le libellé proposé donnait trop de liberté à l'entité adjudicatrice dans l'examen des offres et la correction des erreurs arithmétiques; l'entité adjudicatrice était supposée vérifier les offres avec le soin voulu et le libellé proposé ne tenait pas suffisamment compte de ce fait; la vérification des offres était nécessaire, afin que ne soit pas rejetée une offre qui aurait été adoptée si l'entité adjudicatrice avait découvert l'erreur arithmétique. Un accent particulier a été mis sur l'avis selon lequel le libellé actuel représentait une répartition inéquitable du risque imputable au fait que des fournisseurs ou entrepreneurs n'auraient pas préparé leur offre avec soin. On s'est demandé si la Loi type devrait faire encourir aux entités adjudicatrices un risque de responsabilité pour non-notification d'une erreur figurant dans l'offre, alors qu'en fait l'erreur serait due à une absence de soin de la part du fournisseur ou entrepreneur.

165. Après un débat, la Commission a jugé qu'afin de tenir compte de ces préoccupations, la disposition devrait être libellée comme suit à propos des erreurs arithmétiques : "qui sont apparentes dans l'offre et qui sont découvertes durant l'évaluation des offres" ou "qui sont découvertes dans l'offre". On a estimé que le libellé révisé permettrait d'éviter d'imposer une responsabilité trop lourde à l'entité adjudicatrice pour ce qui est de la découverte d'erreurs arithmétiques, tout en garantissant que, lorsqu'une erreur arithmétique serait découverte, il y aurait une procédure pour la corriger. La Commission n'a pas adopté une suggestion tendant à remplacer dans le libellé proposé les mots "sont découvertes" par des mots tels que "peut découvrir", "pourrait découvrir" ou "aurait raisonnablement pu découvrir", car de tels libellés pourraient être interprétés comme instaurant une norme de soin à observer par l'entité adjudicatrice, ce qui n'était pas l'objet de la disposition.

166. La Commission a adopté la proposition tendant à ajouter à l'alinéa *b* du paragraphe 1 le mot "promptement" après le mot "avise".

167. Sous réserve de ces modifications, la Commission a adopté le paragraphe 1.

Paragraphe 2

168. La Commission a adopté le paragraphe 2 sans le modifier.

Paragraphe 3

169. Il a été proposé de supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 3, qui pourrait permettre à un soumissionnaire d'éviter la conclusion du marché en refusant la correction d'une erreur arithmétique. Il a été noté que, dans certains cas, les entrepreneurs ou fournisseurs incluaient volontairement des erreurs arithmétiques dans les offres afin de conserver la possibilité de refuser une correction et de voir leur offre rejetée conformément au paragraphe 3, ou afin de pouvoir s'en tenir au prix erroné lorsque cela était dans leur intérêt. Toutefois, à l'appui du maintien de l'alinéa *b* du paragraphe 3, il a été noté que le risque de voir un fournisseur ou entrepreneur agir de mauvaise foi pesait moins lourd que les problèmes qui se poseraient si, faute d'une règle claire dans la Loi type, les parties ne pouvaient s'accorder sur l'existence d'une erreur arithmétique et sur la manière d'y remédier.

170. La proposition visant à rajouter à l'alinéa *b* du paragraphe 3 les mots "ou son représentant qui l'a soumise" après les mots "fournisseur ou l'entrepreneur" n'a pas été adoptée au motif que, dans l'ensemble de la Loi type, on pouvait supposer qu'un fournisseur ou entrepreneur avait le droit d'agir par l'intermédiaire d'un représentant.

171. Après un débat, la Commission a adopté le paragraphe 3 sans le modifier.

Paragraphe 4

172. Il a été proposé de modifier comme suit l'alinéa *b* i du paragraphe 4 : "L'offre à retenir est i) l'offre du soumissionnaire dont il a été déterminé qu'il est tout à fait apte à exécuter le marché et dont l'offre propose le prix le plus bas." L'objet de cet amendement était de permettre à l'entité adjudicatrice de prendre en compte, outre le prix, l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le marché. Cette modification proposée n'a pas reçu un large appui. Il a été convenu qu'une fois qu'un entrepreneur ou fournisseur était jugé qualifié et que son offre était acceptée en application du paragraphe 3 *a* de l'article 29, de faibles variations quant à l'aptitude des fournisseurs ou entrepreneurs à exécuter le marché ne devraient pas être prises en compte lors de l'évaluation des offres. Sinon, on injecterait dans la procédure d'évaluation des offres un degré de subjectivité excessif qui ouvrirait la porte à des pratiques incorrectes. Afin de prévenir ce risque, la décision relative aux qualifications devait simplement consister à accepter ou rejeter et ne pas être un critère pour la comparaison des offres.

173. Pour ce qui est de l'alinéa *c* iii du paragraphe 4, que la Commission a décidé par consensus de conserver sous sa forme actuelle, selon un avis, sa suppression serait préférable car, en principe, après qu'il était déterminé que le soumissionnaire était qualifié et que la qualité de ses marchandises répondait aux spécifications, le prix devait

être le seul critère d'évaluation des offres. Il a également été déclaré que l'alinéa *c* iii du paragraphe 4, en introduisant des critères étrangers aux biens ou travaux requis, allait à l'encontre des objectifs de la Loi type. En outre, pour les mêmes raisons qui avaient incité la Commission à soumettre la sollicitation d'une source unique (art. 16, al. *g*) à approbation, il aurait été souhaitable de soumettre également le recours à ces critères plus subjectifs énumérés à l'alinéa *c* iii du paragraphe 4 à l'approbation d'une autorité administrative de tutelle afin d'éviter des abus.

174. La Commission a convenu d'indiquer à l'alinéa *d* du paragraphe 4 que l'utilisation d'une marge de préférence devait être mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation de marchés; par voie de conséquence, elle a décidé d'inclure au paragraphe 1 de l'article 11 une disposition selon laquelle l'utilisation d'une marge de préférence devait figurer dans le procès-verbal.

175. Sous réserve de la modification apportée à l'alinéa *d*, la Commission a adopté le paragraphe 4.

Paragraphe 5

176. La Commission a convenu d'énoncer expressément au paragraphe 5 que le taux de change pour la conversion des prix soumissionnés était le taux de change devant être indiqué dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 21 *r*. Il a été noté que, si le dossier de sollicitation ne fixait pas la monnaie et le taux de change conformément à l'article 21 *r*, il faudrait remédier à cette omission par la procédure de clarification du dossier de sollicitation prévue à l'article 23. Sous réserve de cette modification et d'un examen du paragraphe par le groupe de rédaction, ce paragraphe a été adopté.

Paragraphes 6, 7 et 8

177. La Commission a adopté les paragraphes 6, 7 et 8 sans les modifier.

Article 30. Rejet de toutes les offres

178. La Commission a adopté l'article 30 sans le modifier.

Article 31. Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs

179. Il a été observé avec inquiétude que, conformément à l'article 31 qui écartait toute négociation entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet des offres soumises, l'entité adjudicatrice ne disposerait pas de la souplesse nécessaire dans les cas où tous les prix soumissionnés seraient trop élevés par suite, apparemment, d'une concertation des fournisseurs ou des entrepreneurs à cet égard. En vue de remédier à cet inconvénient, il a été suggéré de prévoir une exception en insérant, au début de l'article 31, un membre de phrase qui pourrait être libellé comme suit : "Sauf dans les cas où l'entité adjudicatrice a des raisons de croire que les fournisseurs se sont entendus sur le prix". On a fait ressortir, en revanche, que l'article 31 ne visait pas le problème d'une concertation sur le prix et était essentiel en vue de sauvegarder, de manière générale, l'intégrité de la procédure d'appel d'offres. Il a été souligné que, si les fournisseurs ou entrepreneurs savaient qu'une

négociation pouvait avoir lieu après la soumission de leurs offres, ils ne seraient guère tentés de proposer leurs meilleurs prix. Les fournisseurs ou les entrepreneurs tendraient au contraire à accroître leurs prix de soumission s'ils s'attendaient à des pressions en vue de les réduire, et les entités adjudicatrices auraient en définitive à payer davantage. Il a été suggéré que, du point de vue de l'intégrité à long terme du système d'appel d'offres, il serait préférable de traiter les cas de collusion en prévoyant le rejet de toutes les offres au titre de l'article 30, plutôt que d'affaiblir la règle générale écartant toute négociation. En outre, l'entité adjudicatrice pourrait encore avoir recours à d'autres mesures, par exemple une procédure de radiation administrative. Il a d'autre part été fait remarquer que les cas de concertation sur le prix pouvaient être traités dans le cadre d'autres catégories de dispositions juridiques, comme le droit pénal ou le droit relatif à la concurrence, dont l'application n'était pas exclue par la Loi type.

180. Après délibération, la Commission a adopté l'article 31 sans changement.

Article 32. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

Paragraphes 1 et 2

181. La Commission a adopté les paragraphes 1 et 2 sans les modifier.

Paragraphe 3

182. La Commission est convenue de remplacer les mots "Lorsque le contrat doit être approuvé par" par les mots "Lorsque le dossier de sollicitation dispose que le contrat doit être approuvé". On a estimé qu'il serait utile d'énoncer ainsi plus clairement qu'il y avait lieu, dans le dossier de sollicitation, de faire connaître aux fournisseurs ou entrepreneurs les formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. La Commission a adopté le paragraphe 3 compte tenu de cette modification.

Paragraphes 4 et 5

183. La Commission a adopté les paragraphes 4 et 5 sans les modifier.

Paragraphe 6

184. Il a été proposé qu'en vue de promouvoir la transparence dans la procédure de passation de marchés, il conviendrait de communiquer l'avis d'attribution du marché non seulement aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant participé à l'appel d'offres, mais aussi au public en prévoyant la publication de cet avis. On a en outre suggéré qu'afin de parvenir à une plus grande transparence, une telle publication devrait s'appliquer également aux autres méthodes de passation de marchés. A l'appui de cette proposition, il a été fait valoir que, tout en assurant la transparence, cette publication pouvait être utile pour les sous-traitants qui pouvaient être intéressés par la passation du marché. On a fait cependant observer qu'une telle publication générale de toutes les attributions de marchés pourrait constituer une trop lourde charge et entraîner des frais excessifs pour l'entité adjudicatrice.

185. Afin de répondre aux buts de la proposition tout en tenant compte de l'objection qu'elle avait suscitée, la Commission a décidé de régler la question en deux temps. Il y aurait ainsi lieu, tout d'abord, de faire référence, à l'article 11-1 *b*, aux renseignements concernant l'attribution du marché. Ces renseignements devraient donc être inclus dans la partie du procès-verbal rendue publique conformément à l'article 11-2. Il conviendrait, en second lieu, de prévoir un nouvel article 11 *bis* où serait énoncée la règle générale prévoyant la publication des avis d'attribution de marchés; cette règle ne serait cependant pas applicable lorsque le prix du marché serait inférieur à un certain montant, qu'on laisserait aux Etats adoptant la Loi type le soin de déterminer. Il a été en outre convenu que, pour les Etats qui le souhaiteraient, la réglementation des marchés pourrait prévoir les modalités de publication des avis d'attribution de marchés.

186. La Commission a adopté le paragraphe 6 sous réserve des décisions susmentionnées.

Chapitre IV. Passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres

Article 33. Appel d'offres en deux étapes

187. La Commission a adopté l'article 33 sans le modifier.

Article 34. Sollicitation de propositions

188. La Commission a adopté l'article 34 sans le modifier.

Article 35. Appel à la concurrence

Paragraphes 1, 2 et 3

189. La Commission a adopté les paragraphes 1, 2 et 3 sans les modifier.

Paragraphe 4

190. Les membres de la Commission sont convenus, pour préciser le rôle de la meilleure offre définitive, d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe 4 : "L'entité adjudicatrice sélectionne l'offre à retenir sur la base de ces meilleures offres définitives." Sous réserve de cette modification, la Commission a adopté le paragraphe 4.

Article 36. Procédure de sollicitation de prix

Paragraphe 1

191. Il a été proposé de demander à l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle décrit les éléments du prix, d'indiquer les frais, droits et taxes dans le pays du fournisseur qui sont à exclure. Il a été déclaré que cette proposition avait pour objectif de permettre aux fournisseurs et entrepreneurs d'établir leurs offres de prix en tenant compte de toutes les informations pertinentes pour leur calcul. Cette proposition n'a pas été acceptée, car la Commission a jugé que la question était déjà traitée de façon adéquate au paragraphe 1. La Commission a adopté le paragraphe 1 sans le modifier.

Paragraphe 2

192. La Commission a adopté le paragraphe 2 sans le modifier.

Paragraphe 3

193. La décision d'attribuer un marché à tel ou tel fournisseur ou entrepreneur n'était pas toujours fondée uniquement sur le prix et l'expression "conforme aux besoins de l'entité adjudicatrice" était, s'est-on inquiété, trop vague et ne rendait pas correctement compte des autres éléments entrant en jeu. Il a été proposé de la remplacer par l'expression "et la plus profitable à l'entité adjudicatrice", qui en rendait mieux compte. On a fait valoir, à l'encontre de cette opinion, que l'expression rendrait les éléments autres que le prix trop subjectifs alors que l'on voulait faire référence, en fait, à des conditions fondamentales telles que le lieu et la date de la livraison. Après délibération, la Commission a décidé que des mots tels que "répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice" seraient appropriés.

194. La Commission s'est aussi demandé s'il convenait de garder la référence à la "fiabilité" du fournisseur offrant le prix le plus bas ou s'il fallait indiquer que le fournisseur devait être "qualifié", ce qui correspondrait à la terminologie employée à l'article 6. On a exprimé la crainte que l'introduction de la notion de fiabilité prête à confusion et puisse conduire à un degré non souhaitable de subjectivité et au risque corrélatif de corruption. Il a été déclaré, en faveur du maintien de la référence actuelle à la fiabilité, que l'emploi de ce terme visait à rester dans l'esprit de la sollicitation de prix, procédure simple et relativement informelle. Compte tenu des résultats du débat, la Commission a conservé l'expression actuelle (voir cependant par. 197 à 201).

195. La Commission a adopté le paragraphe 3 sous réserve de la modification dont elle avait convenu.

Article 37. Sollicitation d'une source unique

196. Il a été demandé s'il était bien nécessaire de garder l'article 37 étant donné le peu de détails qui y figuraient concernant la procédure à suivre. La Commission a affirmé que cet article devait être maintenu et a pris note à cet égard, en l'approuvant, de la décision du Groupe de travail tendant à ce que la passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres fasse l'objet dans la Loi type d'un traitement relativement sommaire par rapport à l'approche détaillée réservée à cette dernière procédure.

197. La Commission a ensuite examiné une proposition visant à faire figurer à l'article 37 une référence à la fiabilité du fournisseur ou de l'entrepreneur, analogue à celle qui avait été incluse à l'article 36 à propos de la sollicitation de prix. Ce faisant, elle s'est penchée de façon plus approfondie sur la question soulevée au cours du débat sur l'article 36 concernant la question de savoir s'il suffisait de faire une simple référence à la "fiabilité" ou s'il serait préférable de demander dans cet article que le fournisseur ou l'entrepreneur soit "qualifié". Sur ce point, les vues et les préoccupations ont divergé.

198. Selon une opinion, il suffisait de mentionner la fiabilité, notamment parce qu'en allant plus loin, et en utilisant par exemple le mot "qualifié", on risquait d'importer dans la sollicitation d'une source unique tout l'arsenal des règles et procédures concernant la preuve des qualifications énoncées aux articles 6 et 7, ce qui serait excessif étant donné la rapidité et le caractère moins formel d'une sollicitation de prix et d'une sollicitation d'une source unique. A l'encontre de cette opinion, il a été argué qu'il fallait employer l'expression "qualifié" plutôt que "fiable" car le transfert d'un nombre disproportionné de procédures de l'article 6 ne devrait pas constituer un véritable problème, puisque l'article 6 était simplement une disposition habilitante qui n'exigeait pas elle-même le recours à une procédure de qualification de quelque degré que ce soit dans aucun cas de passation de marchés. Il a été déclaré de nouveau que l'emploi de tout autre terme que "qualifié" constituerait en fait un risque plus concret, dans la mesure où il serait source d'incertitudes et de confusion et engendrerait un degré non souhaitable de subjectivité et un risque de corruption dans les sollicitations de prix et les sollicitations d'une source unique. En effet, on ne saurait pas alors quel critère appliquer pour évaluer la fiabilité des fournisseurs et des entrepreneurs. Cette difficulté, a-t-on répondu, ne constituait pas véritablement un obstacle, puisque de toute façon aucun critère autre que ceux mentionnés au paragraphe 2 de l'article 6 ne pouvait être légitimement employé pour mesurer les qualifications ou la fiabilité des fournisseurs et des entrepreneurs une fois bien précisé que l'article 6 s'appliquait, quelle que soit la procédure de passation de marchés sélectionnée.

199. La Commission a ensuite examiné comment la Loi type pourrait prendre en considération et concilier les différentes opinions et préoccupations exprimées. Une des solutions étudiées a été de conférer la souplesse voulue aux articles 36 et 37 en autorisant l'entité adjudicatrice à appliquer, autant que possible ou nécessaire, les critères énoncés au paragraphe 2 de l'article 6 aux sollicitations de prix et aux sollicitations d'une source unique. Cette solution n'a pas été retenue, notamment parce qu'il a été estimé inutile et inapproprié de faire référence, dans les articles 36 et 37, à une telle souplesse, puisque la souplesse était suffisamment établie dans les dispositions habilitantes de l'article 36.

200. On a aussi proposé d'éviter simplement toute référence, dans les articles 36 et 37, à la qualification ou, d'ailleurs, à la fiabilité des fournisseurs et des entrepreneurs, en partant du principe que l'article 6 s'appliquerait et fournirait le degré de souplesse nécessaire pour l'application des critères et procédures de qualification. Cette approche simple a paru intéressante, mais on s'est rendu compte en l'examinant qu'elle exigerait peut-être une nouvelle modification de l'article 6, car on ne pouvait pas partir du principe que cet article, sous sa forme actuelle, s'appliquait directement, même si telle avait été l'intention du Groupe de travail dans le projet. On a souligné en particulier qu'il ne semblait pas y avoir, dans l'article 6, de règle générale applicable à toutes les méthodes de passation de marchés par laquelle l'entité adjudicatrice serait tenue de n'attribuer des marchés qu'à des fournisseurs ou des entrepreneurs qualifiés; l'article 6 ne définissait d'ailleurs pas non plus explicitement la notion de "qualification". Tel

qu'il était rédigé, cet article autorisait simplement l'entité adjudicatrice à évaluer les qualifications des fournisseurs ou des entrepreneurs et, à cette fin, à demander les éléments d'information visés à son paragraphe 2. Cette approche ne posait pas de problème pour la procédure d'appel d'offres car, dans ce cas, l'alinéa 29-3 *a* servait de complément en exigeant l'exclusion des offres présentées par des fournisseurs ou des entrepreneurs jugés non qualifiés. Toutefois, aucune règle de ce type exigeant que les fournisseurs ou les entrepreneurs soient qualifiés sous peine d'exclusion n'était établie pour les méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres, ce que la Commission a jugé être une lacune de la Loi type qui devait être comblée.

201. Pour ce faire, la Commission, tout en tenant compte des autres préoccupations exprimées, a décidé que l'article 6 devait être de nouveau modifié afin d'établir clairement la règle selon laquelle, quelle que soit la méthode de passation de marchés choisie, les fournisseurs et les entrepreneurs devaient être qualifiés pour pouvoir se voir attribuer un marché par l'entité adjudicatrice, de donner une définition du terme "qualifié", et d'accorder à l'entité adjudicatrice une latitude suffisante pour l'examen des qualifications dans telle ou telle procédure de passation de marchés. La Commission a approuvé cette approche et renvoyé la question au groupe de rédaction.

202. Sous réserve de la décision ci-dessus concernant l'article 6, la Commission a adopté l'article 37 sans le modifier.

Chapitre V. Recours

203. La Commission a pris note du fait que le chapitre V avait ceci de particulier qu'il traitait les questions relatives aux arrangements administratifs et constitutionnels établis par les Etats et que, pour cette raison, lesdits Etats auraient des avis différents sur les procédures et structures précises utilisées pour appliquer le droit de recours. Il a été noté par ailleurs que les crochets mis à certains endroits du chapitre V visaient à présenter des variantes et des options aux Etats adoptant la Loi type.

Article 38. Droit de recours

Paragraphe 1

204. Selon une opinion, il fallait supprimer, au paragraphe 1 de l'article 38, l'obligation faite au fournisseur ou à l'entrepreneur d'avoir subi "une perte ou un dommage" du fait de la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice, dans la mesure où la violation de cette obligation devait être un motif suffisant pour établir le droit de recours du fournisseur ou de l'entrepreneur. L'opinion qui a prévalu a toutefois été que, en vertu d'un principe de droit généralement accepté, il fallait, pour entamer un recours, qu'il y ait à la fois violation d'une obligation et dommage en résultant; l'application de ce principe contribuerait à limiter la perturbation de la procédure de passation de marchés imputable à des demandes de recours.

205. La Commission a adopté le paragraphe 1 sans le modifier.

Paragraphe 2

206. Il a été noté que la question évoquée à l'alinéa *c* serait maintenant traitée à l'alinéa *a*, étant donné la décision de déplacer les dispositions relatives à l'appel d'offres restreint aux chapitres II et IV. En conséquence, l'alinéa *c* devrait être supprimé. Il a été noté par ailleurs que la référence à l'article 28-1 faite à l'alinéa *d* était erronée et devrait être remplacée par une référence à l'article 30-1. Enfin, il a été décidé d'ajouter, à la liste des exceptions figurant au paragraphe 2, une référence à l'omission visée à l'article 21 *s*. Sous réserve de ces modifications, la Commission a adopté le paragraphe 2.

Article 39. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)

207. La Commission a adopté l'article 39 sans le modifier.

Article 40. Recours administratif

208. La Commission a adopté l'article 40 sans le modifier.

Article 41. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 39 [et de l'article 40]

209. La Commission a adopté l'article 41 sans le modifier.

Article 42. Suspension de la procédure de passation du marché

210. La Commission a adopté l'article 42 sans le modifier.

Article 43. Recours judiciaire

211. La Commission a adopté l'article 43 sans le modifier.

C. Rapport du groupe de rédaction

212. L'ensemble du texte du projet de Loi type a été renvoyé à un groupe de rédaction pour application des décisions prises par la Commission et pour révision aux fins d'harmonisation entre les diverses dispositions et entre les différentes versions linguistiques. A ses 510^e à 512^e séances, tenues les 15 et 16 juillet 1993, la Commission a examiné le rapport du groupe de rédaction. La Commission a noté qu'en plus des modifications décidées par elle, le groupe de rédaction avait apporté au texte un certain nombre de changements d'ordre purement rédactionnel.

213. Au sujet de l'article 6, paragraphes 6 et 7, elle a noté que le groupe de rédaction avait éprouvé des difficultés à donner effet à la décision de la Commission (par. 41 à 47).

Conformément à cette décision, le paragraphe 7 devait permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de remédier à des erreurs ou omissions essentielles dans les informations concernant ses qualifications, mais seulement jusqu'à la date d'expiration du délai de soumission des offres. Le fournisseur ou l'entrepreneur n'avait donc pas le droit de remédier à de tels défauts après l'ouverture des offres, moment auquel, en toute probabilité, ces défauts apparaîtraient dans une procédure de passation de marché sans présélection. Le groupe de rédaction a suggéré que le paragraphe 7 serait acceptable si le droit de remédier à de tels défauts était prolongé pendant une durée raisonnable après la date d'expiration du délai de soumission des offres ou si ce droit était reconnu jusqu'à la conclusion de la procédure de passation du marché.

214. Lors de l'examen de cette proposition, il a été fait observer avec inquiétude que la possibilité, pour les fournisseurs ou les entrepreneurs, de rectifier les informations concernant leurs qualifications après l'ouverture des offres pourrait donner lieu à des abus. On a estimé que la question serait suffisamment réglée si l'on prévoyait que l'entité adjudicatrice ne pourrait disqualifier un fournisseur ou un entrepreneur pour des erreurs ou omissions non essentielles, mais que le fournisseur ou l'entrepreneur pourrait être disqualifié s'il ne remédiait pas à de tels défauts promptement à la demande de l'entité adjudicatrice. Selon cette solution, il ne serait pas possible de remédier à des défauts essentiels dans les informations concernant les qualifications après la date d'expiration du délai de soumission des offres. Aucun délai ne serait imposé pour les défauts non essentiels, auxquels il serait possible de remédier après la date d'expiration. Après délibération, la Commission a souscrit à cette proposition, qui ferait l'objet d'un nouvel alinéa c du paragraphe 6. Le paragraphe 7 a été supprimé en conséquence.

215. Il a été noté, s'agissant d'appliquer la décision de la Commission de déplacer l'article 22 en l'insérant dans le chapitre premier (par. 131), que le groupe de rédaction avait jugé opportun de scinder l'article 22 en deux articles. Un nouvel article (12 *ter*), qui traiterait la question des langues faisant l'objet de l'article 22-4, stipulerait que la documentation de présélection, le dossier de sollicitation et autres documents de sollicitation de propositions ou de prix devaient être établis dans la langue officielle de l'Etat adoptant la Loi type et dans une langue d'usage courant dans le commerce international, sauf si la procédure de passation du marché ne s'adressait qu'à des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux. Il a été convenu que cette disposition serait formulée de manière à tenir compte du cas des Etats où une ou plusieurs langues officielles étaient utilisées dans le commerce international.

216. A propos de l'article 34-9, la Commission a noté qu'il serait nécessaire de supprimer l'alinéa d, conformément à la décision prise à l'égard de l'article 6-1.

D. Adoption de la Loi type et recommandation

217. La Commission, après avoir examiné le texte du projet de Loi type révisé par le groupe de rédaction, a

adopté, à sa 512^e séance, le 16 juillet 1993, la décision suivante⁴ :

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Rappelant que, par sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, l'Assemblée générale lui a donné pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération les intérêts de tous les peuples, et particulièrement ceux des pays en développement, en favorisant un large développement du commerce international,

Notant que la passation des marchés constitue une fraction importante des dépenses publiques de la plupart des Etats,

Notant qu'une Loi type sur la passation des marchés établissant des procédures destinées à encourager l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence dans la procédure de la passation des marchés, promouvra également l'économie, l'efficacité et la concurrence dans la passation des marchés et conduira ainsi à un développement économique accru,

Etant d'avis qu'une Loi type sur la passation des marchés susceptible d'emporter l'adhésion d'Etats ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents devrait contribuer au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

Convaincue que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux aidera sensiblement tous les Etats, y compris les pays en

⁴Le tableau ci-dessous indique la nouvelle numérotation assignée aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux après son adoption par la Commission.

Numérotation des articles dans la Loi type	Numérotation des projets d'articles dont était saisie la Commission	Numérotation des articles dans la Loi type	Numérotation des projets d'articles dont était saisie la Commission
Préambule	Préambule	25 a à l	21 a à l
1	1	25 m	Nouveau
2	2	25 n à z	21 m à y
3	3	26	23
4	4	27	24
5	5	28	25
6	6	29	26
7	7	30	27
8	8	31	28
9	9	32	29
10	10	33	30
11-1 a à h	11-1 a à h	34	31
11-1 i et j	11-1 j et k	35	32
11-1 k	Nouveau	36	33
11-2 à 4	11-2 à 4	37	En partie nouveau et en partie fondé sur l'article 18-3
12	Nouveau		
13	12		34
14	22-1, 2 et 3	38	35
15	22-4	39	36
16	13	40	37
17	14	41	38
18	Nouveau	42	39
19	15	43	40
20	16	44	41
21	17	45	42
22	18-1 et 2	46	43
23	19	47	
24	20		

développement et les Etats dont l'économie est en transition, à améliorer leurs lois en vigueur en matière de passation de marchés et à formuler de telles lois lorsqu'il n'en existe pas,

1. *Adopte* la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux figurant à l'annexe I du rapport sur les travaux de sa présente session;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre aux gouvernements et aux autres organes intéressés le texte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, ainsi que le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type;

3. *Recommande* à tous les Etats de considérer favorablement la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux lorsqu'ils promulguent ou révisent leurs lois, étant donné qu'il est souhaitable d'améliorer et d'uniformiser les lois sur la passation des marchés, eu égard aux besoins spécifiques de la pratique en la matière.

E. Examen du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type

218. Après avoir adopté la Loi type, la Commission a entrepris l'examen du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, qu'avait élaboré le Secrétariat. La Commission a convenu d'emblée qu'il vaudrait mieux qu'elle revoie et adopte elle-même ce guide, en séance plénière et à la présente session, compte tenu du rôle important que le guide jouerait pour aider les Etats à élaborer une législation fondée sur la Loi type. La Commission a décidé de prier le Secrétariat de mettre définitivement au point le guide, compte tenu des modifications apportées à la Loi type à la présente session, ainsi que des suggestions qui seraient faites au cours de l'examen du guide.

Introduction

219. Il a été suggéré que, comme l'introduction pourrait faire office de synthèse du guide, il y aurait lieu de la remanier afin de faire suffisamment ressortir les principes et caractéristiques essentiels de la Loi type. Il s'agissait notamment à cet égard d'expliquer les objectifs de la Loi type; de décrire brièvement les différentes méthodes de passation des marchés prévues dans la Loi type et la procédure générale d'appel d'offres en tant que norme; d'exposer le rôle de la réglementation des marchés; et de souligner la règle, sujette à certaines exceptions, de la participation de fournisseurs et d'entrepreneurs indépendamment de leur nationalité. Il a été fait observer que l'introduction soulignerait ainsi encore mieux l'importance et l'utilité de la Loi type. Il a été d'autre part suggéré qu'il y aurait lieu de mettre plus clairement l'accent sur l'objet du guide, qui était de présenter des informations de base aux pouvoirs exécutifs des différents Etats (par. 5 à 8 du guide).

Préambule

220. Aucun changement n'a été suggéré.

Article premier

221. Il a été avancé que le guide devrait souligner que, conformément à la Loi type, le champ d'application de cette dernière ne pourrait être délimité sur la base de la réglementation des marchés que si cette réglementation était adoptée de manière ouverte et transparente. Il a été suggéré qu'on pourrait à cet effet insérer, après la deuxième phrase du paragraphe 2 relatif à l'article premier, une phrase dont le libellé pourrait être le suivant : "Les Etats excluant l'application de la Loi type par le biais de la réglementation des marchés devraient prendre note de l'article 5."

Articles 2 et 3

222. Il a été suggéré qu'au paragraphe 2 relatif à l'article 2, il y aurait lieu de supprimer le facteur visé à l'alinéa g eu égard à la portée du facteur visé à l'alinéa b. Aucun changement n'a été suggéré pour l'article 3.

Article 4

223. Il a été suggéré qu'il conviendrait, au paragraphe 1, de se référer également au paragraphe 9 de l'introduction. On a souligné l'importance de l'observation faite au paragraphe 2, selon laquelle, dans les cas d'urgence où l'entité adjudicatrice pouvait avoir recours à une procédure de passation de marchés autre que l'appel d'offres, le marché devait être limité aux quantités requises pour faire face aux circonstances.

Articles 5, 6 et 7

224. Aucun changement n'a été suggéré.

Article 8

225. Il a été suggéré de préciser que c'était en raison de leur importance au regard de la règle de la participation internationale stipulée à l'article 8 qu'il était fait référence, aux paragraphes 2 et 3 relatifs à l'article 8, d'une part, à la "marge de préférence" visée à l'article 29-4 d et, d'autre part, à l'article 17.

Article 9

226. Il a été suggéré qu'il y aurait lieu d'appeler l'attention des législateurs sur le fait que l'article 9 ne répondait pas à toutes les questions techniques et juridiques que posait l'utilisation de l'"EDI" dans le contexte des procédures de passation des marchés, et que d'autres branches du droit étaient applicables à des questions subsidiaires comme la présentation par des moyens informatiques d'une garantie de soumission, et d'autres questions dépassant le domaine des "communications" visées par la Loi type.

Articles 10 et 11

227. Aucun changement n'a été suggéré.

Article 12

228. Il a été suggéré que, pour préciser le sens de la dernière phrase du paragraphe 1, il conviendrait d'insérer, après les mots "l'Etat devrait disposer", les mots suivants "d'autre part". Il a été également suggéré d'ajouter, après le mot "fonctionnaires", les mots "d'agents d'entités adjudicatrices publiques", étant donné que les premiers n'incluaient pas nécessairement les seconds.

Article 13

229. Il a été suggéré qu'en raison de son importance, l'article 13 mériterait d'être commenté plus longuement. Il a été avancé en particulier qu'il y aurait lieu, soit dans le commentaire relatif à l'article 13, soit dans l'introduction, de traiter de la décision de donner, dans la Loi type, une forte préférence à la procédure d'appel d'offres, en se référant notamment aux objectifs énumérés dans le préambule. Il a été fait d'autre part observer qu'il conviendrait de supprimer la référence au "meilleur rapport qualité-prix" figurant à la dernière ligne du paragraphe 1, puisque la question de savoir si une procédure d'appel d'offres était susceptible d'aboutir au meilleur rapport qualité-prix, même dans des cas exceptionnels, était une question de principe qu'il revenait à l'entité adjudicatrice de trancher.

Article 14

230. S'agissant de la deuxième phrase du paragraphe 1, il a été suggéré qu'il conviendrait d'appeler l'attention des Etats sur le fait que, lorsque les entités adjudicatrices n'étaient pas à même de formuler des spécifications, avant de décider d'avoir recours à une autre procédure de passation des marchés, elles devraient étudier si des spécifications ne pourraient pas être mises au point avec l'aide de consultants. Il a été d'autre part avancé qu'il y aurait lieu, dans le paragraphe 1, de remplacer les mots "est dans l'impossibilité" par les mots "n'est pas en mesure", conformément au changement apporté au libellé de l'article 14-1 à propos des cas où il était difficile ou impossible à l'entité adjudicatrice de mettre au point des spécifications.

Article 15

231. Il a été suggéré que le guide se réfère à la règle selon laquelle la passation des marchés ne doit pas être subdivisée dans le but d'éviter le recours à la procédure de l'appel d'offres.

Articles 16 et 17

232. Aucun changement n'a été suggéré.

Article 18

233. Il a été suggéré de revoir la deuxième phrase du paragraphe 1 étant donné qu'il était improbable que, dans tous les Etats, la législation des marchés prévoit la publi-

cation de toutes les sollicitations d'offres. A propos du paragraphe 3, il a été suggéré qu'il conviendrait de supprimer la référence aux travaux de valeur élevée, justifiant le recours à un appel d'offres restreint, étant donné qu'un tel motif n'était pas envisagé dans la Loi type. Il a été déclaré que cette hypothèse pourrait mieux servir d'exemple de cas où une présélection serait souhaitable.

Article 19

234. Aucun changement n'a été suggéré.

Articles 20 et 21

235. Aucun changement n'a été suggéré.

Article 22

236. Il a été suggéré qu'il y aurait lieu d'abrèger le titre et de le modifier pour y souligner les principes d'objectivité et de non-discrimination. Il a été par ailleurs noté qu'il conviendrait de supprimer ou de remanier la dernière phrase du paragraphe 1, dont le sens n'apparaissait pas clairement. Il a été suggéré de modifier le paragraphe 3 de façon à ne pas faire apparaître de manière défavorable la possibilité de publier des dossiers de sollicitation bilingues, puisque telle était la pratique dans divers Etats dotés de plus d'une langue officielle. Il convenait en revanche de faire ressortir qu'un fournisseur ou un entrepreneur devrait pouvoir fonder ses droits et obligations sur l'une ou l'autre des versions linguistiques. Il a été fait observer qu'il se poserait moins de difficultés s'il était précisé dans les dossiers de sollicitation que les versions dans l'une et l'autre langues faisaient également foi.

Article 23

237. Il a été suggéré qu'on avait trop souligné le caractère "essentiel" du droit de l'entité adjudicatrice de modifier le dossier de sollicitation, ce qui pourrait être interprété à tort comme un encouragement en la matière. Il a été suggéré de remplacer en conséquence les mots "il est essentiel" par les mots "il importe".

Article 24

238. Il a été proposé de remplacer "toute langue" par "une langue utilisée dans le commerce international".

Article 25

239. Il a été noté que le guide devrait souligner au paragraphe 2 que la décision prise par l'entité adjudicatrice de reporter la date limite de soumission des offres n'était pas discrétionnaire et ne pouvait faire l'objet de recours. Il a été proposé que les deux dernières phrases des paragraphes 3 et 4 soient modifiées ou supprimées.

Article 26

240. Aucune modification n'a été proposée.

Article 27

241. Il a été proposé que le paragraphe 6 soit élargi, afin de tenir compte du changement apporté à la Loi type par la Commission à propos du moment à partir duquel la modification ou le retrait de l'offre entraînait la renonciation à la garantie de soumission. Il a en outre été proposé de remplacer le mot "transférable", figurant à la deuxième phrase du paragraphe 6, par un mot plus approprié.

Article 28

242. Aucune modification n'a été proposée.

Article 29

243. Il a été noté que certains des mots utilisés au paragraphe 5 pourraient être interprétés par erreur comme recommandant une application aussi large que possible de marges de préférence, alors qu'en fait le guide n'avait ici pour objet que d'appeler l'attention sur les raisons pour lesquelles on pouvait recourir à de telles marges. A cette fin, il a été proposé de remplacer les mots "les avantages qu'il y a à appliquer" par les mots "les raisons pour lesquelles est appliquée".

Article 30

244. Aucune modification n'a été proposée.

Article 31

245. Il a été proposé que le guide ne se contente pas de faire référence à une "vente aux enchères" des marchés comme motif d'interdiction des négociations, mais indique aussi que les prix proposés dans l'attente de négociations étaient souvent plus élevés.

Article 32

246. Il a été noté qu'il faudrait réexaminer le libellé du paragraphe 3. Il a été proposé de remplacer au paragraphe 6, dans sa version anglaise, les mots "*should be in accordance*" par les mots "*shall be in accordant*".

Introduction relative au chapitre IV

247. Il a été proposé de revoir le libellé de la troisième phrase, notamment l'utilisation des mots "à incorporer".

Article 33

248. Aucune modification n'a été proposée.

Article 34

249. Il a été proposé de modifier la dernière phrase du paragraphe 2, afin qu'il soit bien clair que le recours à la procédure de notification élargie ne devrait pas pouvoir être écarté trop facilement.

Article 35

250. Il a été noté que le libellé du paragraphe 1 faisant de l'article 35 une "disposition-cadre" serait modifié, car il n'était pas entièrement conforme au caractère officieux, relativement libre, de la procédure de négociation avec appel à la concurrence. Il a en outre été proposé de modifier le paragraphe 3.

Article 36

251. Il a été noté qu'il serait utile d'indiquer que l'entité adjudicatrice peut utiliser des systèmes terminologiques internationalement reconnus tels que les INCOTERMS.

Article 37

252. Il a été noté que la description de la sollicitation d'une source unique, comme celle de la sollicitation de prix, était réduite au minimum et pourrait utilement être élargie. Il a également été rappelé que l'introduction comporterait un résumé plus détaillé, dans un langage simple, des diverses méthodes de passation des marchés prévues par la Loi type. Il a également été proposé, dans le contexte de l'article 37, d'appeler l'attention du législateur sur l'applicabilité des dispositions générales de la Loi type à la procédure de sollicitation d'une source unique, y compris l'article 11 relatif au procès-verbal et le nouvel article sur la publication des avis d'attribution de marchés.

Introduction relative au chapitre V

253. Il a été proposé d'ajouter au paragraphe 7 que l'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou fournisseur n'étaient pas empêchés par la Loi type de soumettre à l'arbitrage, dans des circonstances appropriées, un litige relatif aux procédures prévues dans la Loi type. Dans le même temps, il a été souligné que la décision de ne pas traiter de l'arbitrage sur la Loi type était délibérée et tenait au fait que les possibilités d'arbitrage étaient relativement limitées dans le cadre des procédures envisagées par la Loi type.

Article 38

254. Il a été proposé de supprimer à la deuxième phrase du paragraphe 1 les mots "en général", afin de bien préciser que l'article 38 visait à limiter le droit de recours aux fournisseurs ou entrepreneurs. Il a été suggéré que la troisième phrase soit précisée ou supprimée. Des doutes ont été émis quant à l'avant-dernière phrase du même paragraphe, car celle-ci ne faisait que paraphraser la Loi type, ce qui risquait d'entraîner des divergences

d'interprétation. Il a également été proposé que le libellé actuel soit modifié, car il risquait de laisser entendre que l'importance du préjudice ouvrant droit à recours était une question liée à la "capacité".

Article 39

255. Il a été noté que, dans la première phrase du paragraphe 3, le mot "promptement" serait inséré après le mot "enregistrées" et que les mots "et réglées" seraient supprimés. Il a également été noté que les remarques faites au paragraphe 8 seraient approfondies.

Article 40

256. Il a été noté que, dans la première phrase du paragraphe 12, le mot "important" devrait être supprimé.

Article 42

257. Il a été noté que le guide devrait expliquer que l'article 42 cherche à établir un équilibre entre, d'une part, le droit du fournisseur ou entrepreneur de faire examiner sa plainte et, d'autre part, l'importance pour l'entité adjudicatrice de conclure un marché de manière économique et efficace. Il a également été noté que l'on pourrait mieux préciser que la période totale de suspension ne devrait pas dépasser trente jours.

258. Etant entendu que le Secrétariat apporterait les modifications voulues compte tenu des décisions de la Commission à propos de la Loi type, ainsi que de ses suggestions, le guide a été adopté. La Commission a convenu que le Secrétariat déterminerait la forme sous laquelle la Loi type et le guide seraient publiés, compte tenu des procédures de publication des documents des Nations Unies et des restrictions budgétaires. La Commission a convenu qu'au cas où les deux textes seraient publiés dans deux documents distincts, l'attention du lecteur d'un des documents serait appelée sur l'autre document au moyen d'une note de bas de page, à insérer dans les deux documents.

F. Travaux futurs sur la passation des marchés de services

259. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat relative aux travaux futurs possibles concernant l'élaboration de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services (A/CN.9/378, Add.1). Le Secrétariat examinait, dans cette note, l'opportunité et la faisabilité de l'élaboration de telles dispositions types, les différences entre les marchés de services et les marchés de biens ou de travaux et le contenu possible des dispositions législatives types. La note présentait d'autre part des projets d'amendements qu'il serait possible d'apporter à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, de façon à élargir son champ d'application à la passation des marchés de services.

260. S'agissant de l'opportunité de l'élaboration de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services, il était rappelé dans la note que le Groupe de travail avait décidé de limiter la Loi type, du moins initialement, aux marchés de biens et de travaux, étant donné notamment que certains aspects des marchés de services étaient régis par des considérations autres que celles qui s'appliquaient aux marchés de biens et de travaux. Il était donc suggéré dans la note qu'après avoir adopté une Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux, la Commission pourrait étudier s'il serait souhaitable d'élaborer des dispositions législatives types pour les marchés de services. Il a été fait observer qu'un certain nombre d'Etats qui envisageaient déjà d'adopter une législation sur la base de la Loi type avaient fait ressortir la nécessité d'un cadre législatif type complet pour les passations de marchés couvrant aussi les marchés de services. Il a été formulé l'opinion que, comme un certain nombre d'Etats avaient déjà exprimé leur intérêt pour l'élaboration de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services, il conviendrait que la Commission établisse sans délai de telles dispositions maintenant que la Loi type était adoptée.

261. On a cependant relevé avec inquiétude que l'élaboration de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services pourrait entrer en conflit avec les travaux en cours sous les auspices de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) touchant l'élargissement aux services de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics. Il a été estimé qu'il serait peut-être plus prudent d'attendre la fin des travaux du GATT en vue d'assurer la compatibilité des deux projets. Il a été fait valoir, en revanche, qu'il n'y avait pas de risque de conflit avec les travaux en cours au sein du GATT, puisque ces derniers concernaient l'accès général au commerce en matière de services, alors que les travaux de la Commission seraient axés sur la question de la passation des marchés de services. Il a été d'autre part fait remarquer que la Loi type prévoyait déjà qu'en cas de conflit les obligations conventionnelles des Etats l'emporteraient. Selon l'opinion qui a prévalu, le Groupe de travail devrait procéder à l'élaboration de projets de dispositions, tout en assurant leur compatibilité avec les travaux du GATT, ce qui serait facilité du fait que le GATT devait achever ses travaux en décembre 1993, alors que le Groupe de travail ne présenterait ses travaux à la Commission qu'en mai 1994.

262. Des vues divergentes ont été exprimées sur le meilleur moyen, pour la Commission, de formuler des dispositions types. Selon une opinion, et ainsi qu'il était recommandé dans la note du Secrétariat, l'on pourrait ajouter à la Loi type un chapitre supplémentaire, IV *bis*, exclusivement consacré à la passation des marchés de services. Conformément à une autre opinion, les dispositions législatives types sur les marchés de services devraient se suffire à elles-mêmes, étant donné que la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux avait déjà été adoptée et devait pouvoir être utilisée sans révision ultérieure. Après délibération, la Commission est convenue que les deux approches ne s'excluaient pas mutuellement et que les projets de dispositions sur les marchés de services devraient être présentés d'une manière convenant tant aux

Etats qui auraient adopté la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux qu'aux Etats qui envisageraient d'adopter simultanément les dispositions relatives aux biens, aux travaux et aux services.

III. PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS A L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES

263. A sa vingt-quatrième session, en 1991, la Commission a estimé que les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) deviendraient de plus en plus importants à mesure que ce type d'échange se développerait et que la Commission devrait par conséquent entreprendre des travaux dans ce domaine. La Commission a décidé, vu le nombre de questions à examiner, que le sujet devait être traité de façon approfondie par un groupe de travail⁵.

264. A sa vingt-cinquième session, en 1992, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/360). Elle était convenue que, comme l'avait indiqué le Groupe de travail, la nécessité s'imposait d'examiner plus avant les aspects juridiques de l'EDI et d'élaborer des règles pratiques dans ce domaine. Après en avoir débattu, elle avait fait siennes les recommandations contenues dans le rapport du Groupe de travail (*ibid.*, par. 129 à 133) et avait chargé le Groupe de travail des paiements internationaux, qu'elle avait rebaptisé Groupe de travail de l'échange des données informatisées, d'élaborer des règles juridiques relatives à l'EDI⁶.

265. A sa présente session, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail de l'échange des données informatisées sur les travaux de sa vingt-cinquième session (A/CN.9/373). Elle s'est déclarée satisfaite des travaux accomplis par le Groupe de travail. Elle a noté que ce dernier avait commencé à débattre du contenu d'une loi uniforme sur l'EDI et exprimé l'espoir que l'élaboration de ce texte avance rapidement.

266. Selon une opinion, le Groupe de travail devrait, outre l'établissement des dispositions de la loi, entreprendre l'élaboration d'un accord type de communication que pourraient appliquer, s'ils le souhaitent, les usagers de l'EDI. Il a été indiqué que la plupart des tentatives visant à résoudre les problèmes juridiques découlant du recours à l'EDI reposaient actuellement sur une approche contractuelle, ce qui rendait nécessaire un modèle général pour la rédaction d'arrangements selon cette approche. Il a été répondu que l'élaboration d'un accord type de communication pouvant être utilisé dans le commerce international avait été proposée à la vingt-quatrième session de la Commission. Cette dernière avait décidé à ce moment-là qu'il était prématuré de se lancer immédiatement dans l'élaboration d'un accord type de communication et qu'il était peut-être préférable de suivre, provisoirement, ce qui se passait dans d'autres organisa-

tions, notamment à la Commission des Communautés européennes et à la Commission économique pour l'Europe⁷. Après délibération, la Commission a réaffirmé sa décision de différer l'examen de la question jusqu'à ce qu'elle puisse disposer, pour les étudier, des textes des accords types sur les échanges de données informatisées qu'étaient en train d'élaborer ces organisations.

267. Il a été estimé qu'il était nécessaire, en plus des travaux en cours au sein du Groupe de travail, d'examiner des questions particulières résultant du recours à l'EDI dans certains contextes commerciaux. L'EDI dans la passation des marchés et le remplacement des connaissements sur papier ou autres titres de propriété par des messages EDI ont été donnés comme exemples de sujets méritant une attention spéciale. Il a aussi été proposé que la Commission fixe au Groupe de travail un délai pour l'achèvement de sa tâche actuelle. Selon l'opinion qui a largement prévalu, toutefois, le Groupe de travail devrait poursuivre ses travaux dans le cadre du mandat général que lui avait confié la Commission. Il a été décidé que le Groupe de travail ne devrait aborder de nouveaux domaines où des règles détaillées pourraient être nécessaires qu'après avoir achevé l'élaboration de règles générales sur l'EDI.

268. La Commission a réaffirmé la nécessité d'une coopération active entre toutes les organisations internationales œuvrant dans ce domaine. Il a été reconnu que la Commission, du fait qu'elle était ouverte à tous les pays et qu'elle était, de par son mandat général, l'organe juridique fondamental du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, devrait jouer un rôle particulièrement dynamique pour ce qui était des questions juridiques liées à l'EDI. La Commission a décidé que le Secrétariat devrait continuer de suivre ce qui se passait en matière juridique dans d'autres organisations telles que la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), la Commission économique pour l'Europe (CEE), les Communautés européennes et la Chambre de commerce internationale (CCI), et lui faire rapport ainsi qu'à ses groupes de travail compétents sur le sujet.

IV. GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

269. La Commission, à sa vingt-deuxième session en 1989, a décidé qu'il y avait lieu d'entreprendre des travaux sur une loi uniforme relative aux garanties et aux lettres de crédit stand-by, et a chargé de cette tâche le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux⁸.

270. Le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ce sujet à sa treizième session en examinant les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme. A ses quatorzième et quinzième sessions, il a examiné des projets d'articles premier à 7 de la loi uniforme et d'autres questions à aborder dans une telle loi. A sa seizième session, il

⁵Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément n° 17 (A/46/17), par. 306 à 317.

⁶*Ibid.*, quarante-septième session, Supplément n° 17 (A/47/17), par. 140 à 148.

⁷*Ibid.*, quarante-sixième session, Supplément n° 17 (A/46/17), par. 316.

⁸*Ibid.*, quarante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/44/17), par. 244.

a examiné les projets d'articles premier à 13 et, à sa dix-septième session, les projets d'articles 14 à 27 de la loi uniforme établis par le Secrétariat. Les rapports de ces sessions du Groupe de travail figurent dans les documents portant les cotes A/CN.9/330, A/CN.9/342, A/CN.9/345, A/CN.9/358 et A/CN.9/361.

271. A sa présente session, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses dix-huitième et dix-neuvième sessions (A/CN.9/372 et A/CN.9/374). Elle a noté que le Groupe de travail avait, à sa dix-huitième session, examiné les projets d'articles premier à 8 et, à sa dix-neuvième session, les projets d'articles 9 à 17 du projet de Convention sur les lettres de garanties internationales établis par le Secrétariat.

272. La Commission a noté que le Groupe de travail avait prié le Secrétariat d'élaborer, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, un projet révisé des articles premier à 17 du projet de Convention. Elle a noté également que, à la dix-huitième session du Groupe de travail, les Etats-Unis d'Amérique avaient proposé un projet de règles relatives aux lettres de crédit stand-by, étant entendu que les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by seraient traitées dans des parties distinctes de la future Convention. Il avait été décidé à cette session que le Groupe de travail ne pourrait déterminer de façon appropriée la nécessité de procéder de la sorte que lorsque l'on saurait avec exactitude la nature et le nombre des dispositions qui s'appliqueraient exclusivement aux garanties bancaires et aux lettres de crédit stand-by.

273. La Commission a dit combien elle appréciait le travail inestimable effectué jusqu'à présent par le Groupe de travail sur un sujet complexe pour lequel existaient peu de modèles. Elle s'est toutefois inquiétée de la lenteur des progrès et a prié le Groupe de travail d'envisager des méthodes qui lui permettraient de s'acquitter plus rapidement de sa tâche. Plusieurs observations ont été faites pour signaler que les progrès étaient entravés par la réouverture du débat sur des questions qui avaient déjà été examinées et avaient fait l'objet d'un accord et par la présentation de nouvelles propositions sur des questions réglées. La Commission a prié le Groupe de travail d'accélérer ses travaux pour que ceux-ci soient achevés avant la vingt-huitième session de la Commission en 1995.

V. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX INSTRUMENTS DE LA CNUDCI

A. Introduction

274. Sur la base d'une décision prise par la Commission à sa vingt et unième session (1988)⁹, le Secrétariat avait établi un système de collecte et de diffusion d'informations sur les décisions judiciaires et sentences arbitrales concernant les conventions et lois types émanant des travaux de la Commission.

275. A l'heure actuelle, le système englobait les instruments suivants : Convention sur la prescription en matière

de vente internationale de marchandises (New York, 1974) et Convention telle que modifiée par le Protocole de 1980; Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980); Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Hambourg).

276. Le système engloberait également d'autres conventions et lois types au fur et à mesure de leur entrée en vigueur ou de leur adoption par les Etats, y compris la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988); la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991); la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992) et la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (1993).

277. Le système se fondait sur un réseau de correspondants nationaux, désignés par les Etats qui étaient parties à une des conventions ou avaient adopté un texte législatif fondé sur une Loi type. Un correspondant national pouvait être une personne, un service ou un organe de l'Etat ou une institution non gouvernementale compétente. Il avait pour tâche de recueillir des décisions judiciaires et des sentences arbitrales et d'en établir des sommaires dans l'une des langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Ces sommaires, qui, en règle générale, ne dépassaient pas une demi-page, donnaient des informations succinctes sur les faits et propositions de lois dans les décisions ou les sentences et permettaient aux lecteurs de décider s'il valait la peine de se procurer le texte intégral d'une décision ou d'une sentence arbitrale. Le Secrétariat classait les décisions et sentences sous leur forme d'origine, traduisait les sommaires dans les cinq autres langues de l'Organisation des Nations Unies et les publiait dans les six langues de l'Organisation.

278. Les sommaires, qui faisaient partie de la documentation ordinaire de la CNUDCI, étaient publiés sous la cote A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/ suivie d'un numéro d'ordre. Les décisions et sentences étaient mises à la disposition de toute personne intéressée, sur demande et contre paiement d'un montant couvrant les frais de photocopie et d'expédition. Une explication plus détaillée du système figurait dans le document intitulé "Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, guide de l'utilisateur" (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1). La première compilation de 20 sommaires relatifs à la Convention des Nations Unies sur les ventes et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage a été publiée sous la cote A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1.

279. Les sommaires sont soumis à la réglementation de l'Organisation des Nations Unies en matière de copyright. Aux termes de l'avis de copyright, les gouvernements et organismes gouvernementaux pouvaient reproduire ou traduire des sommaires sans autorisation, mais étaient priés d'en informer l'Organisation des Nations Unies. Toutes les demandes d'autorisation de reproduction ou de traduction des sommaires émanant d'autres sources devaient être adressées au Comité des publications de l'ONU. Le Comité fonderait la décision qu'il prendrait en consultation avec le

⁹Ibid., quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17), par. 98 à 109.

secrétariat de la CNUDCI au sujet de ces demandes sur l'objectif du système, qui était de faire connaître dans le monde entier l'application des textes juridiques de la CNUDCI.

280. Pour accroître l'utilité du système, le Secrétariat avait l'intention de publier en temps opportun des index pour chaque texte couvert par le système. Chaque index serait basé sur un mécanisme de classification ("thesaurus") des questions qui suivrait l'ordre des dispositions des textes pertinents avec, le cas échéant, des sous-catégories supplémentaires de questions.

B. Observations de la Commission

281. La Commission a pris note avec plaisir de la parution des deux premières publications du système. On a exprimé la conviction que ce système serait utile à plusieurs égards. Ainsi, il donnerait aux praticiens la possibilité de mieux comprendre les textes juridiques sur lesquels portait le système, et il permettrait d'améliorer la qualité de l'enseignement dans les domaines du droit commercial international traités dans les textes, de faire plus largement connaître ces derniers, de promouvoir une interprétation uniforme, de fournir à la Commission des renseignements sur la façon dont les textes étaient compris et appliqués dans les législations nationales et de réduire dans une proportion sans précédent les coûts et les obstacles linguistiques dans l'échange d'informations sur la jurisprudence.

282. Il a été proposé que l'on tienne compte, dans les mesures qui seraient prises pour perfectionner le système, notamment lors de l'établissement du thesaurus, de la nécessité de faciliter la recherche des décisions concernant une question particulière.

283. On a estimé qu'il serait utile d'inclure les informations rassemblées par le système dans les programmes des séminaires et autres activités de formation organisés sous les auspices de la Commission.

284. La Commission a écouté avec intérêt les informations qui lui ont été données sur un projet à but non lucratif mis en place par le Centre d'études juridiques comparatives, où sont associés le Conseil national italien de la recherche, l'Université "La Sapienza" de Rome et l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), projet dans le cadre duquel une base de données informatisées a été établie pour la jurisprudence relative à la Convention des Nations Unies sur les ventes et à la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises. Les informations contenues dans la base de données étaient organisées sous forme de thesaurus de questions suivant l'ordre des dispositions des conventions et comprenaient des sous-catégories supplémentaires; on s'était inspiré, pour ce thesaurus, d'un projet de thesaurus élaboré par le Secrétariat de la Commission. Il a été déclaré que le Centre était disposé à coopérer au système de collecte établi par la Commission. Il a été noté que le Secrétariat étudierait les modalités possibles d'une telle coopération conformément aux objectifs et aux orientations générales du système mis en place par la Commission.

285. La Commission a remercié les correspondants nationaux et le Secrétariat pour leur travail, a instamment prié les Etats de coopérer avec le Secrétariat pour l'exploitation du système et de faciliter la tâche des correspondants nationaux.

VI. PROGRAMME DE TRAVAIL FUTUR

A. Introduction

286. Conformément à une décision de la Commission à sa vingt-quatrième session, le Secrétariat avait organisé, dans le cadre de la vingt-cinquième session de la Commission, le Congrès de la CNUDCI sur le droit commercial international, dont le thème était "Le droit commercial uniforme au XXI^e siècle". Le Congrès s'était tenu du 18 au 22 mai 1992 dans la salle de l'Assemblée générale, au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York.

287. L'un des objectifs du Congrès était d'offrir aux participants, qui comprenaient des praticiens du droit, de hauts fonctionnaires, des juges, des arbitres et des enseignants du droit, une instance dans laquelle ils pourraient faire part de leurs besoins pratiques, dont il pourrait être tenu compte dans les travaux futurs de la Commission et d'autres organismes normatifs.

288. A sa session actuelle, la Commission était saisie d'une note intitulée "Propositions relatives aux travaux futurs possibles présentées lors du Congrès de la CNUDCI" (A/CN.9/378). Cette note énumérait les questions sur lesquelles avaient été formulées au Congrès des propositions d'élaboration de textes juridiques de fond. La note énumérait aussi d'autres suggestions tendant à renforcer la coordination avec d'autres organismes compétents en matière de droit commercial international, à promouvoir l'uniformité d'interprétation de textes uniformes et à intensifier la diffusion de l'information concernant les textes émanant de la Commission.

289. En vue de permettre à la Commission de prendre plus facilement des décisions sur ses travaux futurs possibles, le Secrétariat avait établi des notes préliminaires sur certaines des questions suggérées au Congrès. Ces notes préliminaires, faisant l'objet d'additifs au document A/CN.9/378, traitaient des questions suivantes : marchés de services (additif 1, qui a été examiné au titre du point de l'ordre du jour intitulé "Nouvel ordre économique international : passation des marchés" (par. 259 à 262); directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales (additif 2); cession de créances (additif 3); aspects transnationaux de l'insolvabilité (additif 4); et problèmes juridiques de la privatisation (additif 5). Il a été noté que le Secrétariat se proposait d'établir d'autres notes analogues sur d'autres sujets examinés au Congrès.

B. Examen par la Commission

1. Congrès de la CNUDCI

290. La Commission s'est félicitée des échanges de vues qui avaient eu lieu au Congrès et de l'excellent travail d'organisation accompli par le Secrétariat. Elle a pris note

avec satisfaction des nombreux rapports favorables et des réactions positives dont le Congrès avait fait l'objet, y compris, par exemple, la parution d'un numéro spécial du journal espagnol de droit commercial consacré aux activités de la CNUDCI. Elle a cependant noté avec inquiétude qu'il n'avait pas été encore rendu compte des travaux du Congrès et elle a prié le Secrétariat de faire de son mieux pour en hâter la publication.

2. Conférences préliminaires

291. Il avait été fait observer, tant au Congrès de la CNUDCI qu'au sein d'autres instances traitant de l'arbitrage commercial, qu'en raison du principe de la liberté et de la flexibilité dans la conduite de la procédure arbitrale, il pourrait, dans certains cas, être difficile aux participants de prévoir la manière dont se déroulerait la procédure et de se préparer aux divers actes de procédure. A ce propos, il avait été déclaré que l'on pourrait éviter ou réduire ces difficultés en organisant dès les premières étapes de la procédure arbitrale une conférence entre les arbitres et les parties, afin de discuter de la procédure et de la planifier. Il avait été en outre suggéré au Congrès qu'il serait utile d'élaborer des directives pour ces "conférences préliminaires".

292. A la suite du débat susmentionné du Congrès, le Secrétariat avait établi, à l'intention de la Commission, une note intitulée "Directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales" (A/CN.9/378/Add.2), qui décrivait la pratique de la tenue de conférences préliminaires, suggérait que la Commission établisse des directives pour ces conférences préliminaires et énumérait, à titre provisoire, les questions susceptibles de faire l'objet de ces directives. Le Secrétariat examinait d'autre part dans cette note les futurs travaux possibles de la Commission sur les questions de l'arbitrage multipartite et de l'obtention de preuves dans le cadre de l'arbitrage, et en particulier l'opportunité de traiter ces questions dans les directives pour les conférences préliminaires.

293. Un ferme appui a été exprimé à la Commission en faveur de l'établissement de directives pour les conférences préliminaires. Il a été fait observer que de telles directives pourraient utilement aider les arbitres et les parties tant à décider d'une conférence préliminaire éventuelle qu'à tenir une telle conférence. Il a été suggéré que les directives devraient sauvegarder la souplesse bénéfique des procédures arbitrales et éviter de suggérer des solutions qui pourraient être complexes, de prévoir une procédure trop détaillée ou de trop rapprocher les procédures arbitrales des procédures judiciaires. Quelques réserves ont été cependant formulées quant à l'utilité des travaux suggérés étant donné que les conférences préliminaires pourraient rendre les procédures arbitrales plus rigides qu'il n'était souhaitable, mener à des conflits et constituer probablement une lourde charge administrative.

294. Après délibération, la Commission a décidé de procéder à l'élaboration de directives pour les conférences préliminaires, pour lesquelles la note établie par le Secrétariat pourrait constituer une bonne base.

295. Rappelant qu'à sa dix-neuvième session, en 1986, elle avait estimé que l'arbitrage multipartite et l'obtention de preuves dans le cadre de l'arbitrage soulevaient des questions qui méritaient d'être examinées plus avant¹⁰, la Commission est convenue que certaines questions concernant l'arbitrage multipartite et l'obtention de preuves pourraient être utilement traitées dans les directives, ainsi qu'il était suggéré dans la note du Secrétariat. Elle est en outre convenue que, lorsqu'elle aurait achevé ses travaux sur les directives, elle considérerait si des travaux supplémentaires sur l'arbitrage multipartite et l'obtention de preuves s'avéraient nécessaires.

296. Le Secrétariat a été prié d'établir, pour la vingt-septième session de la Commission, en 1994, un projet de directives pour les conférences préliminaires. La Commission comptait procéder à l'examen du projet de directives à sa session de 1994, après celui des projets de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services, et adopter les directives pour les conférences préliminaires à cette session-là ou à sa vingt-huitième session, en 1995.

3. Cession de créances

297. Parmi les propositions faites lors du Congrès en ce qui concerne les sujets que la Commission pourrait examiner dans le cadre de ses travaux futurs figurait la cession de créances.

298. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur la cession de créances et sur des questions connexes (A/CN.9/378/Add.3). Cette note traitait brièvement de certains aspects juridiques de la cession de créances qui posaient des problèmes dans le commerce international, à savoir : les divergences entre les lois nationales sur la validité des cessions de créances; les conditions différentes imposées pour qu'une cession de créances valide exerce ses effets envers le débiteur; les conflits de priorité entre le cessionnaire et toute autre personne invoquant un droit sur la créance cédée. La note proposait que soit faite une étude sur la portée possible de règles uniformes relatives à la cession de créances et sur les questions qui pourraient être traitées dans ces règles.

299. On a fait observer qu'il y avait d'importantes différences entre les règles nationales sur la cession de créances et qu'il serait difficile de parvenir à un accord sur des solutions unifiées. En outre, les considérations juridiques, en la matière, faisaient intervenir d'autres domaines du droit, tels que les sûretés et l'insolvabilité, qui n'étaient pas unifiés et avaient peu de chances de l'être dans un avenir prévisible. On a fait observer aussi que le Conseil de direction d'UNIDROIT avait décidé, quelques semaines plus tôt, qu'une étude devrait être réalisée sur la faisabilité d'une loi type universelle relative aux sûretés; tous travaux qu'entreprendrait la Commission feraient donc double emploi. Sur la base de ces observations, il a été proposé de ne pas entreprendre de travaux sur la cession de créances.

300. Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, il fallait demander au Secrétariat de préparer une étude de faisabilité,

¹⁰*Ibid.*, quarante et unième session, Supplément n° 17 (A/41/17), par. 254 à 258.

ainsi que le proposait la note. On a déclaré à l'appui de ce point de vue que des recherches et des informations plus nombreuses étaient nécessaires pour que la Commission prenne une décision sur la faisabilité de tout travail d'unification, et que l'étude avait précisément pour but de fournir de telles informations et d'identifier tout domaine particulier dans lequel des efforts d'unification semblaient prometteurs. De plus, il n'y aurait pas de double emploi avec l'étude mentionnée d'UNIDROIT, qui portait sur le domaine vaste et sensiblement différent des sûretés; pour réaliser l'étude envisagée, le Secrétariat consulterait évidemment UNIDROIT et d'autres organisations internationales et, si les efforts d'unification étaient jugés prometteurs, il examinerait avec UNIDROIT des mesures concrètes de coordination et de coopération. Un certain nombre de délégations ont réitéré leur souci d'éviter les doubles emplois. Il a été répondu que, sur la base des renseignements donnés dans la note du secrétariat et dans le rapport du Secrétaire général d'UNIDROIT, ce risque était improbable.

301. Après délibération, la Commission a décidé de demander au Secrétariat de réaliser, en consultation avec UNIDROIT et d'autres organisations internationales, une étude sur la faisabilité de travaux d'unification dans le domaine de la cession de créances et de décider à sa vingt-septième session, sur la base de cette étude, si la Commission devrait ou non entreprendre de tels travaux.

4. Aspects transnationaux de l'insolvabilité

302. Il avait été proposé au Congrès de la CNUDCI que la Commission envisage d'entreprendre des travaux sur les aspects internationaux de l'insolvabilité.

303. Comme suite à cette proposition, la Commission était saisie d'une note établie par le Secrétariat sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (A/CN.9/378/Add.4). Cette note examinait les questions juridiques suivantes, susceptibles de susciter des problèmes en raison des divergences entre les lois nationales : les effets d'une procédure de liquidation entreprise dans un Etat sur des avoirs situés dans un autre Etat; l'assistance judiciaire internationale dans le cadre des procédures de faillite; la mesure dans laquelle tous les créanciers ont le droit de participer à une procédure de faillite; les règles de priorité pour la répartition des avoirs; les effets extraterritoriaux des redressements internationaux; la reconnaissance du droit d'invoquer des sûretés dans le cadre d'une procédure de faillite; et l'interdiction d'opérations du débiteur préjudiciables aux créanciers. La note présentait en outre brièvement les travaux antérieurs menés au niveau international en vue d'harmoniser les lois dans ce domaine.

304. Des doutes ont été exprimés quant à la faisabilité d'un projet visant à harmoniser les règles sur les aspects internationaux de l'insolvabilité. Il a été indiqué que d'autres organisations, qui avaient entrepris des projets similaires, s'étaient heurtées à de nombreuses difficultés dans la recherche de solutions et que les textes qu'elles avaient établis n'avaient pas abouti aux résultats souhaités ni suscité une large adhésion. On a exprimé l'opinion que, compte tenu de ces doutes, la Commission ne devrait pas entreprendre de travaux dans ce domaine du droit.

305. Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, les problèmes pratiques liés au manque d'harmonie entre les lois nationales régissant les aspects transnationaux de l'insolvabilité justifiaient une étude plus approfondie des questions juridiques qui se posaient dans ce domaine et la recherche de solutions susceptibles d'être acceptées internationalement. Il a été suggéré d'analyser attentivement les causes de l'échec des autres organisations et de les prendre en considération dans les travaux futurs de la Commission.

306. Après délibération, la Commission a demandé au Secrétariat de réaliser, pour une session future de la Commission, une étude approfondie sur l'opportunité et la faisabilité de règles harmonisées sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité. Cette étude devrait examiner quels aspects du droit applicable dans ce domaine se prêtaient à une harmonisation et quel pourrait être le moyen d'harmonisation le plus approprié.

5. Les problèmes juridiques de la privatisation

307. Il avait été suggéré au Congrès de la CNUDCI que la Commission envisage d'élaborer un guide juridique sur les "contrats de privatisation", c'est-à-dire les contrats par lesquels des entreprises publiques étaient transférées à des opérateurs privés. Un tel guide aurait pour but d'aider les Etats à effectuer de tels transferts et de protéger les intérêts légitimes des investisseurs privés.

308. La Commission était saisie d'une note intitulée "Les problèmes juridiques de la privatisation" (A/CN.9/378/Add.5), qui présentait brièvement le cadre législatif et institutionnel nécessaire pour la mise en œuvre de programmes de privatisation ainsi que certaines clauses propres aux contrats de vente d'entreprises.

309. La Commission a considéré que les politiques des Etats à l'égard de la privatisation différaient considérablement et que, de ce fait, les lois nationales destinées à appliquer ces politiques ne se prêtaient pas à unification. En outre, elle a estimé que nombre des questions à aborder dans ces lois relevaient de domaines extérieurs au droit commercial. En conséquence, il a été conclu que la Commission ne devrait pas entreprendre de travaux sur la législation relative à la privatisation.

310. Pour ce qui est des problèmes juridiques liés aux contrats de privatisation, la Commission a considéré qu'ils dépendaient des politiques des Etats et que des solutions jugées appropriées dans un Etat ne le seraient peut-être pas dans d'autres. Il a toutefois été estimé que l'on pourrait envisager de nouveau la nécessité de travaux sur ces questions si le développement des pratiques contractuelles dans ce domaine l'exigeait.

6. Construction, exploitation, transfert (CET)

311. Il avait été proposé au Congrès de la CNUDCI que la Commission envisage d'entreprendre des travaux concernant le mécanisme de financement des projets "Construction, exploitation, transfert" (CET). A sa présente ses-

sion, la Commission était saisie d'une note sur les travaux futurs possibles (A/CN.9/378), dans laquelle le Secrétariat rendait compte des caractéristiques particulières des projets CET et des travaux entrepris en vue de l'établissement d'une note pour la prochaine session de la Commission sur l'opportunité et la faisabilité de travaux futurs possibles dans ce domaine. A cet égard, le Secrétariat a informé la Commission qu'il suivait de près les travaux de l'ONUDI sur l'établissement de "Directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de contrats relatifs à des projets CET". La Commission s'est félicitée des efforts déployés par le Secrétariat et a souligné l'importance des projets CET ainsi que de l'utilité de la note liminaire qu'était en train d'établir le Secrétariat.

7. *Autres propositions*

312. Il a été signalé que, à la suite d'une initiative privée, on était en train d'organiser un concours d'arbitrage international fictif, fondé sur les textes juridiques élaborés par la Commission; ce concours comportait des éliminatoires régionales, qui seraient suivies d'une épreuve internationale finale, en mars 1994. L'objet de cet exercice était de promouvoir et développer la connaissance des textes juridiques de la CNUDCI.

VII. COORDINATION DES TRAVAUX

313. La Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général sur les activités en cours des organisations internationales en ce qui concerne l'harmonisation et l'unification du droit commercial international (A/CN.9/380). Ce rapport visait à mettre à jour et compléter le rapport présenté à la vingt-troisième session de la Commission (A/CN.9/336), qui couvrait les activités des organisations internationales jusqu'au 15 juillet 1990. Il a été rédigé à partir de données communiquées au Secrétariat entre le 15 février 1990 et, généralement, le mois de mars 1993. Il contenait en outre un nouveau chapitre résumant les activités des organisations internationales dans les domaines de la formation et de l'assistance.

314. Dans le cadre de la coordination des travaux, des représentants du Comité consultatif juridique africano-asiatique (CCJAA) et de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) ont fait des déclarations concernant les activités de leurs organisations. La Commission s'est félicitée des liens étroits de coopération qu'elle entretenait avec ces organisations.

315. Il a été fait observer aussi que les travaux consacrés par la CNUCED à un projet de code de conduite international sur le transfert de technologie (voir A/CN.9/380, par. 39), qui comportait surtout des questions juridiques, s'étaient ralentis, et il a été proposé que la Commission coopère avec cet organisme afin de mener rapidement à terme cet important projet. Il a également été suggéré que la Commission suive les travaux de la CNUCED sur les pratiques commerciales restrictives (voir A/CN.9/380, par. 112), du fait que les questions de fond que soulevait ce sujet relevaient plus du droit que de la politique commerciale.

316. La Commission a apprécié à leur juste valeur les efforts déployés par le Secrétariat pour suivre les activités des organisations internationales dans le domaine de l'harmonisation et de l'unification du droit commercial international.

VIII. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

317. La Commission a examiné l'état des conventions (signatures, ratifications, adhésions et approbations) qui étaient le fruit de ses travaux, à savoir la Convention sur la prescription en matière de vente internationale des marchandises (New York, 1974) (la "Convention sur la prescription"), le Protocole modifiant la Convention sur la prescription (Vienne, 1980), la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg) (les "Règles de Hambourg"), la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (la "Convention des Nations Unies sur les ventes"), la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988) (la "Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et les billets à ordre") et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991) (la "Convention des Nations Unies sur les exploitants de terminaux"). La Commission a également examiné l'état de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). En outre, la Commission a pris note des Etats et territoires ayant adopté des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la "Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage"). La Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur l'état de ces conventions et de la Loi type au 13 juillet 1993 (A/CN.9/381).

318. La Commission a noté avec satisfaction que, depuis que lui avait été présenté le précédent rapport à sa vingt-cinquième session (1992), la Slovaquie avait déposé un instrument de succession relatif à la ratification par l'ex-Tchécoslovaquie de la Convention sur la prescription à l'adhésion de l'ex-Tchécoslovaquie au Protocole modifiant cette Convention, à la ratification par l'ex-Tchécoslovaquie de la Convention des Nations Unies sur les ventes et à la signature par l'ex-Tchécoslovaquie des Règles de Hambourg.

319. La Commission s'est félicitée de l'adhésion du Bangladesh, de la Barbade et de la Turquie à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et du dépôt par la Slovaquie d'un instrument de succession relatif à l'adhésion par l'ex-Yougoslavie à cette Convention.

320. La Commission a noté avec satisfaction que le Mexique avait adhéré à la Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et les billets à ordre. Huit autres adhésions étaient nécessaires pour que cette Convention entre en vigueur.

321. En ce qui concerne la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, la Commission a noté avec plaisir que des

textes législatifs fondés sur la Loi type avaient été adoptés au Pérou et en Tunisie.

322. Des représentants et observateurs d'un certain nombre d'Etats ont indiqué que leur pays prenait actuellement des mesures en vue d'adhérer à la Convention des Nations Unies sur les ventes, à la Convention sur la prescription telle que modifiée par le Protocole, aux Règles de Hambourg, à la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, et d'adopter des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

323. La Commission a noté une certaine incertitude parmi les Etats nouvellement formés sur la question de savoir s'ils se considéraient liés par les conventions auxquelles étaient parties les Etats dont ils étaient les successeurs. Elle a donc invité ces Etats nouvellement formés à préciser leur position et à en informer le Secrétaire général.

324. La Commission a été d'avis qu'en plus du document utile publié pour chaque session annuelle de la Commission et donnant la liste des Etats qui étaient devenus parties aux textes législatifs de la Commission, il serait utile, pour les gouvernements, de recevoir du Secrétariat, au cours de l'année, des renseignements sur les faits nouveaux ayant trait à ces textes, notamment, dans la mesure du possible, des renseignements sur les Etats qui envisageaient d'adopter lesdits textes. A ce sujet, les Etats ont été invités à désigner une personne ou un organe qui recevrait ces renseignements.

325. La Commission a rappelé que les Règles de Hambourg étaient entrées en vigueur le 1^{er} novembre 1992. Il a été noté que depuis cette date le régime de responsabilité de ces Règles coexistait avec ceux qui étaient fondés sur la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance (1924) (Règles de La Haye) et que, pour les marchandises transportées dans un navire donné, il fallait, pour connaître le régime applicable, savoir si les marchandises étaient chargées ou déchargées dans un Etat partie aux Règles de Hambourg ou si les titres de transport étaient émis dans un tel Etat. Il a été jugé souhaitable, étant donné cette diversité regrettable des régimes de responsabilité, de promouvoir l'unification des régimes sur la base des Règles de Hambourg. A cet égard, la Commission a noté avec satisfaction que, dans sa résolution 47/34 du 25 novembre 1992, l'Assemblée générale avait prié le Secrétaire général d'intensifier ses efforts pour encourager un plus grand nombre d'Etats à adhérer à la Convention.

326. La Commission a été informée qu'en 1993 le secrétariat de la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP) avait publié un livre intitulé *Guidelines for Maritime Legislation (Guidelines Volume I)*, troisième édition (ST/ESCAP/1076), qui contenait des commentaires sur les Règles de Hambourg et la Convention des Nations Unies sur les exploitants de terminaux. Pour ce qui est des Règles de Hambourg, il était conseillé aux Etats déjà parties aux Règles de La Haye d'ajouter au régime fondé sur ces dernières certaines dispositions fon-

dées sur les Règles de Hambourg afin d'actualiser le régime existant. On a fait observer qu'un tel conseil risquait d'engendrer disparité et incohérence et allait à l'encontre des recommandations figurant dans les résolutions de l'Assemblée générale. S'agissant de la Convention des Nations Unies sur les exploitants de terminaux, l'opinion exposée dans le livre était que des textes législatifs fondés sur la Convention n'étaient pas nécessaires et qu'il était préférable de régler les questions de responsabilité traitées dans la Convention par des dispositions contractuelles. On a fait observer que cette opinion ne tenait pas compte de l'une des principales raisons d'être de la Convention, qui était l'application par les exploitants de terminaux de conditions contractuelles générales contenant de larges exclusions et limitations de la responsabilité.

327. De vives préoccupations ont été exprimées au sujet du type de conseils donnés dans les Directives, conseils qui favorisaient la persistance d'une hétérogénéité des législations, et du fait que le secrétariat de la Commission n'avait pas été invité à participer à l'élaboration du livre. Il a été jugé inadmissible que soient exprimées dans une publication des Nations Unies des vues qui mettaient en doute, de façon partielle et immodérée, le bien-fondé de l'adhésion aux conventions établies par des conférences diplomatiques des Nations Unies.

328. La Commission a invité la CESAP à procéder immédiatement, en coopération avec le secrétariat de la Commission, à une révision des Directives et à publier, aussi rapidement que possible, une édition révisée du livre.

IX. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

329. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat présentant les activités réalisées en matière de formation et d'assistance depuis sa vingt-cinquième session, et celles qui pourraient être entreprises à l'avenir (A/CN.9/379). La note précisait que, puisque la Commission avait déclaré à sa vingtième session (1987) "que la formation et l'assistance constituaient une importante activité de la Commission à laquelle il faudrait désormais accorder un rang de priorité plus élevé"¹¹, le Secrétariat s'était efforcé d'élaborer un programme de formation et d'assistance plus vaste que par le passé.

330. Comme il avait été annoncé à la vingt-cinquième session (1992), le cinquième Colloque de la CNUDCI sur le droit commercial international s'était tenu à l'occasion de la vingt-sixième session de la Commission, du 12 au 16 juillet 1993. Comme lors du quatrième colloque en 1991, les conférenciers invités ont été choisis principalement parmi les membres des délégations présentes à la vingt-sixième session et parmi les membres du Secrétariat. Afin de réduire les coûts d'interprétation et de faciliter la communication entre les participants eux-mêmes, le colloque s'est tenu en français et en anglais uniquement. Les frais de voyage de 20 participants de pays africains ont été financés par le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI. En outre, ont assisté au colloque 38 personnes qui n'ont pas bénéficié de cette aide financière.

¹¹*Ibid.*, quarante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/42/17), par. 335.

331. Il a été indiqué que, les séminaires nationaux ayant un meilleur rapport coût-efficacité que les séminaires régionaux, le Secrétariat avait, depuis la précédente session de la Commission, privilégié des séries de séminaires nationaux. Elle en avait organisé dans les villes suivantes : a) Bangkok (Thaïlande), en coopération avec le Ministère des affaires étrangères — environ 150 participants; b) Jakarta et Surabaya (Indonésie), en coopération avec le Ministère du commerce extérieur — environ 150 participants; c) Lahore (Pakistan), en coopération avec le Bureau de promotion des exportations et la Société de recherche pour le droit international — environ 75 participants; d) Colombo (Sri Lanka), en coopération avec le Bureau du Procureur général, le barreau de Sri Lanka et l'Université de Colombo — près de 160 participants; e) Dacca (Bangladesh), en coopération avec le Bureau de promotion des exportations et l'Institut bangladais du droit et des affaires internationales — environ 70 participants; f) Kiev (Ukraine), en coopération avec le Ministère des relations économiques extérieures — une trentaine de participants; g) Varsovie (Pologne), en coopération avec la Chambre de commerce polonaise — une quarantaine de participants; h) Rogaska Slatina (Slovénie), en coopération avec la Faculté de droit de Maribor et le Gouvernement slovène — environ 90 participants.

332. Il a été noté que des membres du Secrétariat avaient participé et apporté une contribution à des séminaires et cours relatifs au droit commercial international organisés par d'autres organisations telles que la Communauté européenne, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), l'Organisation internationale du Travail (OIT) et la London Court of Arbitration.

333. Il a été indiqué que le Secrétariat comptait intensifier encore ses efforts tendant à organiser ou coparrainer des séminaires et des colloques sur le droit commercial international, notamment à l'intention des pays en développement et des Etats nouvellement indépendants. C'est ainsi qu'il était prévu de tenir, pour le reste de 1993, des séminaires dans les pays suivants : Argentine, Azerbaïdjan, Bélarus, Brésil, Géorgie, Kirghizistan, Mongolie, Ouzbékistan et République de Moldova. On envisageait de répondre en 1994 aux autres demandes de séminaires qui avaient été reçues de divers pays d'Afrique, d'Amérique latine et des Caraïbes. Le Secrétariat a souligné que sa capacité à cet égard dépendait des ressources qui seraient mises à sa disposition sous forme de contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques.

334. Le Secrétariat a signalé qu'une assistance technique directe dans le domaine juridique avait été fournie à un certain nombre de pays qui envisageaient d'adopter des textes législatifs fondés sur des textes de la CNUDCI. Cette assistance comprenait fréquemment l'examen des projets de textes et prenait souvent la forme d'un échange d'observations et de suggestions par écrit. Lorsque cela était jugé plus approprié et que les fonds disponibles le permettaient, ce type d'assistance avait été fourni à l'occasion de séminaires ou avait fait l'objet de missions spéciales.

335. Il a été noté par ailleurs que, conformément à la politique du Secrétaire général tendant à mettre au point une approche intégrée des activités d'aide au développe-

ment du système des Nations Unies, le Secrétariat avait pris contact avec le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), principal organe de financement, de planification et de coordination de l'aide technique au développement au sein du système des Nations Unies. Une telle approche visait plus particulièrement à incorporer de façon appropriée les activités d'assistance technique de la CNUDCI aux programmes d'aide technique des Nations Unies, notamment dans le domaine de la réforme du droit. Des contacts avaient aussi été établis avec les Services consultatifs juridiques pour le développement, récemment créés au sein du Secrétariat de l'ONU. Il a été noté en outre que des activités de coopération avaient été entreprises avec des organisations ne faisant pas partie du système des Nations Unies, par exemple avec l'OCDE (programme SIGMA dans le domaine de la passation des marchés) et le Conseil de coopération économique du Pacifique pour un programme d'action sur l'harmonisation du droit commercial dans la région du Pacifique.

336. Le Secrétariat a indiqué que les textes juridiques de la CNUDCI étant de plus en plus connus dans de nombreux pays, notamment dans les pays en développement et les Etats nouvellement indépendants, le nombre de demandes d'assistance technique émanant de gouvernements et d'organisations régionales était en augmentation. Il a été noté en outre qu'aucun crédit n'avait été prévu au budget ordinaire pour les frais de voyage des participants et des conférenciers. Il avait donc fallu recourir à des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI. On a attiré tout particulièrement l'attention à cet égard sur le fait que la CNUDCI avait besoin pour la formation et l'assistance technique dans le domaine du droit commercial international de fonds relativement limités tandis que la modernisation et l'harmonisation progressive des règles juridiques dans le domaine du commerce international procuraient des avantages considérables.

337. Les contributions versées au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI pour plusieurs années présentaient un intérêt particulier, car elles permettaient au Secrétariat de planifier et de financer le programme sans avoir à solliciter des fonds auprès des donateurs potentiels pour chaque activité. Le Canada et la Finlande étaient parmi les pays qui avaient procédé de la sorte. En outre, les contributions annuelles de la France et de la Suisse avaient été utilisées pour le programme de formation et d'assistance technique. Des contributions financières avaient aussi été reçues de Chypre. Le Danemark avait versé une contribution spéciale pour le financement du cinquième Colloque de la CNUDCI. Toutefois, alors que les demandes de formation et d'assistance technique augmentaient fortement, les fonds disponibles avaient en fait diminué.

338. La Commission a exprimé sa gratitude à tous ceux qui avaient participé à l'organisation des séminaires de la CNUDCI et en particulier à ceux qui avaient versé des contributions au programme de séminaires et au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques. La Commission a aussi remercié le secrétariat pour les efforts qu'il avait déployés en vue de développer le programme de séminaires et de colloques. Reconnaissant que la formation et l'assistance technique revêtaient une importance cruciale

dans la mesure où elles constituaient l'un des principaux moyens de diffusion et de communication de la CNUDCI, la Commission a noté qu'il était nécessaire que les Etats envisagent de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques afin de permettre au secrétariat de donner suite aux demandes croissantes de formation et d'assistance technique, notamment à celles des pays en développement et des Etats nouvellement indépendants. Il a été noté en outre qu'il fallait accroître la coopération et la coordination avec les organismes d'aide au développement, notamment ceux du système des Nations Unies.

X. RÉSOLUTIONS PERTINENTES DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ET QUESTIONS DIVERSES

A. Résolution de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission

339. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 47/34 de l'Assemblée générale en date du 25 novembre 1992, relative à son rapport sur les travaux de sa vingt-cinquième session. Elle a notamment pris note de la demande de l'Assemblée générale au paragraphe 12 de la résolution tendant à ce que la Cinquième Commission, afin d'assurer la pleine participation de tous les Etats Membres, continue à envisager d'accorder, dans la limite des ressources existantes, une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, ainsi que, à titre exceptionnel et sur leur demande, à d'autres pays en développement qui sont membres de celle-ci, en consultation avec le Secrétaire général, pour leur permettre de participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail. Elle a en outre pris note de la recommandation que lui faisait l'Assemblée, au paragraphe 13 de sa résolution, de s'attacher particulièrement à rationaliser l'organisation de ses travaux et d'envisager à cet effet toutes les possibilités, en particulier la tenue de réunions consécutives de ses groupes de travail, ainsi que de la demande faite, au paragraphe 14 de la même résolution, au Secrétaire général de lui présenter à sa quarante-huitième session un rapport sur l'application des paragraphes 12 et 13.

340. La Commission a examiné la recommandation formulée par l'Assemblée générale au paragraphe 13 de la résolution 47/34. Il a été fait observer que la Commission avait à trois reprises déjà — à ses vingt et unième session en 1988, vingt-troisième session en 1990 et vingt-cinquième session en 1992 — examiné les moyens de rationaliser ses méthodes de travail, notamment la question de savoir s'il était possible que ses groupes de travail tiennent des réunions consécutives et si une telle formule permettrait aux délégations qui y assistaient de faire des économies sur leurs frais de voyage. La Commission était arrivée à la conclusion que cela n'était pas possible. Elle a noté qu'en raison de la nature des tâches assignées à chacun des groupes, les délégations se composaient, en principe, d'experts différents. La tenue de réunions consécutives des groupes de travail ne réduirait donc pas le nombre d'experts qui y participaient et, partant, n'entraînerait aucune économie pour les délégations. On a fait

observer par ailleurs que, même si les mêmes experts pourraient participer aux réunions de plus d'un groupe de travail, le fait d'avoir à participer à plusieurs réunions consécutives pourrait les obliger à être absents trop longtemps de leur lieu de travail habituel. Cela pourrait soulever des difficultés pour bon nombre d'entre eux. On a également fait valoir que, dans ce cas, les Etats pourraient être incités à affecter les mêmes experts à deux réunions consécutives, même si les intéressés n'étaient pas les plus compétents, ce qui nuirait aux travaux de la Commission.

341. Par ailleurs, la Commission a estimé que le fait de tenir les réunions de ses groupes de travail de manière consécutive ne permettrait pas non plus de faire des économies sur les frais de voyage du personnel de son secrétariat puisque, normalement, ce n'était pas les mêmes fonctionnaires qui étaient affectés aux différents groupes. Les membres du Secrétariat participaient en général à l'établissement des études de fond où étaient examinés divers aspects des questions entrant dans le domaine de compétence du groupe de travail auquel ils étaient assignés. Il a été noté qu'il ne serait pas judicieux de demander à un fonctionnaire n'ayant pas participé à l'établissement de documents relatifs aux travaux d'un groupe de travail d'assurer le service des réunions de ce groupe. En conséquence, la tenue de réunions consécutives des groupes de travail ne permettrait pas de réduire le nombre de membres du Secrétariat se rendant à ces réunions. Il a été proposé que les prochaines réunions des groupes de travail, dont deux étaient consécutives (voir par. 345 à 347), fourniraient l'occasion de voir les conséquences pratiques de cette formule et montreraient très certainement les inconvénients susmentionnés qu'elle présentait pour les travaux de la Commission.

342. Dans le cadre du débat sur la rationalisation des travaux de la Commission, on a souligné que pour employer de façon rationnelle et satisfaisante les ressources affectées aux conférences, il fallait que les documents de présession soient prêts dans toutes les langues officielles suffisamment tôt pour permettre des consultations dans les pays intéressés. On a noté avec inquiétude que, pour la présente session et pour des sessions tenues récemment, de nombreux documents n'avaient été disponibles que peu de temps avant la session, en raison essentiellement d'une grave pénurie de ressources humaines au Secrétariat. La Commission est convenue qu'il ne faudrait épargner aucun effort pour remédier à cette situation, en autorisant en particulier des exceptions à tout gel des recrutements ou en recrutant d'une autre façon du personnel supplémentaire.

B. Bibliographie

343. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des ouvrages récents se rapportant à ses travaux (A/CN.9/382).

C. Date et lieu de la vingt-septième session de la Commission

344. Il a été décidé que la Commission tiendrait sa vingt-septième session à New York du 31 mai au 17 juin 1994.

D. Sessions des groupes de travail

345. Il a été décidé que le Groupe de travail de l'échange des données informatisées tiendrait sa vingt-sixième session du 11 au 22 octobre 1993 à Vienne et sa vingt-septième session du 28 février au 11 mars 1994 à New York.

346. Il a été décidé que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux tiendrait sa vingtième session du 22 novembre au 3 décembre 1993 à Vienne et sa vingt et unième session du 14 au 25 février 1994 à New York.

347. Il a été décidé que le Groupe de travail du nouvel ordre économique international tiendrait sa seizième session du 6 au 17 décembre 1993 à Vienne et, si besoin était

pour compléter ses travaux sur les marchés de services, sa dix-septième session du 14 au 25 mars 1994 à New York.

ANNEXE I**Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux**

[Annexe reproduite dans la troisième partie, I, du présent volume]

ANNEXE II**Liste des documents dont la Commission était saisie à sa vingt-sixième session**

[Annexe reproduite dans la troisième partie, V, A, du présent volume]

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) : extraits du rapport du Conseil du commerce et du développement sur la première partie de sa quarantième session (TD/B/40(1)/14, vol. I)*

"a) Développement progressif du droit commercial international : vingt-sixième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

1. A sa 832^e séance (séance de clôture), le 1^{er} octobre 1993, le Conseil du commerce et du développement a pris note du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur sa vingt-sixième session (A/48/17), distribué au Conseil sous couvert d'une note du secrétariat de la CNUCED (TD/B/40(1)/9).

2. Le Conseil a en outre noté que, conformément aux dispositions de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les observations relatives au rapport seraient transmises à l'Assemblée générale⁴."

⁴Pour la déclaration du représentant des Etats-Unis d'Amérique sur le rapport de la CNUDCI, voir la section II.B plus loin.

[...]

"II. EXPOSÉS DE POSITION

"B. Déclaration des Etats-Unis d'Amérique à propos du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (point 9 a de l'ordre du jour)

1. Le représentant des Etats-Unis d'Amérique a dit que son gouvernement appuyait pleinement les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). En particulier, les Etats-Unis se félicitaient de l'achèvement par la Commission à sa session plénière, comme il était noté dans le rapport sur la vingt-sixième session, de la Loi type sur la passation

des marchés de biens et de travaux. Aboutissement de quatre années d'efforts, cette loi type reprenait des principes généralement acceptés en matière d'achats publics, qui étaient également compatibles avec les directives actuelles du GATT en matière de marchés publics. Ces principes prévoyaient : une structure administrative pour les achats et les contrats du secteur public; la transparence des lois et des réglementations; des appels d'offres généralement ouverts, y compris à des soumissionnaires étrangers; et des voies de recours administratives ou judiciaires. Le projet faisait appel à la participation d'institutions internationales de prêt, notamment la Banque mondiale. Le représentant était également heureux de noter qu'à sa dernière session plénière la Commission avait décidé de poursuivre ses efforts pendant une année encore pour achever une section supplémentaire de la loi type qui concernerait les marchés de services.

"2. Un domaine de travail de la Commission, qui avait une influence directe sur les travaux réalisés à la CNUCED, concernait les activités en cours dans un domaine du droit relativement nouveau, à savoir l'élaboration d'une convention sur les garanties bancaires internationales et sur les cautions bancaires à première demande, et l'élaboration de règles internationales concernant le commerce électronique. Ces activités se rattachaient manifestement aux travaux que la CNUCED réalisait au sein du Groupe de travail spécial sur l'efficacité commerciale, et auraient des incidences notables à l'échelle mondiale. Les questions juridiques liées à l'évolution rapide de la technologie étaient importantes pour tous les pays, et pour le monde du commerce.

"3. Le Gouvernement des Etats-Unis se félicitait donc du présent rapport sur les progrès accomplis par la CNUDCI et louait le travail de la Commission."

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 15 (A/48/15), deuxième partie, section I, B.

C. Assemblée générale : rapport de la Sixième Commission (A/48/613)**I. INTRODUCTION**

1. La question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session" a été inscrite à l'ordre du jour provisoire de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale conformément à la résolution 47/34 de l'Assemblée, en date du 25 novembre 1992.

2. L'Assemblée générale a décidé à sa 3^e séance plénière, le 24 septembre 1993, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire cette question à son ordre du jour et de la renvoyer à la Sixième Commission.

3. Pour l'examen de ce point, la Sixième Commission était saisie des documents suivants :

a) Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session¹;

b) Rapport du Secrétaire général sur la mise en œuvre des paragraphes 12 et 13 de la résolution 47/34 de l'Assemblée générale sur l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux représentants de pays en développement (A/48/296).

4. La Sixième Commission a examiné le point 144 à ses 3^e, 4^e et 33^e séances, les 4 et 5 octobre et 19 novembre 1993. Les vues exprimées par les représentants qui sont intervenus au cours de cet examen sont consignées dans les comptes rendus analytiques consacrés à ces séances (A/C.6/48/SR.3, 4 et 33).

5. A la 3^e séance, le 4 octobre, M. Sani L. Mohammed (Nigéria), Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), à sa vingt-sixième session, a présenté le rapport de la CNUDCI sur les travaux de ladite session. A la 4^e séance, le 5 octobre, le Président de la CNUDCI a prononcé une allocution de clôture.

II. EXAMEN DES PROPOSITIONS**A. Projet de résolution A/C.6/48/L.6**

6. A la 33^e séance, le 19 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session" (A/C.6/48/L.6), parrainé par les pays suivants : *Argentine, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bélarus, Brésil, Bulgarie, Canada, Chypre, Danemark, Fédération de Russie, Finlande, France, Grèce, Italie, Kirghizistan, Maroc, Myanmar, Norvège, Pologne, République tchèque, Singapour, Suède, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela*, auxquels se sont par la suite joints les pays suivants : *Allemagne, Espagne, Hongrie, Kenya et Nigéria*.

7. A la même séance, la Secrétaire de la Commission a fait une déclaration au sujet du paragraphe 5 du projet de résolution (voir A/C.6/48/SR.33).

8. Toujours à la même séance, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/48/L.6 sans le mettre aux voix (voir par. 14, projet de résolution I).

B. Projet de résolution A/C.6/48/L.7

9. A la 33^e séance, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés de biens et de travaux" (A/C.6/48/L.7), parrainé par les pays suivants : *Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Canada, Chypre, Danemark, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Italie, Kirghizistan, Pologne, Thaïlande et Ukraine*, auxquels se sont par la suite joints les pays suivants : *Allemagne, Espagne, Hongrie, Kenya et Nigéria*.

10. A la même séance, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/48/L.7 sans le mettre aux voix (voir par. 14, projet de résolution II).

C. Projet de résolution A/C.6/48/L.8

11. A la 33^e séance, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Convention des Nations Unies de 1978 sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg)" (A/C.6/48/L.8), parrainé par les pays suivants : *Australie, Autriche, Chypre, Kirghizistan, Maroc, Suède et Thaïlande*, auxquels se sont par la suite joints les pays suivants : *Hongrie et Nigéria*.

12. A la même séance, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/48/L.8 sans le mettre aux voix (voir par. 14, projet de résolution III).

13. Après l'adoption des projets de résolution, le représentant du Japon a fait une déclaration expliquant son vote (voir A/C.6/48/SR.33).

III. RECOMMANDATIONS DE LA SIXIÈME COMMISSION

14. La Sixième Commission recommande à l'Assemblée générale d'adopter les projets de résolution ci-après :

[Texte des résolutions non reproduit dans la présente section. Les projets de résolution ont été adoptés, avec des modifications rédactionnelles, par l'Assemblée générale en tant que résolutions 48/32, 48/33 et 48/34 (voir sect. D, E et F ci-après).]

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17).

**D. Résolutions 48/32, 48/33 et 48/34 de l'Assemblée générale,
en date du 9 décembre 1993**

48/32. *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session*

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en lui donnant pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à un large développement du commerce international,

Réaffirmant sa conviction que l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, en réduisant ou en supprimant les obstacles juridiques au courant des échanges internationaux, notamment ceux auxquels se heurtent les pays en développement, contribueraient de façon appréciable à l'établissement d'une coopération économique universelle entre tous les Etats sur la base de l'égalité, de l'équité et de la communauté d'intérêts, ainsi qu'à l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, au bien-être de tous les peuples,

Soulignant qu'il importe que des Etats se trouvant à tous les niveaux de développement économique et appartenant à des systèmes juridiques différents participent à l'harmonisation et à l'unification du droit commercial international,

Ayant examiné le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session¹,

Consciente de la contribution précieuse que fournit la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international,

Ayant également examiné le rapport du Secrétaire général²,

Préoccupée par le fait que le nombre d'experts de pays en développement ayant participé aux sessions de la Commission, et en particulier de ses groupes de travail, au cours des dernières années, a continué d'être relativement faible, ce qui est dû en parti au manque de ressources pour financer le voyage de tels experts,

1. *Prend acte avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session¹;

2. *Se félicite* des travaux en cours de la Commission et de l'intérêt que présentent les nombreuses propositions relatives à des travaux futurs à envisager, qui ont été présentées au cours du Congrès sur le droit commercial international de la Commission des Nations Unies pour le

droit commercial international, tenu à New York du 18 au 22 mai 1992, et, à cet égard :

a) Se félicite de la décision prise par la Commission de demander à son secrétariat de commencer à élaborer des directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales;

b) Se félicite également de la décision prise par la Commission de continuer à examiner les autres propositions présentées pendant le Congrès au titre de son futur programme de travail;

3. *Réaffirme* que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine afin d'éviter un gaspillage d'efforts et de favoriser l'efficacité, la cohésion et la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international et, à cet égard, recommande que la Commission continue, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organismes intergouvernementaux et non gouvernementaux, y compris les organismes régionaux, qui s'occupent de droit commercial international;

4. *Réaffirme également* l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'œuvre que la Commission accomplit en matière de formation et d'assistance dans le domaine du droit commercial international, réaffirme qu'il est souhaitable que la Commission parraine des séminaires et des colloques afin de promouvoir cette formation et cette assistance et, à cet égard :

a) Remercie la Commission d'avoir organisé des séminaires à Bangkok, Jakarta, Lahore (Pakistan), Colombo, Dhaka, Kiev, Varsovie et Rogaska Slatina (Slovénie) et d'avoir aidé le Conseil de coopération économique du Pacifique pour un programme d'action sur l'harmonisation du droit commercial international dans la région de l'Asie et du Pacifique, ainsi que les gouvernements dont les contributions ont permis d'organiser ces séminaires;

b) Invite instamment les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et, le cas échéant, pour financer des projets spéciaux et aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission à financer et organiser des séminaires et des colloques, en particulier dans des pays en développement, ainsi que pour accorder des bourses à des candidats de pays en développement de façon à leur permettre de participer à ces séminaires et colloques;

c) Lance un appel au Programme des Nations Unies pour le développement et à d'autres organismes des Nations Unies responsables de l'aide au développement pour qu'ils appuient le Programme de formation et d'assistance technique de la Commission, coopèrent avec celle-ci et coordonnent leurs activités avec les siennes;

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17).

²A/48/296.

5. *Prie* le Secrétaire général, pour assurer la pleine participation de tous les Etats Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de créer un fonds d'affectation spéciale distinct pour permettre à la Commission d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

6. *Décide*, afin d'assurer la pleine participation de tous les Etats Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de continuer à envisager, dans le cadre de la grande commission compétente au cours de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale, d'octroyer une aide au titre des frais de voyage, dans les limites des ressources existantes, aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

7. *Remercie* la Commission d'avoir organisé à Vienne, du 12 au 16 juillet 1993, lors de sa vingt-sixième session, le cinquième Colloque sur le droit commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international;

8. *Souligne* qu'il importe, pour l'unification et l'harmonisation mondiales du droit commercial international, de donner effet aux conventions issues des travaux de la Commission et, à cette fin, invite les Etats qui ne l'ont pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer;

9. *Prie* le Secrétaire général de lui présenter à sa quarante-neuvième session un rapport sur l'application des paragraphes 5 et 6 ci-dessus.

73^e séance plénière
9 décembre 1993

48/33. *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés de biens et de travaux*

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en lui donnant pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à un large développement du commerce international,

Notant que la passation des marchés constitue une fraction importante des dépenses publiques de la plupart des Etats,

Notant également qu'une loi type sur la passation des marchés établissant des procédures destinées à encourager l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence dans le processus de passation des marchés, favorisera également

l'économie, l'efficacité et la concurrence dans la passation des marchés et accélérera ainsi le développement économique,

Considérant que l'établissement d'une loi type sur la passation des marchés susceptible d'emporter l'adhésion d'Etats ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents devrait contribuer au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

Convaincue que la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés de biens et de travaux¹ aidera sensiblement tous les Etats, y compris les pays en développement et les Etats dont l'économie est en transition, à améliorer leurs lois en vigueur en matière de passation des marchés et à formuler de telles lois lorsqu'il n'en existe pas,

1. *Prend note avec satisfaction* de l'achèvement et de l'adoption par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux et du Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne²;

2. *Recommande* aux Etats, vu qu'il est souhaitable d'améliorer et d'uniformiser les lois sur la passation des marchés, de s'inspirer de préférence de la Loi type lorsqu'ils promulguent ou réviseront leur législation en la matière;

3. *Recommande également* que tous les efforts soient faits afin que la Loi type ainsi que le Guide soient largement diffusés et accessibles à tous.

73^e séance plénière
9 décembre 1993

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), chapitre II.

²Ibid., par. 218 à 258.

48/34. *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)*

L'Assemblée générale,

Réaffirmant sa conviction que l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, en réduisant ou en supprimant les obstacles juridiques au courant des échanges internationaux, contribueraient de façon appréciable à l'établissement d'une coopération économique universelle entre tous les Etats, sur la base de l'égalité, de l'équité et de la communauté d'intérêts, ainsi qu'à l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, au bien-être de tous les peuples,

Rappelant l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 1992, de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)¹,

¹Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.80.VIII.1), document A/CONF.89/13, annexe I.

1. *Invite* tous les Etats à envisager de devenir parties à la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg);

2. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire tous ses efforts pour encourager les Etats à adhérer en plus grand nombre à la Convention.

*73^e séance plénière
9 décembre 1993*

I. PASSATION DES MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa quinzième session

(New York, 22 juin-2 juillet 1992) (A/CN.9/371)

[Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-13
DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	14-255
I. EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES 1 ^{er} A 41 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS (A/CN.9/WG.V/WP.36)	14-251
Remarques générales	14
Préambule	15-16
Article 1 ^{er} . Champ d'application	17-21
Article 2. Définitions	22-32
Article 3 bis. Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent Etat)]	33-36
Article 4. Réglementation des marchés	37-38
Article 5. Publicité de la Loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés	39-40
Article 7. Méthodes de passation des marchés	41-53
Article 8. Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs	54-62
Article 8 bis. Procédure de présélection	63-68
Article 8 ter. Participation des entrepreneurs et fournisseurs	69-81
Article 9 bis. Forme des communications	82-90
Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs	91
Article 10 ter. Procès-verbal de la procédure de passation de marchés ...	92-98
Article 10 quater. Incitations proposées par les entrepreneurs et fournisseurs .	99-100
Article 12. Sollicitation des offres et des demandes de présélection ..	101-106
Article 14. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	107-109
Article 17. Dossier de sollicitation	110
Article 19. Prix facturé pour le dossier de sollicitation	111
Article 20. Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation	112-115
Article 22. Clarification et modification du dossier de sollicitation ...	116-118
Article 23. Langue des offres	119
Article 24. Soumission des offres	120-130
Article 25. Période de validité des offres; modification et retrait des offres	131
Article 26. Garanties de soumission	132-139

Article 27.	Ouverture des offres	140
Article 28.	Examen, évaluation et comparaison des offres	141-155
Article 29.	Rejet de toutes les offres	156
Article 30.	Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs ...	157
Article 32.	Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	158-164
Nouvel article 33 bis.	Conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes	165-169
Article 33 bis.	Modalités d'application de la procédure d'appel d'offres en deux étapes	170
Article 33 ter.	Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions	171-172
Article 33 quater.	Modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions	173-179
Nouvel article 34.	Conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence	180-185
Article 34.	Modalités d'application de la négociation avec appel à la concurrence	186-188
Nouvel article 34 bis.	Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	189
Article 34 bis.	Modalités d'application de la procédure de sollicitation de prix	190
Article 35.	Procédure de sollicitation d'une source unique	191-196
Article 36.	Droit de recours	197-206
Article 37.	Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle	207-218
Article 38.	Recours administratif	219-227
Article 39.	Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 37 [et de l'article 38]	228-234
Article 40.	Recours judiciaire	235-239
Article 41.	Suspension de la procédure de passation du marché ..	240-251
II. RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION		252
III. TRAVAUX FUTURS		253-255
		<i>Page</i>
<i>Annexe.</i> Projet de loi type sur la passation des marchés adopté par le Groupe de travail		72

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission du droit commercial international (CNUDCI) a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de travail du nouvel ordre économique international¹. A sa dixième session, tenue du 17 au 25 octobre 1988, le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ce sujet par l'examen d'une étude de la passation des marchés, établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.22). Il a prié le Secrétariat d'établir un premier projet de loi type sur la passation des marchés, accompagné d'un commentaire, compte tenu de ses délibérations et décisions (A/CN.9/315, par. 125).

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17 (A/41/17), par. 243.

2. A sa onzième session (5-16 février 1990), le Groupe de travail a examiné un projet de loi type sur la passation des marchés et un commentaire établi par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.24 et A/CN.9/WG.V/WP.25). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de modifier le texte proposé pour la Loi type à la lumière des délibérations et décisions de cette session et a convenu que le commentaire ne serait pas modifié avant que le texte de la Loi type n'ait été définitivement arrêté. En outre, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir pour la douzième session un projet de texte pour les dispositions concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (A/CN.9/331, par. 222).

3. A sa douzième session (8-19 octobre 1990), le Groupe de travail était saisi du deuxième projet de texte de la Loi type (A/CN.9/WG.V/WP.28) ainsi que d'un projet de texte

pour les dispositions concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (projets d'articles 36 à 42, figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.27). A cette session, le Groupe de travail a examiné le deuxième projet de texte des articles 1 à 27 et a demandé au Secrétariat de les remanier compte tenu de ses délibérations et décisions à cette même session (A/CN.9/343, par. 229). Lors de l'adoption du rapport sur les travaux de la douzième session, le Secrétariat a, en outre, été prié d'établir un rapport pour la treizième session sur les conditions et procédures régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence.

4. A sa treizième session (15-26 juillet 1991), le Groupe de travail était saisi du second projet de texte des articles 28 à 35 (figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30), d'un projet de texte remanié, compte tenu de délibérations et décisions à la douzième session, des articles 1 à 27 (figurant également dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30), d'un projet de texte des articles sur les procédures de recours (art. 36 à 42, document A/CN.9/WG.V/WP.27), ainsi que d'une note du Secrétariat sur la négociation avec appel à la concurrence (A/CN.9/WG.V/WP.31). A cette session, le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 28 à 42 et a prié le Secrétariat de les réviser à la lumière des délibérations et décisions de cette même session (A/CN.9/356, par. 196).

5. A la quatorzième session, le Groupe de travail a examiné les articles 1 à 27 tels qu'ils avaient été modifiés à la suite de la douzième session (A/CN.9/WG.V/WP.30), ainsi que les articles 28 à 41 (l'article 42 ayant été supprimé à la treizième session), révisés pour tenir compte des décisions prises à la treizième session (A/CN.9/WG.V/WP.33). Le Groupe de travail a également examiné l'annexe du document A/CN.9/WG.V/WP.33, qui contenait plusieurs dispositions nouvelles ajoutées soit pour donner suite aux décisions prises à la treizième session, soit à l'initiative du Secrétariat, ainsi qu'un nombre de modifications apportées à la première partie de la Loi type (art. 1 à 27), découlant des décisions prises par le Groupe de travail à la douzième session au sujet des articles 28 à 42. Le Groupe de travail était également saisi d'une note sur la suspension de la procédure de passation de marchés, qu'il avait demandée à la treizième session (A/CN.9/WG.V/WP.34). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser les projets d'article de la Loi type pour tenir compte de ses délibérations et décisions à la quatorzième session (A/CN.9/359, par. 247). Le Groupe de travail a également décidé que priorité irait à l'élaboration d'un commentaire servant de guide aux législateurs qui envisagent d'adopter la Loi type, sans écarter la possibilité qu'à un stade ultérieur la décision serait prise d'établir des commentaires ayant d'autres fonctions. Il a également été décidé que l'achèvement de l'examen de la Loi type par le Groupe de travail ne devait pas être retardé par l'élaboration par le Secrétariat d'un projet de commentaire (A/CN.9/359, par. 249).

6. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa quinzième session à New York, du 22 juin au 2 juillet 1992. Les Etats membres ci-après du Groupe de travail étaient représentés à la session : Allemagne, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'),

Japon, Kenya, Nigéria, Ouganda, Pologne, République-Unie de Tanzanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Thaïlande, Togo et Uruguay.

7. Les Etats ci-après étaient représentés à la session en qualité d'observateurs : Brésil, Colombie, Côte d'Ivoire, Iles Marshall, Indonésie, Iraq, Malte, Myanmar, Pakistan, Philippines, Roumanie, Suisse et Viet Nam.

8. Les organisations internationales ci-après étaient représentées par des observateurs :

a) Organismes des Nations Unies : Banque mondiale;

b) Organisations intergouvernementales : Communautés européennes, Agence spatiale européenne, Banque interaméricaine de développement;

c) Organisations non gouvernementales internationales : Association internationale du barreau.

9. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. Robert Hunja (Kenya)

Rapporteur : M. Hossein Ghazizadeh (République islamique d'Iran).

10. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants :

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.35);

b) Passation des marchés : projet d'articles 1 à 41 de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.36).

11. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après :

1. Election du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Passation des marchés.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

12. Les délibérations et décisions du Groupe de travail relatives à l'examen des projets d'articles 1 à 41 de la Loi type sur la passation des marchés font l'objet du chapitre I du présent rapport.

13. Le Groupe de travail a créé un groupe de rédaction auquel il a renvoyé les projets d'article de la Loi type après en avoir approuvé la substance. Le Groupe de travail a examiné le rapport du Groupe de rédaction et adopté le projet de Loi type sur la passation des marchés dont le texte est joint en annexe.

DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

I. Examen des projets d'articles 1^{er} à 41 de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.36)

Remarques générales

14. Avant d'entamer son examen, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait exprimé l'intention à sa quatorzième

session de terminer d'établir la Loi type à la quinzième session, pour la présenter à la Commission à sa vingt-sixième session.

Préambule

15. Le Groupe de travail a réaffirmé, comme il l'avait dit à sa quatorzième session, que la Loi type devrait comporter un préambule, car un tel énoncé d'ensemble des objectifs de la loi serait utile pour l'application et l'interprétation de la Loi type. Pour ce qui est du libellé du préambule, selon un avis, les paragraphes *d*, *e* et *f* du projet actuel de préambule se chevauchaient et étaient vagues et il convenait donc de les fusionner ou peut-être même de les supprimer. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, ces paragraphes avaient leur utilité, car ils précisaient les différents objectifs de la Loi type et les différentes catégories de règles de procédure et de bénéficiaires visés dans la Loi type. On a également fait observer que là où les termes utilisés dans le préambule manquaient de clarté, le commentaire pourrait contribuer à les expliquer. Après délibération, le Groupe de travail a approuvé la substance du préambule et a prié le Groupe de rédaction d'en améliorer, le cas échéant, la formulation.

16. Le Groupe de travail a ensuite examiné s'il était souhaitable d'inclure dans la Loi type des notes destinées à donner des conseils pour certaines dispositions aux organes législatifs adoptant la Loi type. Il était saisi à cet égard d'une proposition visant à indiquer dans une note accompagnant le préambule que certains Etats souhaiteraient peut-être incorporer la teneur du préambule dans une disposition de fond. L'ensemble des membres a estimé que les dispositions de la Loi type devaient se suffire à elles-mêmes et que les conseils aux organes législatifs ne devaient trouver place que dans le commentaire, plutôt que de figurer également dans des notes.

Article premier

Champ d'application

17. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article premier figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.36.

18. Selon certains avis, l'alinéa *c* du paragraphe 2 risquait, en autorisant un Etat à exclure certains types de marché du champ d'application de la Loi type au moyen de la réglementation des marchés, de donner lieu à des exclusions abusives. Il a cependant été convenu dans l'ensemble qu'une telle option devait être offerte aux Etats adoptant la Loi type. On a noté en outre que l'obligation de publier la réglementation des marchés introduisait une certaine transparence. L'idée a été également avancée que le commentaire pourrait inviter à faire preuve de circonspection dans le recours à la réglementation des marchés pour exclure des marchés du champ d'application de la Loi type.

19. Le Groupe de travail a approuvé l'approche adoptée dans le paragraphe 2, qui permet d'exclure certains secteurs, tout en donnant la faculté à l'entité adjudicatrice

d'appliquer la Loi type dans ces secteurs au cas par cas. Le Groupe de rédaction a cependant été invité à revoir le paragraphe 2 de manière à en rendre le sens plus clair. On a suggéré, par exemple, de déplacer la dernière phrase du paragraphe 2 et de l'insérer dans le chapeau ou d'ajouter un nouveau paragraphe concernant l'application au cas par cas de la Loi type dans les secteurs exclus de son champ d'application.

20. Le Groupe de travail a convenu de faire suivre le mot "déclare", dans la dernière phrase du paragraphe 2, du mot "expressément", pour que le sens de la déclaration apparaisse clairement aux intéressés et que celle-ci figure dans l'instrument utilisé pour les demandes de participation à la procédure de passation des marchés.

21. Sous réserve de la modification rapportée plus haut, le Groupe de travail a jugé l'article premier dans l'ensemble acceptable.

Article 2

Définitions

22. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.36.

23. Il a été proposé, pour rendre la référence plus aisée, d'énumérer les définitions dans l'ordre alphabétique correspondant à chacune des langues de la Loi type. A l'opposé, il a été proposé, compte tenu du nombre relativement peu élevé de définitions, de s'en tenir, comme dans les autres textes de la Commission, à l'énumération par ordre d'importance utilisée ici.

"Passation d'un marché" (nouvel al. a)

24. Comme cela avait été le cas à la quatorzième session, on s'est interrogé sur la façon dont la définition traitait les services connexes. En particulier, selon un avis, on pouvait douter de l'utilité de la formule mathématique utilisée pour définir les services connexes (il s'agit du membre de phrase "si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens ou des travaux eux-mêmes"). On a noté qu'une telle formulation suscitait des difficultés, notamment en raison du fait que les travaux comportaient une part importante de services. Dans le même ordre d'idées, on a estimé que la solution retenue à la quatorzième session, qui consistait à faire dans le commentaire une analyse de la détermination du caractère connexe ou non des services, n'était peut-être pas satisfaisante et que la Loi type devrait se suffire à elle-même sur ce point. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu à nouveau, il fallait conserver la formule mathématique. On a noté que le libellé en question était conforme à la décision prise antérieurement par le Groupe de travail selon laquelle, dans la phase où en était le projet tout au moins, la Loi type ne devrait pas traiter de la passation des marchés portant sur des services, et qu'il avait l'avantage de correspondre à la formulation utilisée dans l'Accord du GATT relatif aux marchés publics.

25. Après délibération, le Groupe de travail a estimé que la définition de la "passation d'un marché" était dans

l'ensemble acceptable. Le Groupe de rédaction a cependant été invité à veiller à la parfaite concordance de toutes les versions linguistiques de la Loi type en ce qui concerne les différents moyens d'acquisition énumérés dans la définition.

"Entité adjudicatrice" (al. a)

26. Le Groupe de travail a jugé que la définition de l'"entité adjudicatrice" était dans l'ensemble acceptable. Une proposition a été présentée, tendant à ce que tant l'option I que l'option II soient applicables aux organes locaux autonomes. L'opinion générale a été cependant que la structure actuelle était satisfaisante puisque, selon l'interprétation du Groupe de travail, l'option I devait viser les organes autonomes, alors que l'option II ne leur était pas destinée.

"Biens" (al. b)

27. On a émis des doutes quant à l'utilité de la référence à des "systèmes" qui avait été ajoutée conformément à une décision prise à la quatorzième session. Tout en reconnaissant que la référence à des "systèmes" devait permettre de tenir compte du fait que les biens étaient souvent acquis en tant qu'éléments faisant partie d'un ensemble ou système, on a généralement estimé qu'il était suffisamment tenu compte de ce fait sans qu'il soit nécessaire d'ajouter le mot "systèmes". On a également noté que le mot risquait d'introduire un élément d'incertitude, notamment en ce qui concerne la passation des marchés portant sur des logiciels. On a jugé à cet égard que, si l'on retenait le mot "systèmes", il faudrait peut-être introduire une distinction selon que le marché concernait des logiciels tout faits ou des logiciels répondant aux spécifications fournies par l'entité adjudicatrice, et que, dans ce dernier cas, on se trouverait probablement dans le domaine des services. On a également fait observer que le débat faisait ressortir qu'il serait probablement nécessaire en définitive de prévoir des dispositions s'appliquant à la passation des marchés de services. Après délibération, le Groupe de travail a convenu de supprimer la référence à des "systèmes".

"Travaux" (al. c)

28. Le Groupe de travail a jugé que la définition des "travaux" était dans l'ensemble acceptable.

"Monnaie" (al. g)

29. Le Groupe de travail a accepté la proposition visant à remplacer les mots "unités de compte" par les mots "unités de compte monétaires".

"Entrepreneur ou fournisseur" (al. i bis)

30. On s'est demandé si la référence dans la définition à "toute ... partie potentielle, selon le contexte ..." n'était pas indûment large, eu égard notamment au droit de recours prévu à l'article 36. On a estimé qu'il faudrait peut-être limiter la définition pour éviter qu'elle ne soit interprétée erronément comme englobant, par exemple, les sous-traitants d'entrepreneurs ou de fournisseurs potentiels. Les solutions de remplacement consistant à écarter de la définition toute mention d'entrepreneurs et fournisseurs poten-

tiels ou à y introduire l'exigence d'un lien étroit avec la procédure de passation des marchés n'ont pas été jugées pratiques, en particulier eu égard au fait qu'il y aurait des cas, y compris dans le contexte du droit de recours, où la Loi type entendrait se référer à des catégories très larges d'entrepreneurs et de fournisseurs (par exemple tous les entrepreneurs ou fournisseurs potentiels produisant un type donné de biens). Compte tenu de ces considérations, le Groupe de travail s'est prononcé en faveur de l'approche large retenue dans la définition générale, tout en réservant la possibilité de prévoir des dispositions de fond visant à limiter avec précision l'emploi du mot, de manière à exclure dans un contexte donné les entrepreneurs et fournisseurs ne présentant pas un lien suffisamment étroit.

31. Le Groupe de travail a prié le Groupe de rédaction de remplacer dans tout le texte de la Loi type les mots "entrepreneur et fournisseur" et les mots "entrepreneur ou fournisseur" par le seul mot "fournisseur", ce qui pouvait se faire en précisant dans la définition que le mot "fournisseur" englobait le mot "entrepreneur". Pareille précision serait nécessaire, en particulier pour tenir compte du fait que ces deux mots ont traditionnellement un sens distinct dans certains systèmes juridiques.

Définitions additionnelles

32. Le Groupe de travail a adopté une proposition visant à ajouter une définition, celle du "marché" entendu comme "un contrat conclu entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur sur la base de la procédure de passation des marchés". Il a également accepté une proposition visant à déplacer la définition de la "garantie de soumission" de l'article 26 pour la réintégrer dans le paragraphe *f*, compte tenu en particulier du fait que cette expression apparaissait à plusieurs reprises dans le texte avant l'article 26. Le Groupe de travail a examiné, sans toutefois la retenir, une proposition tendant à rétablir les définitions correspondant aux différentes méthodes de passation des marchés. Il a estimé dans l'ensemble que de telles définitions risquaient, au cas où elles comporteraient des éléments de fond, d'entrer en conflit avec d'autres dispositions de fond de la Loi type. Si ces définitions ne devaient être que des références détaillées aux dispositions de fond, comme cela était le cas des définitions que le Groupe de travail avait convenu précédemment de supprimer, elles n'auraient guère d'utilité et aboutiraient donc à alourdir indûment la Loi type. Par ailleurs, on a noté que le sens de certaines expressions comme "procédure de négociation avec appel à la concurrence" pourrait ne pas apparaître tout de suite et qu'il conviendrait peut-être de fournir des descriptions dans le commentaire ou dans un memorandum d'accompagnement, voire dans les paragraphes introduisant les dispositions de fond.

Article 3 bis

Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent Etat)]

33. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 3 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/ WP.36.

34. Le Groupe de travail a confirmé sa décision prise à sa quatorzième session (énoncée à l'alinéa c) de faire prévaloir sur la Loi type les accords intergouvernementaux concernant la passation des marchés, conclus à l'intérieur d'un Etat fédéral. On a fait valoir qu'il devait ressortir clairement du libellé de cet alinéa que celui-ci ne visait pas le cas où l'application de la Loi type allait à l'encontre du droit constitutionnel, notamment le cas d'un Etat fédéral dans lequel le gouvernement national n'est pas habilité à légiférer pour ses subdivisions dans les domaines régis par la Loi type.

35. Il a été convenu que la portée de l'alinéa c devait être étendue et couvrir non seulement les accords conclus entre le gouvernement de l'Etat fédéral et une subdivision, mais aussi les accords conclus entre des subdivisions. Cet élargissement pourrait particulièrement s'appliquer au cas où la Loi type a été adoptée par une subdivision d'un Etat fédéral. En conséquence, il a été proposé pour l'alinéa c le nouveau libellé suivant, qui a été communiqué au Groupe de rédaction :

"c) Tout accord entre un gouvernement de [nom de l'Etat fédéral] et un autre gouvernement de [Etat fédéral]."

36. Sous réserve des modifications ci-dessus, le Groupe de travail a trouvé l'article 3 *bis* acceptable dans son ensemble.

Article 4

Réglementation des marchés

37. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 4 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et l'a jugée acceptable dans son ensemble.

38. Lors de l'examen de l'article 4, il a été signalé que, selon toute vraisemblance, il y aurait des cas où la Loi type serait adoptée, tout au moins dans un premier temps, sans être accompagnée de réglementations des marchés et que par conséquent la Loi type devrait prévoir un ensemble de règles autonomes. Il a été en outre signalé qu'il faudrait garder présente à l'esprit l'éventualité de ces cas, notamment lorsque la Loi type considérerait la réglementation des marchés comme une base juridique habilitant les entités adjudicatrices à passer les marchés.

Article 5

Publicité de la Loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés

39. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

40. Le Groupe de travail a convenu d'élargir la portée de l'article 5, de façon à obliger l'entité adjudicatrice à gérer systématiquement les différents textes objets de l'article, et

à les porter promptement à la connaissance du public. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a jugé l'article 5 acceptable dans son ensemble.

Article 7

Méthodes de passation des marchés

41. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 7 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

42. Le Groupe de travail a souscrit en général à l'idée directrice du paragraphe 1, à savoir, que la procédure normalement utilisée devait être la procédure de l'appel d'offres. Il a aussi convenu de supprimer le mot "exclusivement" considéré comme superflu. Il a été proposé de remplacer les mots "procédure de l'appel d'offres" par les mots "appel d'offres public", pour mettre davantage en relief le caractère ouvert et concurrentiel de la procédure. Mais cette proposition n'a pas reçu d'appui : on a fait valoir, notamment, que le nouveau terme proposé créerait une certaine confusion dans le contexte de l'appel d'offres limité utilisé en application de l'article 12-2 a.

Nouveaux paragraphes 2 et 3

43. Comme lors des sessions précédentes, des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir s'il convenait d'incorporer dans la Loi type toutes les méthodes de passation des marchés, une attention considérable à ce sujet étant portée aux questions de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence. Selon un avis, il suffisait d'inclure la méthode de l'appel d'offres en deux étapes, en mentionnant éventuellement les deux autres méthodes dans le commentaire. Selon un autre avis, analogue au premier, il ne fallait retenir qu'une méthode, mais c'était celle de la sollicitation de propositions. Ces deux positions étaient motivées, notamment, par le souci de ne pas recommander que figure dans la Loi type le recours à la négociation avec appel à la concurrence, considéré comme la méthode de passation des marchés soumise à la discipline la moins astreignante, et ayant donc, de ce fait, le plus de chances de donner lieu à des irrégularités.

44. Selon l'avis qui a prévalu, comme cela avait été le cas précédemment, la Loi type devait comprendre le plus grand nombre de méthodes possible et puisque, en pratique, chacune des trois méthodes en question était utilisée, elles devaient toutes figurer dans la Loi type. A l'appui de l'incorporation dans la Loi type de la négociation avec appel à la concurrence, il a été indiqué que cette méthode était utilisée par certains Etats et était appropriée dans certaines circonstances. Convenablement utilisée, elle pouvait permettre de réaliser des économies et favoriser l'efficacité des méthodes de passation des marchés. Il a également été avancé que l'inclusion de cette méthode favoriserait la concurrence puisque, en l'absence d'une telle option, les entités adjudicatrices auraient recours à des méthodes moins concurrentielles, notamment la sollicitation d'une source unique.

45. Selon un avis, il fallait mettre davantage en relief la procédure d'appel d'offres restreinte autorisée en vertu de l'article 12-2 *a*, en la faisant figurer dans le nouveau paragraphe 2 comme l'une des méthodes autres que la méthode d'appel d'offres. Le Groupe de travail a décidé de traiter de manière plus approfondie la question de l'appel d'offres restreinte lorsqu'il examinerait l'article 12.

46. Il a été noté qu'un certain nombre de questions avaient été laissées en suspens du fait de la décision du Groupe de travail, à sa quatorzième session, de ne pas recommander que les Etats adoptant la Loi type incorporent nécessairement chacune des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres qui sont énoncées au paragraphe 2, bien que cette possibilité ne soit pas exclue. Cette décision tenait notamment au fait qu'il y avait, dans une certaine mesure, chevauchement entre les conditions de recours à l'appel d'offres en deux étapes, à la sollicitation de propositions et à la négociation avec appel à la concurrence, en ce sens qu'au moins une des conditions de recours à chacune de ces méthodes était que l'entité adjudicatrice n'était pas à même d'énoncer des spécifications suffisamment claires pour engager une procédure d'appel d'offres. Les questions que cette décision laissait en suspens portaient notamment sur les points suivants : Comment faudrait-il traiter les différences des conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence, étant donné la décision de considérer ces méthodes comme interchangeables? Etaient-il nécessaire de conserver l'ordre de préférence donné au nouveau paragraphe 3 lorsque les circonstances propres à un marché particulier permettaient le recours à plus d'une des méthodes énumérées au nouveau paragraphe 2; et comment faudrait-il traiter la question du chevauchement entre la négociation avec appel à la concurrence et la procédure de sollicitation d'une source unique pour les contrats à des fins de recherche et les marchés intéressant la sécurité nationale?

47. En ce qui concerne les conditions d'utilisation des trois méthodes de passation des marchés en question, le Groupe de travail a noté que les conditions d'utilisation de la méthode de négociation avec appel à la concurrence permettaient de traiter de deux situations non prévues par les autres méthodes de passation des marchés, à savoir les cas d'urgence non liés à des événements extraordinaires (al. *b* du nouvel article 34) et les cas où la procédure d'appels d'offres échoue (al. *e* du nouvel article 34). De ce fait, un Etat adoptant la Loi type qui n'incorporerait pas la négociation avec appel à la concurrence ne disposerait pas de méthodes de passation des marchés adaptées à ces deux situations. Afin d'éliminer cette lacune, le Groupe de travail a décidé que les conditions d'utilisation des trois méthodes de passation des marchés seraient considérées comme des options égales non seulement dans les cas où les spécifications étaient incomplètes, mais aussi dans les cas mentionnés aux alinéas *b* et *e* du nouvel article 34. Il a également décidé d'examiner plus avant les cas d'urgence lorsqu'il aborderait les articles traitant des méthodes en question.

48. Durant l'examen du nouveau paragraphe 2, le Groupe de travail a décidé qu'il serait préférable de regrouper dans

l'article 7 les conditions régissant l'utilisation de chacune des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres. Ces conditions étaient jusqu'alors énumérées dans les articles régissant respectivement l'utilisation de ces méthodes. On a estimé qu'une telle structure serait plus claire et qu'elle répondrait, dans une certaine mesure, aux préoccupations qui avaient motivé une proposition tendant à incorporer des définitions des méthodes de passation des marchés — proposition qui n'avait pas reçu un appui suffisant.

49. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question de savoir si la Loi type devait recommander aux Etats adoptant ladite loi d'incorporer l'une quelconque, l'une seulement, ou l'une ou plusieurs des trois méthodes (appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions et négociation avec appel à la concurrence), ou s'il n'y avait pas lieu d'indiquer si l'une seulement, ou plus d'une de ces méthodes, devaient être incorporées. Sur cette question, le Groupe de travail a conclu que la Loi type devrait recommander l'adoption de l'une au moins des trois méthodes; sinon l'on pourrait déduire que dans les cas où l'appel d'offres n'est pas approprié, il faudra généralement recourir à la méthode de la sollicitation d'une source unique. Le Groupe de travail a estimé que, outre la recommandation d'incorporer au moins une méthode, il serait préférable de ne pas s'efforcer de limiter les choix offerts à l'Etat qui adopte la Loi type. Il a été reconnu que ledit Etat pourrait légitimement trouver avantage à incorporer plus qu'une des trois méthodes de manière à permettre aux entités adjudicatrices de disposer d'une plus grande latitude lors du choix de la méthode la plus appropriée aux circonstances de chaque cas particulier.

50. Le Groupe de travail a conclu que, compte tenu de l'évolution de l'article 7, l'ordre de préférence énoncé au nouveau paragraphe 3 n'avait plus d'utilité et devait donc être supprimé. Il a été estimé que l'ordre de préférence, qui visait le problème du chevauchement entre les versions antérieures des conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence, n'avait plus de rôle à jouer étant donné l'assimilation des conditions d'utilisation de ces trois méthodes. La décision de supprimer l'ordre de préférence était également motivée par l'opinion largement partagée que les objectifs de la Loi type seraient mieux servis si on laissait à l'entité adjudicatrice une certaine latitude en ce qui concerne le choix de la méthode la plus appropriée à un cas particulier sur la base des principes énoncés dans le préambule.

51. On a souligné qu'un problème de chevauchement subsistait entre, d'une part, la méthode de la négociation avec appel à la concurrence (et aussi, désormais, l'appel d'offre en deux étapes et la sollicitation de propositions), et, d'autre part, la sollicitation d'une source unique, en ce qui concerne les contrats de recherche. Il a été suggéré que ce problème de chevauchement et peut-être un problème analogue dans le cas des marchés touchant la défense nationale ou la sécurité nationale pourraient être résolus en limitant le recours à la méthode de la sollicitation d'une source unique aux cas où il n'y aurait qu'un seul entrepreneur ou fournisseur possible. En ce qui concerne les contrats de recherche, la question a été posée de savoir si ces contrats,

considérés comme contrats de service, tombaient réellement dans le champ d'application de la Loi type. En réponse, on a fait valoir que les contrats de recherche pris en considération dans la Loi type portaient sur l'achat d'un prototype et pouvaient donc à juste titre être considérés comme ayant pour objet la passation de marchés pour l'achat de biens.

Paragraphe 5

52. Il a été suggéré que l'obligation de présenter un compte rendu énoncée dans le paragraphe 5 pourrait être utilement renforcée en exigeant de l'entité adjudicatrice devant choisir entre deux ou plusieurs des méthodes de passation des marchés (appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions et négociation avec appel à la concurrence) qu'elle expose les motifs et circonstances sur lesquels elle se fonde pour justifier le recours à l'une plutôt qu'à l'autre des méthodes ou aux deux. Une telle formulation, a-t-il été déclaré, servirait l'objectif de la transparence. Tout en accueillant favorablement une telle idée, le Groupe de travail a généralement été d'avis que la formulation actuelle pouvait probablement permettre une telle interprétation et que, de toutes façons, une bonne pratique administrative et réglementaire la rendrait nécessaire. Le Groupe de travail a prié le Groupe de rédaction d'examiner plus avant si le libellé actuel du paragraphe couvrirait convenablement la question. Une proposition tendant à supprimer les mots "motifs et", qui avaient été ajoutés pour aligner le texte sur les dispositions analogues de la Loi type, n'a pas reçu d'appui.

53. Le Groupe de travail a jugé l'article 7 acceptable dans l'ensemble, sous réserve des modifications susmentionnées.

Article 8

Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs

54. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 8 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/ WP.36.

Paragraphe nouveau 1

55. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe nouveau 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 1

56. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il convenait de conserver l'alinéa *a ii* suivant lequel l'entité adjudicatrice était habilitée à exiger des entrepreneurs et des fournisseurs qu'ils donnent la preuve qu'ils n'étaient pas insolubles. En effet, il était apparemment possible d'interpréter l'alinéa nouveau *a i*, qui autorisait d'une façon générale l'entité adjudicatrice à exiger des entrepreneurs et fournisseurs qu'ils soumettent les pièces lui permettant de s'assurer que lesdits entrepreneurs et fournisseurs avaient des ressources financières suffisantes, comme faisant double emploi avec l'alinéa *a ii*. Selon l'avis qui a prévalu, l'alinéa *a ii* et l'alinéa nouveau *a i* devraient être conservés car ils traitaient d'aspects différents de la question des qualifications des entrepreneurs et

fournisseurs. Il a été noté, par exemple, qu'un entrepreneur ou fournisseur pourrait très bien posséder les compétences techniques et les ressources financières requises à l'alinéa nouveau *a i* sans toutefois satisfaire aux conditions de l'alinéa *a ii* parce que leurs activités commerciales seraient suspendues ou feraient l'objet d'une procédure judiciaire.

Paragraphe 2

57. Il a été proposé de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2, selon laquelle l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure concernant les qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs, autres que ceux prévus au paragraphe 1 *a*. A l'appui de cette proposition, il a été déclaré qu'une entité adjudicatrice devrait avoir toute latitude pour imposer les critères supplémentaires qu'elle jugerait nécessaires. Toutefois, cette proposition n'a pas été appuyée. On s'est généralement accordé à reconnaître que la qualification des entrepreneurs et fournisseurs devrait être fondée sur des critères clairement définis dans la Loi type et énoncés dans la documentation de présélection, et qu'à fixer des critères supplémentaires, on risquait d'écarter abusivement certains entrepreneurs et fournisseurs.

Paragraphes 2 bis, 2 ter et 2 quater

58. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 2 *bis*, 2 *ter* et 2 *quater* acceptables dans l'ensemble.

Paragraphe 3

59. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question du délai dans lequel les entrepreneurs et fournisseurs devraient présenter la preuve qu'ils sont qualifiés. On a évoqué la possibilité de repousser la date jusqu'au moment de l'attribution du marché, mais on a préféré d'une façon générale l'approche faisant l'objet du paragraphe 3, qui fixe la date limite au commencement de l'examen des offres ou propositions. Selon un avis, toutefois, la formulation en question était peut-être vague et risquait d'être source de litiges. Au vu de ce qui précède, le Groupe de travail a décidé que la date limite serait la date fixée pour la présentation des offres.

Questions diverses

60. Il a été proposé d'inclure dans l'article 8 une disposition limitant le droit de l'entité adjudicatrice de disqualifier des entrepreneurs et fournisseurs qui auraient soumis, pour donner la preuve qu'ils étaient qualifiés, des informations incomplètes ou inexacts. A cette fin, il a été proposé que la Loi type exige de l'entité adjudicatrice qu'elle laisse aux entrepreneurs et fournisseurs, pendant une période limitée, la possibilité de corriger les erreurs et écarts mineurs dans la documentation présentée. Il a été indiqué qu'en réduisant ainsi la marge de manœuvre de l'entité adjudicatrice, on irait dans le sens de l'équité et on favoriserait la concurrence en limitant la pratique consistant à écarter abusivement des entrepreneurs et des fournisseurs. Le Groupe de travail a noté que cette question était liée aux dispositions du paragraphe 1 *bis* de l'article 28 concernant la conformité des offres et que, sous réserve de l'examen de l'article 28, on pouvait la considérer comme dûment traitée dans ledit article.

61. On s'est demandé si dans sa version actuelle l'article 8 ne revenait pas en fait à exiger de l'entité adjudicatrice

qu'elle sélectionne un entrepreneur ou un fournisseur qui ait satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 1 *a*, bien que cette exigence puisse être implicitement contenue dans la totalité des dispositions pertinentes. Selon l'avis qui a prévalu, l'obligation d'habiliter à conclure un marché des entrepreneurs et fournisseurs qui avaient satisfait auxdites conditions découlait des dispositions de l'article 8, en particulier des paragraphes 2, 2 *bis* et 2 *ter*, concernant les procédures et critères d'évaluation. Elle découlait également, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, de ce que l'entité adjudicatrice devait, en application de l'article 28, évaluer les offres conformément aux critères énoncés dans le dossier de sollicitation. On a également fait observer qu'une telle obligation découlait des principes généraux du droit administratif en vigueur dans de nombreux pays.

62. La modification qu'il était proposé d'apporter au paragraphe 3 ayant été adoptée, le Groupe de travail a jugé l'article 8 acceptable dans l'ensemble.

Article 8 bis

Procédure de présélection

63. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 8 *bis* qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

64. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

65. Selon une opinion, la référence aux "procédures spécifiées dans l'invitation à présenter une demande de présélection" risquait de limiter indûment le champ d'application de la disposition; il pourrait être plus approprié de reformuler ce passage en utilisant les termes suivants : "conditions spécifiées dans l'invitation à présenter une demande de présélection". On a également indiqué que, étant donné que le libellé proposé traiterait de questions telles que l'obligation faite à chaque entrepreneur ou fournisseur de payer le prix de la documentation de présélection, il ne serait pas nécessaire de spécifier le prix en question. On s'est généralement accordé à reconnaître qu'il convenait d'utiliser un libellé de portée plus générale, tel que celui qui était proposé, mais on a également estimé en général qu'il était utile d'insérer une référence expresse à l'obligation de payer le prix de la documentation de présélection et qu'elle devrait être conservée. En ce qui concerne le prix de la documentation en question, il conviendrait, selon une opinion, d'ajouter une clause stipulant qu'il devrait correspondre au coût effectif de la documentation et ne devrait pas être élevé au point de dissuader tout entrepreneur ou fournisseur de soumettre une offre.

Paragraphe 3

66. Le Groupe de travail a ensuite examiné la manière dont la Loi type devrait faire référence au contenu du dossier de présélection. A la session précédente, le Groupe de travail avait décidé, afin d'assurer l'uniformité du droit,

que la Loi type devait préciser la teneur de la documentation, et non se contenter de faire référence à la réglementation des marchés.

67. A la session en cours, on a émis l'avis que l'énumération des conditions à satisfaire, énoncées au paragraphe 3, et en particulier aux alinéas *c*, *d*, *e* et *g*, risquait de constituer une charge excessive pour l'entité adjudicatrice et devrait donc être supprimée. Toutefois, le Groupe de travail a réaffirmé la décision prise à la session antérieure tendant à ce que les conditions énumérées au paragraphe 3 constituent un minimum absolument indispensable qui devrait, à défaut, figurer dans la réglementation des marchés, et que le droit d'utiliser cette réglementation pour énumérer toutes conditions supplémentaires était prévu à l'alinéa *g*. On a noté que l'article 3 *d* faisait double emploi avec l'article 14-1 *d*, qui était incorporé au dossier de présélection par le biais du chapeau du paragraphe 3, et que les deux dispositions pouvaient être fusionnées.

Paragraphe 3 bis à 6

68. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 3 *bis* à 6 acceptables dans l'ensemble.

Article 8 ter

Participation des entrepreneurs et fournisseurs

69. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 8 *ter* figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

70. Le Groupe de travail a réaffirmé le principe de base énoncé à l'article 8 *ter*, à savoir que les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés, à quelques rares exceptions près, à participer à une procédure de passation d'un marché sans distinction de nationalité. Le Groupe de travail s'est efforcé d'affiner davantage le libellé de cet article.

Paragraphe 1

71. Il a été tout de suite signalé qu'il n'apparaissait pas assez clairement que le paragraphe 1 comportait deux éléments distincts, le premier (al. *a*) concernant l'exclusion, pour des raisons d'économie et d'efficacité, d'entrepreneurs et fournisseurs non nationaux des procédures de passation d'un marché et le second (al. *b*) énonçant des restrictions fondées sur des critères de nationalité découlant de facteurs tels que des arrangements d'aide liée ou une législation relative au boycottage.

72. Pour ce qui est du premier élément (al. *a*), on a estimé que la notion de limitation aux entrepreneurs et fournisseurs nationaux pour des raisons "d'économie et d'efficacité", était imprécise et vague, et qu'on pouvait considérer qu'elle allait à l'encontre des principes généraux énoncés dans le préambule, notamment le principe selon lequel la concurrence internationale permet le maximum d'économie et d'efficacité dans une passation de marchés. Un autre critère, peut-être plus objectif, que l'on dit être largement appliqué pour distinguer les passations de marchés internationales et nationales, est celui de la valeur du marché.

73. En outre, on a signalé que les différents cas visés à l'article 8 *ter* ne ressortent peut-être pas clairement du libellé actuel de cet article. Ces cas sont les suivants : faible valeur des marchés concernant des biens disponibles localement, pour lesquels l'entité adjudicatrice n'aura pas recours à des appels d'offres internationaux, mais dont elle n'exclura pas des entrepreneurs et fournisseurs étrangers; exclusion de participants étrangers pour promouvoir, par exemple, la capacité de production locale dans un secteur donné; et embargos obligatoires, par exemple les sanctions du Conseil de sécurité. C'est en ayant présente à l'esprit cette nouvelle portée qu'il pourrait donner à l'article 8 *ter* que le Groupe de travail en a poursuivi l'examen.

74. En ce qui concerne le premier de ces cas, il a été signalé qu'il pourrait être parfois inopportun d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle entreprenne des procédures coûteuses et longues destinées à attirer la concurrence internationale, par exemple lorsque les montants en jeu sont peu importants. Parallèlement, a-t-on souligné, il n'était pas nécessaire, dans de tels cas, d'exclure des entrepreneurs étrangers de certaines procédures de passation des marchés, si ces derniers en sont naturellement tenus à l'écart pour des raisons de marché. En outre, on a signalé que l'exclusion d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers pour des raisons de nationalité pourrait s'avérer peu économique, même dans le cas de marchés de peu d'importance, car il peut se faire que des entrepreneurs étrangers aient des intérêts dans l'activité économique locale. Lors des délibérations, on a fermement souligné que la seule solution réaliste consisterait à ce que la Loi type admette le fait que les Etats peuvent souhaiter conserver le droit de limiter, dans certains cas, la participation aux fournisseurs nationaux.

75. Le Groupe de travail a examiné plusieurs propositions destinées à couvrir les passations de marchés de valeur et d'importance modestes sans exclure une participation étrangère. Il a été proposé, entre autres, pour l'alinéa *a* le nouveau libellé suivant :

"... sauf :

"a) Dans les cas de soumission d'offres pour des contrats de faible importance peu susceptibles d'intéresser une participation internationale, l'entité adjudicatrice n'appliquera pas les procédures, énoncées aux articles ..., destinées à attirer cette participation;"

76. On a formulé des objections à cette proposition en faisant valoir que la notion de marchés de modeste importance était ambiguë et susceptible d'être interprétée de façon différente, mais il a été convenu que les marchés de modeste importance pourraient faire l'objet d'une disposition distincte dans la partie consacrée aux procédures d'appel d'offres. Une proposition quelque peu similaire consistait à remplacer à l'alinéa *a* le terme "permettre" par le terme "solliciter", mettant ainsi l'accent sur les diverses mesures que l'entité adjudicatrice devrait ou ne devrait pas prendre dans un cas donné.

77. Il a été en outre proposé de faire de l'alinéa *a* une disposition distincte ou de ramener l'article 8 *ter* dans sa totalité au chapitre II de la Loi type. Cette solution limiterait la présomption d'internationalité et les exceptions y

afférentes aux procédures d'appel d'offres. Bien que cette proposition ait bénéficié d'un certain soutien, le Groupe de travail a confirmé sa décision précédente de transférer la disposition relative à la participation des entrepreneurs et fournisseurs du chapitre II aux dispositions générales figurant au chapitre I de la Loi type, afin d'appliquer la présomption d'internationalité à toutes les méthodes de passation des marchés. Cette modification visait à encourager une plus grande ouverture dans la passation des marchés et l'égalité de traitement des entrepreneurs et fournisseurs étrangers lorsqu'une procédure de passation des marchés par des méthodes autres que l'appel d'offres était menée sur un plan international. Parallèlement, l'entité adjudicatrice ne serait pas obligée d'entreprendre une procédure internationale lorsque celle-ci est jugée peu économique et efficace ou pour d'autres motifs mentionnés dans l'article.

78. Il a été signalé que l'on pouvait considérer que l'alinéa *b* énonçait suffisamment de motifs justifiant les cas de marchés entièrement nationaux envisagés à l'alinéa *a*. Le Groupe de travail a marqué son accord sur ce point et a décidé en conséquence que l'alinéa *a* pouvait être supprimé. Il a été également signalé qu'il serait fait référence dans le commentaire à la pratique des Etats concernant les passations de marchés entièrement nationaux et au fait que ces marchés n'étaient pas exclus par la Loi type.

79. En ce qui concerne la teneur de l'alinéa *b*, le Groupe de travail a confirmé la décision qu'il avait déjà prise d'inclure la réglementation des marchés en tant que base juridique habilitant la restriction de la participation selon des critères de nationalité.

Paragraphes 1 bis nouveau et 1 bis

80. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 1 *bis* nouveau et 1 *bis* acceptables dans leur ensemble. Il a toutefois été signalé que la plupart des articles mentionnés au paragraphe 1 *bis* concernaient les procédures d'appel d'offres et que cette disposition pourrait par conséquent être insérée dans le chapitre II.

Paragraphe 3

81. On s'est demandé s'il était nécessaire de garder le paragraphe 3, en raison de la présomption générale d'internationalité dans le cas des procédures d'appel d'offres et parce que, dans le cas des autres méthodes de passation des marchés, les entrepreneurs et les fournisseurs étaient souvent nommément désignés par l'entité adjudicatrice en vue de participer à la procédure de passation de marchés. Le Groupe de travail a estimé que cette disposition était utile et qu'il fallait la conserver.

Article 9 bis

Forme des communications

82. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 9 *bis*, qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

83. Le Groupe de travail a confirmé la décision prise à la quatorzième session, selon laquelle la Loi type devait

permettre aux entités adjudicatrices d'engager une procédure de passation de marchés comportant des formes non traditionnelles de communication telles que l'échange de données informatisées (EDI). Il a également fait observer que la notion d'"enregistrement" visée au paragraphe 1 était une fonction essentielle du document écrit pouvant être remplie par des moyens électroniques.

84. Des vues diverses ont été exprimées au sujet du libellé de l'article 9 *bis*, dont l'objectif était de donner, dans la disposition globale relative à la forme des communications, le pouvoir nécessaire pour permettre à l'entité adjudicatrice de recourir, si elle le souhaitait, aux techniques d'échange de données informatisées et autres techniques modernes de communication et d'information dans le cadre des procédures de passation de marchés. On a notamment estimé que l'approche adoptée à l'article 9 *bis* était trop compliquée et que l'on pourrait y voir une volonté d'imposer l'emploi de l'EDI à des pays où l'accès à une telle technique était limité; de plus, on a déclaré que l'imposition générale de telles méthodes à des pays où les communications étaient traditionnellement enregistrées sur support papier comportait de nombreux risques. A cet égard, la disposition énoncée au paragraphe 4 de l'article 24, qui autorisait la soumission des offres sous d'autres formes que par écrit, suscitait des préoccupations particulières.

85. A l'inverse, on a estimé que l'approche adoptée dans le projet était fondamentalement satisfaisante dans la mesure où elle permettait l'emploi de l'EDI sans pour autant l'imposer à ceux qui souhaitaient continuer à utiliser le support papier pour les procédures d'enregistrement. On a par ailleurs appelé l'attention sur le fait que la Loi type devait reconnaître l'usage qui est actuellement fait de l'EDI dans la passation de marchés et non y faire obstacle et également faciliter l'expansion future de ce type de techniques. On a signalé que l'absence de disposition en ce sens rendrait la Loi type plus difficilement acceptable.

86. Une question fondamentale concernait le traitement qu'il convenait de réserver à la notion d'écrit. On a fait observer à cet égard que le chapitre, dans son libellé actuel, prévoyait deux possibilités pour l'emploi du mot "écrit". Au paragraphe 1, l'écrit pouvait comprendre toute forme assurant l'enregistrement, alors qu'au paragraphe 4 de l'article 24 il était fait mention de l'écrit, considéré comme différent d'autres formes assurant l'enregistrement.

87. Une proposition tendant à supprimer toute référence à l'écrit n'a pas été acceptée. On a estimé que ce serait aller trop loin étant donné que les dispositions de la Loi type avaient été élaborées en ayant à l'esprit la documentation traditionnelle sur support papier. En outre, les incidences techniques de l'emploi de l'EDI dans le cadre de la procédure de passation de marchés de même que le problème consistant à garantir le caractère confidentiel des communications dans le contexte de l'EDI n'avaient pas été examinés lors de l'élaboration de la Loi type. Par ailleurs, on a souligné que les techniques d'EDI n'étaient pas accessibles au même degré dans tous les pays.

88. Après délibérations, le Groupe de travail a décidé que le libellé actuel du paragraphe 1 serait conservé mais qu'un équilibre approprié pourrait être trouvé en insérant au début

du paragraphe le membre de phrase "Sous réserve des dispositions de la présente Loi".

Paragraphe 2

89. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 2 puisque le paragraphe 1 englobait toutes les communications visées au paragraphe 2. Une autre proposition consistait à appliquer l'option téléphonique à toutes les communications. On a fait observer que les cas visés au paragraphe 2 ne comportaient pas de délais précis. Si la procédure en deux temps prévue dans ce paragraphe devait être appliquée aux communications pour lesquelles un délai était fixé, la question se poserait de savoir si la communication par téléphone et sa confirmation devaient toutes deux être effectuées dans le délai prescrit. Il a toutefois été convenu que les mots "par téléphone" pouvaient être supprimés puisque cette option était couverte par l'expression "tout autre moyen" et qu'il n'y avait pas lieu de mettre l'accent sur un système de communication plus que sur un autre.

Paragraphe 3

90. Des vues divergentes ont été exprimées quant au paragraphe 3. On s'est demandé si le sens de ce paragraphe était bien clair. Il a été proposé de le supprimer. A l'appui de cette proposition, on a déclaré que ce paragraphe n'avait pas sa place dans une disposition ayant trait à l'enregistrement. Une autre proposition consistait à déplacer le paragraphe 3 pour l'insérer dans le chapitre traitant de la procédure d'appel d'offres. L'avis général était que cette disposition devait être maintenue à l'article 9 *bis* car elle répondait à la crainte que les entrepreneurs et fournisseurs n'ayant pas accès aux techniques d'EDI ne soient victimes de discrimination dans la procédure de passation de marchés. Le Groupe de rédaction a cependant été prié d'étudier la possibilité de rendre plus clair le texte de ce paragraphe.

Article 10

Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs

91. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 10, qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et estimé que l'article était dans l'ensemble acceptable. Il a renvoyé au Groupe de rédaction une proposition tendant à remplacer le mot "Lorsque" par le mot "Si" et les mots "ne peut imposer" par le mot "n'impose".

Article 10 ter

Procès-verbal de la procédure de passation de marchés

92. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 10 *ter*, qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

93. Bien que l'on ait estimé que les dispositions énoncées à l'article 10 *ter* étaient trop détaillées et faisaient peser une

trop lourde charge sur l'entité adjudicatrice, l'avis général était que ces dispositions représentaient un juste équilibre compte tenu du rôle crucial du procès-verbal pour promouvoir la transparence et d'autres objectifs de la Loi type. Par ailleurs, il a été indiqué que les procès-verbaux étaient indispensables si l'on voulait assurer l'efficacité des procédures d'examen.

94. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la Loi type devait exiger la divulgation de la partie du procès-verbal visée à l'alinéa *f ter*. Une possibilité consistait à exclure de l'obligation de divulgation l'alinéa *f ter* qui concernait les cas où la participation à la procédure d'appel d'offres pouvait être limitée conformément au paragraphe 2 de l'article 12. Selon cette approche, l'exposé requis à l'alinéa *f ter* présentait un véritable intérêt pour la vérification interne des comptes par les pouvoirs publics. Une telle approche contribuerait à limiter les litiges. Toutefois, le Groupe de travail était favorable à l'idée de soumettre l'alinéa *f ter* à l'obligation de divulgation, ce qui donnerait un sens à l'obligation de procès-verbal dans le cas en question et favoriserait la transparence en donnant aux entrepreneurs et fournisseurs rejetés la possibilité de connaître les raisons de leur rejet et d'éviter peut-être d'être rejetés à l'avenir. Cela permettrait aussi de protéger l'intérêt général en veillant à l'utilisation judicieuse des fonds publics.

95. Il a été proposé de remplacer le mot "motifs" par l'expression "motifs et circonstances" pour aligner le libellé de cet alinéa sur celui d'autres dispositions de la Loi type.

Paragraphes 2 et 2 bis

96. Le Groupe de travail a de nouveau examiné la question de savoir s'il était souhaitable de garder les paragraphes 2 et 2 *bis* étant donné les restrictions qui y sont imposées à la divulgation du procès-verbal de la procédure de passation de marchés. Selon un avis, il serait utile d'étendre la pleine divulgation au public de façon à la faire porter sur l'intégralité du procès-verbal, avec des exceptions limitées, comme par exemple les questions visées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 *bis*. Les partisans du libellé existant ont fait valoir que, dans ce paragraphe, on faisait, à juste titre, la différence entre la divulgation au grand public et la divulgation aux entrepreneurs et fournisseurs participants. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de garder les paragraphes 2 et 2 *bis* sous leur forme actuelle.

Paragraphe 2 ter

97. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question du moment exact où la partie du procès-verbal visée à l'alinéa *f bis* du paragraphe 1 devrait être divulguée en application du paragraphe 2 *ter*. Cette partie contenait les informations sur le rejet d'une offre, d'une proposition ou d'un prix, la raison en étant que l'entrepreneur ou fournisseur en question avait offert une incitation à l'entité adjudicatrice ou à l'un quelconque de ses fonctionnaires ou employés. Selon un avis, le moment proposé au paragraphe 2 *ter* (c'est-à-dire après que la procédure de passation de marchés ait pris fin ou lors de l'entrée en vigueur du contrat) ne donnerait pas à un entrepreneur ou fournisseur le temps de contester efficacement une allégation faite en vertu de l'article 10

quater. Sur les deux moments possibles — au moment de l'allégation de faute ou au moment de la décision de rejeter l'offre, proposition ou prix — le Groupe de travail a choisi le deuxième. Au cours du débat, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'interaction entre la Loi type et la législation pénale de l'Etat qui promulgue la Loi. Par exemple, l'obligation de divulgation prévue au paragraphe 2 *ter* risque d'être en conflit avec le désir d'un procureur d'empêcher la divulgation parce qu'une enquête criminelle est en cours.

Paragraphe 4

98. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 acceptable dans l'ensemble.

Article 10 quater

Incitations proposées par les entrepreneurs et fournisseurs

99. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 10 *quater* telle qu'elle figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

100. En conformité avec sa décision concernant l'article 10 *ter* (2 *ter*), le Groupe de travail a convenu d'indiquer à l'article 10 *quater* le moment auquel l'entité adjudicatrice est tenue d'informer l'entrepreneur ou fournisseur intéressé de l'allégation faite en vertu de l'article 10 *quater*. Procéder tôt à cette information donnerait à l'entrepreneur ou fournisseur la possibilité de répondre aux allégations. Cette proposition a été adoptée.

Article 12

Sollicitation des offres et des demandes de présélection

101. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 12 telle qu'elle figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

102. Le Groupe de travail a noté qu'à la fin du paragraphe, où l'on parle de la publication de l'avis d'appel d'offres, il vaudrait mieux parler d'une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection, pour aligner le texte avec la terminologie utilisée dans les autres parties de la Loi type. A part cette modification, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 1 bis

103. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 *bis* acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

104. La suggestion faite concernant l'article 7 — à savoir qu'il faudrait donner une plus grande importance dans la Loi type à la procédure restreinte d'appel d'offres prévue

au paragraphe 2 — a été réitérée, mais n'a pas cette fois-ci non plus reçu d'appui.

105. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir si l'on pouvait, d'une façon ou d'une autre, rendre plus objective la façon dont l'entité adjudicatrice sélectionne les entrepreneurs et fournisseurs auprès desquels elle lance des appels d'offres. Il a été proposé d'étayer le libellé actuel, qui mentionne l'obligation de sélectionner un nombre suffisant d'entrepreneurs et fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence, en parlant de l'obligation de l'entité adjudicatrice de sélectionner des sociétés "de qualité" ou de procéder à sa sélection sur une base objective. Aux termes d'autres propositions, on parlerait de l'obligation de l'entité adjudicatrice de sélectionner les entrepreneurs et fournisseurs à contacter "conformément aux dispositions" de la Loi type, et l'on regrouperait les alinéas *c* et *a* du paragraphe 2.

106. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de ne pas ajouter de précisions dans le sens suggéré et de ne pas apporter les autres changements proposés. Il a été estimé qu'en eux-mêmes des termes comme "sociétés de qualité" et "objective" n'étaient pas clairs et ne contribueraient pas à rendre le texte plus précis, et que les garanties prévues à la deuxième phrase du paragraphe 2 *a* étaient suffisantes.

Article 14

Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

107. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 14 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

108. Le Groupe de travail n'a pas donné suite à une proposition tendant à supprimer les alinéas *d* et *d bis*. Il a toutefois décidé d'ajouter à l'alinéa *d bis* un renvoi interne tel que "conformément aux dispositions de l'article 8 *ter*". Il s'agissait d'éviter que l'on ne puisse inférer de l'alinéa *d bis* que l'entité adjudicatrice dispose d'un droit indépendant de limiter la participation à la procédure d'appel d'offres en fonction de critères de nationalité. Le Groupe de travail a par ailleurs jugé le paragraphe acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

109. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

Article 17

Dossier de sollicitation

110. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 17 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et l'a jugée acceptable dans l'ensemble.

Article 19

Prix facturé pour le dossier de sollicitation

111. Le Groupe de travail a examiné le texte de l'article 19 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et l'a jugé acceptable dans l'ensemble.

Article 20

Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation

112. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 20 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1 et 1 bis

113. On a noté que le Groupe de travail avait, à sa quatorzième session, adopté le libellé actuel du paragraphe 1, en se contentant d'interdire les spécifications et conditions connexes créant des obstacles à la participation d'entrepreneurs ou de fournisseurs à la procédure de passation des marchés, sans préciser s'il fallait, s'agissant d'identifier ces obstacles, retenir le critère subjectif d'"intention" ou le critère objectif d'"effets", cette question devant être réglée par d'autres lois. Il a été proposé de préciser la référence aux "obstacles à la participation" en parlant d'obstacles à la participation "non discriminatoire" ou "égale". Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

114. S'agissant du paragraphe 1 *bis*, le Groupe de travail a jugé que le principe interdisant l'utilisation des spécifications et des conditions connexes créant des obstacles à la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs étrangers pourrait être fusionné avec la disposition générale figurant au paragraphe 1. Le Groupe de travail a renvoyé cette question au Groupe de rédaction.

Paragraphe 2, 3 et 4

115. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 2, 3 et 4 acceptables dans l'ensemble.

Article 22

Clarification et modification du dossier de sollicitation

116. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 22 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

117. Selon une opinion, la deuxième phrase du paragraphe 1 imposait une charge excessive à l'entité adjudicatrice en lui faisant obligation de communiquer à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels elle avait adressé un dossier de sollicitation les réponses qu'elle avait apportées

à toute demande de clarification du dossier de sollicitation. Il a été proposé de se contenter de mettre ces réponses à la disposition des entrepreneurs qui en feraient la demande. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, les entrepreneurs et fournisseurs n'avaient aucun moyen de savoir par eux-mêmes qu'une demande d'éclaircissements avait été présentée, de sorte que la Loi type devrait offrir à tous les entrepreneurs et fournisseurs les mêmes possibilités d'accès à l'information. En conséquence, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble. Il a toutefois été décidé d'y préciser que, lorsque la réponse apportée par une entité adjudicatrice à une demande d'éclaircissements était adressée sous la forme de réponses à une série de questions détaillées posées par un entrepreneur ou un fournisseur, les questions devaient être communiquées à tous les entrepreneurs et fournisseurs en même temps que les réponses.

Paragraphes 2 à 4

118. Le Groupe de travail a jugé le texte des paragraphes 2 à 4 acceptable dans l'ensemble.

Article 23

Langue des offres

119. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 23 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et l'a jugée acceptable dans l'ensemble.

Article 24

Soumission des offres

120. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 24 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

121. On a rappelé que, à sa quatorzième session, le Groupe de travail avait décidé de remplacer la notion de "délai suffisant" par la notion de "délai raisonnable" dans la deuxième phrase du paragraphe 1. Cette disposition a à nouveau été débattue à la session en cours. Selon une opinion, la deuxième phrase devrait être supprimée car elle risquait de susciter des litiges quant au caractère approprié du délai fixé par l'entité adjudicatrice pour la préparation des offres. Le principe tendant à conserver une référence au délai nécessaire à la préparation des offres a été appuyé, mais le Groupe de travail n'en a pas moins été d'avis que la notion de "délai raisonnable", n'étant pas universellement employée, ne serait pas, dans de nombreux pays, considérée comme un critère objectif. Il a donc décidé de supprimer la deuxième phrase et d'examiner dans le commentaire la nécessité de laisser un délai suffisant pour préparer les offres.

Paragraphe 2

122. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2 bis

123. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe 2 bis du point de vue de savoir dans quelle mesure l'entité adjudicatrice devrait avoir le droit, pour ses propres besoins, de reporter la date limite pour la soumission des offres. Selon un avis, l'entité adjudicatrice devait obtenir le consentement préalable de tous les entrepreneurs et fournisseurs. Selon un autre avis, le paragraphe 2 bis était d'une utilité douteuse et pouvait être supprimé. Il a été fait observer que le fait d'être éventuellement dans l'impossibilité de soumettre une offre en temps voulu pouvait être considéré comme un risque inhérent à la vie des affaires. Toutefois, selon un autre avis, l'entité adjudicatrice devait en toute circonstance avoir le droit unilatéral de reporter la date limite, ce qui ne pouvait qu'encourager la concurrence sans pour autant être préjudiciable à qui que ce soit. Il a été dit à cet égard que l'expiration de la période de validité des offres ne devait pas poser de problèmes insurmontables, de nouvelles dates d'expiration pouvant être fixées pour les offres.

124. Le Groupe de travail a noté que des points analogues avaient été soulevés à la session précédente, et il a estimé que l'approche adoptée dans le paragraphe 2 bis était dans l'ensemble acceptable.

Paragraphe 4

125. Le Groupe de travail a convenu de remplacer les mots "dans des enveloppes scellées" par les mots "dans une seule enveloppe scellée".

126. Des divergences sont apparues sur le point de savoir s'il fallait maintenir la deuxième phrase du paragraphe 4, qui avait été conçue pour tenir compte de l'emploi de l'EDI pour la soumission des offres.

127. Selon un avis, la deuxième phrase du paragraphe 4 mettait peut-être trop l'accent sur l'emploi de nouvelles techniques de communication et risquait de ce fait d'outrepasser l'objectif qui était simplement de permettre aux entités adjudicatrices d'utiliser l'EDI. Il a été dit que l'application de l'EDI à la passation des marchés, si elle s'était déjà révélée possible pour la publication du dossier de sollicitation et des invitations à soumettre une offre, posait davantage de problèmes pour la soumission des offres. On a notamment fait valoir les inconvénients résultant du fait que les techniques EDI n'étaient pas accessibles partout au même degré et qu'elles souffraient de limitations, à tout le moins au stade actuel du développement technique, en ce qui concerne certaines des fonctions traditionnellement remplies par des techniques d'appel d'offres sur support papier. Il s'agissait notamment d'empêcher la divulgation à l'entité adjudicatrice du contenu d'une offre avant la date limite pour la soumission des offres, par exemple en utilisant des enveloppes scellées, de déterminer les modalités d'ouverture des offres électroniques et de savoir si l'on pouvait accepter la coexistence dans une procédure donnée d'offres écrites et d'offres électroniques. Selon un avis, avant de songer à insérer dans la Loi type d'autres dispositions relatives à l'EDI que celle qui en autorisait l'utilisation, il convenait d'examiner plus en détail les aspects juridiques de l'application de l'EDI dans le domaine de la passation des marchés.

128. En sens contraire, on a indiqué que la deuxième phrase visait simplement à permettre l'utilisation de l'EDI, sans pour autant imposer celle-ci à ceux qui ne pouvaient pas ou ne souhaitaient pas l'utiliser. On a fait valoir, en outre, que la Loi type devait établir des règles applicables aussi bien aux marchés utilisant les techniques traditionnelles qu'aux marchés utilisant des techniques nouvelles qui se répandaient rapidement. On a signalé aussi que la formulation actuelle s'inspirait de celle adoptée dans d'autres textes de la CNUDCI, comme la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, ainsi que des travaux en cours de la CNUDCI visant à faciliter l'utilisation de l'EDI.

129. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de maintenir l'exigence de l'écrit pour la soumission des offres et de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 4, qui ouvrait la voie aux offres n'utilisant pas le support papier. On a noté que le commentaire devrait indiquer qu'en dépit de la restriction figurant dans le paragraphe 4, les Etats étaient libres d'élaborer des procédures d'appel d'offres sans recours au support papier, ce qui rendrait nécessaire l'examen d'un certain nombre de questions (par exemple la forme des garanties de soumission lorsque la soumission n'était pas faite sur papier) et pourrait exiger l'élaboration de règlements spéciaux.

Paragraphe 4 bis

130. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 bis acceptable dans l'ensemble.

Article 25

Période de validité des offres; modification et retrait des offres

131. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 25 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 26

Garanties de soumission

132. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 26 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Nouveau paragraphe 1

133. Le Groupe de travail a noté que la définition figurant dans le nouveau paragraphe 1 devrait être replacée à l'article 2, comme suite à la décision prise antérieurement. Quant au contenu de la définition, le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à incorporer le terme "indemnités" dans la liste d'exemples de garanties de soumission. On a signalé que ce nouveau terme pourrait être utilisé pour remplacer ou pour compléter la mention des garanties. Toutefois, compte tenu du fait que le sens de ce terme n'était pas tout à fait clair, que les garanties offraient une relative certitude financière et que leur usage était répandu, il a été décidé de

ne pas ajouter la référence à des indemnités. Le Groupe de travail a convenu que le paragraphe devrait mentionner les "garanties bancaires" plutôt que simplement les "garanties", de manière à mieux identifier l'instrument en question parmi les innombrables instruments que le seul mot "garanties" pourrait évoquer dans l'esprit des lecteurs de la Loi type. On a estimé que le texte y gagnerait en clarté, sans pour autant donner l'impression que seules les garanties données par les banques étaient prises en considération, puisqu'il s'agissait d'une liste d'exemples. Le Groupe de travail a pris note également d'une suggestion tendant à remplacer les mots "garantir l'obligation" par les mots "garantir l'exécution de l'obligation".

Paragraphe 1

134. Il a été proposé de mentionner dans l'alinéa *a bis* la forme et "la nature" de la garantie de soumission, au lieu de la forme et "des conditions", mais cette proposition n'a pas été considérée comme apportant plus de clarté au texte. Le Groupe de travail a noté que la note explicative accompagnant l'alinéa *b* serait supprimée, conformément à la décision de limiter au seul commentaire les conseils aux organes législatifs.

135. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir s'il était nécessaire de préciser dans l'alinéa *b bis* que l'entité adjudicatrice conservait le droit de rejeter une garantie de soumission, alors même qu'elle avait confirmé que l'émetteur remplissait bien les conditions requises, dans le cas où elle découvrirait que l'émetteur était insolvable. Il a été proposé d'ajouter le membre de phrase ainsi conçu :

"... étant entendu que l'entité adjudicatrice peut à tout moment, après en avoir informé l'entrepreneur ou le fournisseur, rejeter la garantie de soumission, dans le cas où elle découvrirait que l'émetteur de la garantie de soumission, ou l'institution qui a confirmé la garantie, est devenu(e) insolvable ou manque de crédit pour d'autres raisons."

136. Le Groupe de travail a marqué son accord sur un ajout de ce type dont on a dit qu'il pourrait être utile dans certains systèmes juridiques. On a admis que dans certains autres systèmes juridiques, une disposition explicite en ce sens n'était pas nécessaire, car le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter une garantie de soumission dans pareil cas découlait des principes généraux de droit. On a également convenu que le commentaire devrait préciser que cet ajout était optionnel.

137. Le libellé de l'alinéa *d* a suscité plusieurs observations. Selon une remarque, la première phrase paraissait donner à l'entité adjudicatrice un pouvoir discrétionnaire de préciser les clauses à inclure dans la garantie de soumission qui était plus important que celui qu'elle possédait en réalité, puisque la seconde phrase limitait strictement la liberté de l'entité adjudicatrice de préciser les clauses à inclure dans la garantie de soumission. On a proposé de supprimer la première phrase. Le Groupe de travail a convenu d'ajouter dans l'alinéa *d* un motif supplémentaire d'exécution de la garantie de soumission, en l'occurrence le fait de ne pas se conformer à toute autre condition précisée dans le dossier de sollicitation préalablement à la conclusion du marché.

138. Selon une autre observation, il était possible de simplifier le chapeau de l'alinéa *d* et d'en rendre le sens plus clair. Toutefois, le Groupe de travail n'a pas pu se mettre d'accord sur une version remaniée du chapeau, en particulier parce qu'on a estimé que le libellé actuel présentait l'avantage de ne comporter aucune formule susceptible d'être interprétée comme visant spécifiquement des garanties indépendantes ou des garanties accessoires. On s'est également prononcé en faveur du maintien de la première phrase pour le motif qu'elle indiquait clairement que l'entité adjudicatrice était tenue de préciser dans le dossier de sollicitation ses exigences quant aux conditions à inclure dans la garantie de soumission. Le Groupe de travail a prié le Groupe de rédaction d'examiner si le texte faisait suffisamment ressortir que la disposition englobait les garanties indépendantes.

Paragraphe 2

139. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

Article 27

Ouverture des offres

140. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 27 contenue dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et a jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 28

Examen, évaluation et comparaison des offres

141. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 28 contenue dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

142. Le débat a fait apparaître que le Groupe de rédaction ou le Secrétariat devrait réviser l'ordre dans lequel les éléments du processus d'évaluation étaient présentés dans l'article 28 de manière à ce qu'ils suivent l'ordre dans lequel se déroulent les opérations dans la pratique.

Paragraphe 1

143. Le Groupe de travail a jugé l'alinéa *a* du paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

144. Il a été proposé d'ajouter une disposition donnant aux entrepreneurs et fournisseurs le droit de corriger des erreurs factuelles et historiques dans leurs offres, ce qui contribuerait à garantir qu'il n'y avait pas usage abusif du droit de l'entité adjudicatrice de corriger des erreurs purement arithmétiques, et à éviter que des offres soient rejetées comme étant non conformes sur la base d'erreurs factuelles et historiques mineures. La proposition n'a pas été acceptée, le Groupe de travail étant d'avis qu'il avait été dûment tenu compte de la question, notamment dans le cadre de la procédure de clarification des offres prévue à l'alinéa *a* du paragraphe 1. Le Groupe de travail n'a pas non plus appuyé une proposition visant à supprimer, comme entraînant une charge injustifiée pour l'entité adjudicatrice, la phrase soulignée à l'alinéa *b* du paragraphe 1,

par laquelle il est fait obligation à l'entité adjudicatrice de donner avis d'une correction à l'entrepreneur ou fournisseur qui a soumis l'offre. Le Groupe de travail a donc jugé acceptable le texte actuel de l'alinéa *b* du paragraphe 1.

Paragraphe 1 bis

145. Le Groupe de travail a renvoyé au Groupe de rédaction une proposition tendant à remplacer, à l'alinéa *a* du paragraphe 1 *bis*, les mots "ne peut considérer une offre comme étant conforme que si" par les mots "considère une offre comme étant conforme si", de manière à clarifier le sens du paragraphe 1 *bis*.

146. Diverses suggestions ont été faites en vue de préciser le sens des mots "des écarts mineurs qui ne modifient pas matériellement" contenus à l'alinéa *b* du paragraphe 1 *bis*. Il a été notamment proposé d'ajouter une phrase précisant "qu'un écart est considéré comme matériel s'il modifie substantiellement de quelque manière que ce soit les conditions de qualité ou de quantité prévues dans le contrat ou la durée de ce dernier ou s'il limite les droits ou obligations des entrepreneurs et fournisseurs en vertu du contrat d'achat". A l'appui de cette proposition, on a indiqué qu'il fallait clarifier le mot "matériellement" qui était vague et pouvait conduire à des abus ainsi qu'au recours à des motifs futiles pour considérer des offres comme non conformes. A l'inverse, on a fait valoir que le libellé proposé ne précisait pas plus que le texte actuel, ce qui pourrait constituer un écart mineur, le mot "substantiellement" étant lui aussi vague. La proposition n'a pas été acceptée. Parmi les autres propositions qui n'ont pas recueilli un large appui figuraient l'inclusion de la référence aux écarts mineurs dans la rubrique des éclaircissements au paragraphe 1 et la fusion de l'alinéa *a* et de la deuxième phrase de l'alinéa *b* de manière à intégrer la notion de quantification dans la définition des "écarts mineurs". Il semblait d'autant plus difficile d'aller au-delà de ce que contenait le projet de texte actuel que la manière dont la Loi type serait appliquée dans chaque cas dépendrait dans une large mesure de l'attitude du fonctionnaire responsable des achats et de l'approche qu'il adopterait.

147. Une autre proposition tendait à insérer les mots "ou si elle contient des erreurs factuelles ou des oublis qui peuvent être corrigés sans qu'il y ait modification de l'offre quant au fond" après la première phrase de l'alinéa *b* du paragraphe 1 *bis*. On garantirait ainsi que des offres ne seraient pas considérées comme non conformes parce qu'elles contiennent des erreurs factuelles ou des oublis qui peuvent être facilement rectifiés. La proposition a été acceptée et renvoyée au Groupe de rédaction. Il a été proposé que le mot "caractéristiques" soit remplacé par les mots "toutes caractéristiques".

148. Il a été convenu d'inclure dans l'espace laissé libre à l'alinéa *d* par suite d'une suppression une référence au rejet ou à la non-acceptation d'offres entachées d'incitations, interdites en vertu de l'article 10 *quater*. La proposition a été acceptée.

Paragraphe 7

149. On a noté que la référence au "rejet" figurant à l'alinéa *a* du paragraphe 7 devait être modifiée, le Groupe de travail ayant décidé, comme indiqué au paragraphe 2, d'employer une autre formule.

150. Il a été convenu qu'il était superflu de faire état du dossier de sollicitation dans le texte introductif de l'alinéa *c* et que cette mention devait être supprimée. Le Groupe de travail a noté que la question était déjà traitée dans l'alinéa *e bis* de l'article 17.

151. Une question a été posée au sujet de la liste, contenue à l'alinéa *d iii* du paragraphe 7, illustrant les types de facteurs pouvant entrer en ligne de compte pour déterminer l'offre évaluée comme étant la plus basse. Pour l'auteur de la question, un grand nombre des facteurs énumérés étaient hautement subjectifs. On a toutefois été généralement d'avis que l'orientation et la teneur fondamentales de l'alinéa *d iii* du paragraphe 7 étaient satisfaisantes bien que des précisions supplémentaires ne soient pas à exclure. Sous réserve de la modification convenue, le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 7 était acceptable dans l'ensemble.

152. Il a été proposé de supprimer au début de l'alinéa *e* du paragraphe 7 la référence au fait qu'une marge de préférence ne pouvait être accordée que si la réglementation des marchés l'autorisait. Cela ressortait en effet implicitement de la fin de l'alinéa *e* du paragraphe 7, où il était dit que la marge de préférence était calculée conformément à la réglementation des marchés. Une autre proposition, qui portait sur le fond, tendait à ne plus subordonner l'octroi de marges de préférence à la réglementation des marchés de manière à ne pas lier les mains de l'entité adjudicatrice et à ne pas désavantager les Etats adoptant la Loi type qui élaborait des réglementations en matière de passation de marchés. On s'est toutefois opposé à ces propositions au motif que l'obligation de conformité avec la réglementation des marchés était un facteur de transparence important qui devait être maintenu et dûment souligné dans la Loi type.

153. Il a été proposé d'indiquer à l'alinéa *e* du paragraphe 7 qu'un procès-verbal devait être établi conformément à l'article 10 *ter* et devait être sujet à divulgation.

154. Il a été proposé d'ajouter à l'alinéa *e bis* de l'article 17-1 une référence à l'alinéa *e* du paragraphe 7.

Paragraphes 8, 8 bis, 8 ter et 9

155. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 8, 8 *bis*, 8 *ter* et 9 acceptables dans l'ensemble.

Article 29

Rejet de toutes les offres

156. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 29 contenue dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et a jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 30

Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs

157. Le Groupe de travail a examiné le texte de l'article 30 contenu dans le document A/CN.9/WP.V/WP.36 et a jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 32

Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

158. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 32 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

159. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphes 2 et 3

160. Il a été proposé de remplacer la notion d'entrée en vigueur du marché au moment de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre par la notion d'entrée en vigueur à compter de la conclusion du marché. Il a été rappelé qu'en vertu du paragraphe 3 les offres pouvaient être modifiées une ou plusieurs fois et que, si le marché entrait en vigueur au moment de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre, on aurait du mal à déterminer avec précision les conditions de l'offre retenue. Stipuler que le marché n'entrerait en vigueur qu'au moment de la signature du marché écrit dissiperait cette incertitude. Néanmoins, le Groupe de travail a confirmé la décision qu'il avait prise à ses sessions antérieures et selon laquelle la Loi type comporterait des options sur les modalités d'entrée en vigueur du marché tenant compte des différentes pratiques des Etats.

161. Quant à la question de savoir si, aux paragraphes 2 et 3, il fallait mentionner la "réception" de l'avis d'acceptation de l'offre plutôt que son expédition, le Groupe de travail a rappelé ses délibérations antérieures. Il a été noté que la notion de "réception" avait été retenue au paragraphe 2 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Néanmoins, la notion d'"expédition" avait été jugée mieux adaptée aux circonstances particulières du marché. Essentiellement, ce qui était en jeu était le risque d'un retard dans la transmission de l'avis ou sa non-transmission. Afin de lier l'entrepreneur ou le fournisseur ou de lui faire obligation de signer un marché écrit, l'entité adjudicatrice devait donner l'avis pendant que l'offre était valide. Au regard de la notion de "réception" de l'offre, si l'entité adjudicatrice avait dûment transmis ou adressé l'avis à l'autorité compétente, mais que, sans qu'il y ait faute de sa part, il y avait eu retard, perte ou erreur d'acheminement de la transmission, de sorte que l'entrepreneur ou le fournisseur n'avaient pas reçu l'avis avant l'expiration de la période de validité de l'offre, l'entité adjudicatrice perdait le droit de lier l'entrepreneur ou le fournisseur ou de lui imposer le respect de ses obligations. Avec l'adoption de la notion d'"expédition", ce droit de l'entité adjudicatrice était préservé. Dans le cas d'un retard, d'une perte ou d'une erreur d'acheminement de l'avis, il était possible que l'entrepreneur ou le fournisseur n'apprenne pas que son offre avait été acceptée avant l'expiration de la période de validité; mais, dans la plupart des cas, ceci aurait des conséquences moins graves que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier l'entrepreneur ou le fournisseur. En conséquence, le Groupe de travail a confirmé sa décision selon laquelle mention devait être faite de l'"expédition" de l'avis.

Paragraphe 3 bis

162. Il a été proposé de supprimer la règle selon laquelle la décision devait être prise dans un délai raisonnable après l'expédition de l'avis. Une telle obligation pouvait être jugée inutilement restrictive ainsi que superflue, puisque, dans le cas d'un retard excessif, le délai de validité de l'offre serait dépassé. Il a également été proposé de supprimer les mots "ou, le cas échéant, n'est pas exécuté" dans la seconde phrase, puisque cette formulation ne prévoyait pas la signature d'un marché avant la délivrance de l'autorisation nécessaire éventuellement. Cette modification visait à tenir compte de la pratique consistant, dans un certain nombre de pays, à ne pas examiner les demandes d'approbation définitive avant la signature du marché.

163. Une autre suggestion tendait à supprimer le reste du paragraphe 3 bis et la première phrase du paragraphe 3 ter, au motif que les règles énoncées dans ces dispositions découlaient déjà des limites inhérentes à la période de validité des offres. Mais, de l'avis qui a prévalu, ces dispositions devaient être maintenues, tout en étant éventuellement simplifiées. Aux fins de cette simplification, le Groupe de travail a adopté le texte suivant qui regroupe les dispositions du paragraphe 3 bis et de la première phrase du paragraphe 3 ter :

"Lorsque le marché doit être approuvé par une autorité supérieure, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'offre, pour obtenir l'approbation."

Paragraphes 3 ter à 6

164. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 3 ter à 6 acceptables dans leur ensemble.

*Nouvel article 33 bis**Conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes*

165. Le Groupe de travail a examiné le texte révisé du nouvel article 33 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

166. Le Groupe de travail a examiné les conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes compte tenu de la décision qu'il avait prise en rapport avec l'article 7, suivant laquelle il conviendrait, dans la mesure du possible, d'assimiler les conditions régissant l'utilisation des procédures d'appel d'offres en deux étapes, de sollicitation de propositions et de négociation avec appel à la concurrence. A cet égard, le Groupe de travail a réaffirmé la condition visée au paragraphe a, qui faisait référence aux cas dans lesquels l'entité adjudicatrice était, quelle qu'en soit la raison, dans l'impossibilité de formuler des spécifications suffisamment détaillées pour satisfaire aux exigences de la procédure d'appel d'offres.

167. Indépendamment de l'impossibilité d'établir un cahier des charges complet, le Groupe de travail s'est

penché sur la question de savoir si d'autres conditions, en particulier celles énoncées au nouvel article 34, devraient être applicables à l'appel d'offres en deux étapes. Il a été décidé de rendre applicable à l'appel d'offres en deux étapes les conditions énoncées aux alinéas c, d et e du nouvel article 34. Il a toutefois été décidé que l'appel d'offres en deux étapes n'était pas une méthode de passation des marchés à laquelle il convenait de recourir au seul motif d'urgence et que, en conséquence, la disposition pertinente faisant l'objet de l'alinéa b du nouvel article 34 ne s'appliquerait pas à l'appel d'offres en deux étapes.

168. Comme cela avait été le cas lors de l'examen de l'article 7, la question s'est posée de savoir s'il convenait de présenter dans un seul article ou une seule section de la Loi type les conditions régissant l'utilisation des différentes procédures. Le Groupe de travail a décidé de reprendre l'examen de cette question après avoir achevé celui des articles concernant les procédures de passation des marchés.

169. Sous réserve de l'élargissement des conditions régissant l'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes dont il a été question plus haut, le Groupe de travail a jugé le nouvel article 33 bis acceptable dans l'ensemble.

*Article 33 bis**Modalités d'application de la procédure d'appel d'offres en deux étapes*

170. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 33 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et l'a jugée acceptable dans l'ensemble.

*Article 33 ter**Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions*

171. Le Groupe de travail a noté que, comme il en avait décidé, la condition énoncée à l'alinéa a serait applicable à la sollicitation de propositions, ainsi qu'à l'appel d'offres en deux étapes et à la négociation avec appel à la concurrence. Il a également été décidé que les conditions visées aux alinéas c, d et e du nouvel article 34 s'appliqueraient également à la sollicitation de propositions. En ce qui concerne les cas d'urgence non catastrophiques visés à l'alinéa b du nouvel article 34, le Groupe de travail a noté que l'on s'inquiétait de voir que si ces circonstances n'étaient pas prévues dans le cadre de la procédure de sollicitation de propositions, les Etats adoptant la Loi type qui incorporaient la sollicitation de propositions ne disposeraient pas d'une méthode de passation des marchés couvrant les urgences non catastrophiques. Il a été proposé de résoudre le problème en incorporant la condition visée à l'alinéa d de l'article 34 parmi les conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions. Toutefois, cette proposition a soulevé des objections au motif que la sollicitation de propositions n'était pas une méthode adaptée aux cas d'urgence. Le Groupe de travail a noté que l'on pourrait également envisager d'élargir le

motif de l'urgence et le retenir pour justifier l'utilisation de la méthode de sollicitation d'une source unique, ceci afin de couvrir les cas d'urgence non catastrophiques. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre l'examen de la question en rapport avec l'examen des conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique.

172. Le Groupe de travail a décidé de supprimer des alinéas *a*, *b* et *c* de l'article 33 *ter* les références qu'ils contiennent à un certain nombre de procédures à suivre dans le cadre du recours à la procédure de sollicitation de propositions. Ces références, qui concernaient le nombre d'entrepreneurs et de fournisseurs appelés à participer et le mode de sélection de la meilleure proposition, avaient été incorporées à l'article sur les conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions en partie pour permettre de distinguer cette méthode de passation des marchés de la procédure d'appel d'offres en deux étapes et de la négociation avec appel à la concurrence. Il a été décidé que maintenant que le problème du chevauchement des conditions régissant l'utilisation de ces méthodes avait été réglé, il n'y avait plus aucune raison d'inclure ces procédures dans l'article 33 *ter*; il convenait donc de les supprimer. Toutefois, le Groupe de travail a réaffirmé l'importance de ces procédures et a demandé au Groupe de rédaction de veiller à ce qu'elles soient traitées comme il convient dans l'article 34 *quater*.

Article 33 quater

Modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions

173. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 33 *quater* figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Nouveau paragraphe 1

174. Le Groupe de travail a décidé que le libellé du nouveau paragraphe 1 devrait être aligné sur celui qui était utilisé à l'article 12 1 *bis*, pour prévoir la publication dans les quotidiens et publications commerciales d'une invitation à soumettre une offre ou d'une invitation à présenter une demande de présélection. Il a également été convenu que les mots "d'économie ou d'efficacité" devraient être remplacés par les mots "d'économie et d'efficacité". A part cela, le Groupe de travail a jugé le nouveau paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphes 1 à 6

175. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 1 à 6 acceptables dans l'ensemble.

Paragraphe 7

176. Le Groupe de travail a demandé au Groupe de rédaction de réviser le libellé de l'alinéa *a* de manière qu'il ne puisse donner à entendre que tous les critères d'évaluation doivent être reproduits dans toute modification de la sollicitation de propositions. Il a été avancé que

ce problème pourrait être résolu en ajoutant le mot "pertinente" après le mot "modification". Il a également été avancé qu'il faudrait indiquer clairement que l'alinéa *a* ne crée aucune obligation nouvelle en ce qui concerne les critères, qui irait au-delà des dispositions du paragraphe 2.

177. Rappelant qu'à sa quatorzième session il avait exprimé l'opinion que les modalités énoncées aux alinéas *b* et *c* pourraient être considérées comme étant présentées à titre d'option ou d'exemple, le Groupe de travail, à sa présente session, a examiné la question de savoir s'il fallait maintenir ou supprimer ces dispositions. Dans le cadre de cet examen, le Groupe de travail a noté que ces deux dispositions avaient été ajoutées aux fins de rendre la procédure de sollicitation de propositions plus rigoureuse. Aucune objection n'ayant été formulée quant au maintien de ces dispositions, le Groupe de travail a décidé qu'elles devaient être maintenues non pas seulement à titre d'option ou d'exemple, mais plutôt à titre d'obligation.

Paragraphe 8

178. Le Groupe de travail a décidé de remplacer les mots "La décision d'attribution" au début du paragraphe par les mots "Toute décision d'attribution", afin de tenir compte de la possibilité que l'entité adjudicatrice n'accepte aucune des propositions qui lui ont été soumises.

179. Selon une opinion exprimée, le paragraphe 8 devrait préciser que l'entité adjudicatrice n'attribuera le marché qu'à l'entrepreneur ou au fournisseur qui a soumis la proposition répondant le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice, conformément aux critères d'évaluation des propositions.

Nouvel article 34

Conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence

180. Le Groupe de travail a examiné la version révisée du nouvel article 34 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

181. Le Groupe de travail a convenu dans l'ensemble de conserver les conditions actuelles régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence. Il a également examiné le point de savoir quelles méthodes de passation des marchés il faudrait prévoir pour les cas d'urgence et comment il conviendrait de formuler la condition relative à l'urgence dans le cadre des méthodes auxquelles elle devrait s'appliquer. Le Groupe de travail a convenu de retenir la condition relative à la survenance d'un événement catastrophique énoncée à l'alinéa nouveau 1 *c* de l'article 35 comme motif de recours à la procédure de sollicitation d'une source unique, et la condition relative à l'urgence imprévisible énoncée à l'alinéa *b* du nouvel article 34 comme motif de recours à la négociation avec appel à la concurrence.

182. L'urgence liée à des événements qui ne sont pas catastrophiques n'étant pas couverte par cette approche dans les Etats qui ne connaissent pas la négociation avec

appel à la concurrence, le Groupe de travail s'est efforcé de combler cette lacune en donnant à l'entité adjudicatrice le pouvoir et la flexibilité requis pour choisir la méthode de passation des marchés la plus appropriée aux cas d'urgence. Il a été admis que cela pouvait se faire en insérant dans le nouvel article 34 et dans l'article 35 des conditions parallèles visant les cas d'urgence. Dans ce système, l'urgence liée à des événements qui n'étaient pas catastrophiques serait maintenue comme motif de recours à la négociation avec appel à la concurrence; en outre, cette dernière procédure serait également autorisée dans les cas d'urgence liée à un événement catastrophique. Pareillement, la procédure de sollicitation d'une source unique pourrait être utilisée dans tous les cas d'urgence, que celle-ci soit liée ou non à un événement catastrophique. Cette approche fournirait aux Etats qui ne connaissaient pas la négociation avec appel à la concurrence une méthode de passation des marchés pouvant s'appliquer à des cas d'urgence liée à des événements qui n'étaient pas catastrophiques.

183. S'agissant du cas de l'urgence liée à un événement catastrophique déjà visé à l'alinéa nouveau 1 c de l'article 35 et qu'il faudrait à présent incorporer dans le nouvel article 34, il a été proposé de revoir la formulation de la disposition, de manière qu'au lieu de mentionner spécifiquement des circonstances catastrophiques, elle se réfère à un intérêt public pressant et urgent en raison duquel il serait impossible ou imprudent de la part de l'entité adjudicatrice de traiter avec plus d'un entrepreneur ou fournisseur.

184. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait qu'une telle approche, fondée sur une plus grande souplesse et liberté de décision, conférerait une importance accrue à l'exigence relative au compte rendu énoncée au paragraphe 5 de l'article 7. Une proposition visant à limiter le recours à la négociation avec appel à la concurrence dans les cas d'urgence en disposant que pareille procédure devrait avoir pour effet d'accélérer la conclusion d'un marché a été jugée impraticable, car on ne pouvait exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle sache à l'avance si la négociation avec appel à la concurrence offrirait plus de chances qu'une autre méthode d'accélérer la procédure.

185. S'agissant de la condition énoncée à l'alinéa e, on s'est demandé dans quelle mesure des contrats à des fins de recherche, même lorsqu'ils conduisaient à l'acquisition d'un prototype, rentraient dans la rubrique des marchés de biens et de travaux. Le Groupe de travail a été d'avis que pareils contrats devraient être examinés dans le cadre des conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence. On a noté en même temps que l'alinéa nouveau 1 e de l'article 35 énonçait une condition identique pour le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique. On a estimé que le chevauchement présentait l'avantage de permettre à l'entité adjudicatrice de choisir la méthode de passation des marchés la mieux adaptée aux caractéristiques d'un cas donné. Il a été décidé en conséquence de retenir les contrats à des fins de recherche conduisant à l'acquisition d'un prototype comme motif justifiant le recours à l'une et à l'autre de ces méthodes. Dans ce contexte, on a de nouveau souligné l'importance de l'exigence relative au compte rendu énoncée au paragraphe 5 de l'article 7.

Article 34

Modalités d'application de la négociation avec appel à la concurrence

186. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 34 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

187. Selon une opinion, l'article 34 ne contenait que très peu de modalités d'application de la négociation avec appel à la concurrence par rapport, en particulier, aux dispositions concernant la procédure de sollicitation de propositions. En réponse à cette opinion, on a fait valoir que la procédure de négociation avec appel à la concurrence était souvent utilisée parce que l'entité adjudicatrice n'était pas en mesure d'établir à l'avance tous les critères à utiliser.

188. Le Groupe de travail a jugé l'article 34 dans l'ensemble acceptable.

Nouvel article 34 bis

Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

189. Le Groupe de travail a examiné la version révisée du nouvel article 34 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et a jugé cet article dans l'ensemble acceptable.

Article 34 bis

Modalités d'application de la procédure de sollicitation de prix

190. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 34 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et a jugé cet article dans l'ensemble acceptable.

Article 35

Procédure de sollicitation d'une source unique

191. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 35 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

192. Le Groupe de travail a confirmé la décision qu'il avait prise lors de l'examen du nouvel article 34 de transposer à l'article 35 une disposition s'inspirant du paragraphe b du nouvel article 34.

193. Le Groupe de travail s'est également prononcé en faveur du maintien de l'alinéa nouveau 1 e de l'article 35, qui permet à l'entité adjudicatrice de recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique pour des contrats à des fins de recherche. Le Groupe de travail a jugé l'article 35 dans l'ensemble acceptable.

194. Ayant terminé l'examen des conditions régissant l'utilisation des différentes méthodes de passation des

marchés, le Groupe de travail a ensuite examiné une question de rédaction, celle de savoir où lesdites conditions devraient figurer. En particulier, on s'est demandé s'il convenait de regrouper dans l'article 7 toutes les conditions, y compris celles régissant la procédure de sollicitation d'une source unique et la procédure de sollicitation de prix, ou de prévoir un groupe d'articles à proximité de l'article 7, ou de regrouper uniquement les conditions régissant l'utilisation respectivement de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, de la procédure de sollicitation de propositions et de la procédure de négociation avec appel à la concurrence. Dans le même ordre d'idées, on s'est demandé si les conditions relatives à l'urgence qui concernaient la procédure de sollicitation d'une source unique et la procédure de négociation avec appel à la concurrence devaient figurer à l'article 7. Une autre question concernait le regroupement éventuel des mentions de l'exigence d'approbation dont dépendait le recours aux méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres.

195. Tout en reconnaissant l'avantage qu'il y avait à regrouper toutes les conditions dans l'article 7, on a dit qu'on risquait, dans ces conditions, de se trouver en présence d'un article excessivement long et apparemment assez complexe.

196. Une autre suggestion, qui a eu l'appui du Groupe de travail et a été transmise au Groupe de rédaction, visait à traiter dans l'article 7 toutes les conditions communes, les conditions propres à telle ou telle méthode devant être abordées dans les articles consacrés à ces méthodes. De ce fait, les conditions régissant l'utilisation respectivement de la procédure de sollicitation d'une source unique et de la procédure de sollicitation de prix seraient en principe traitées de manière distincte, car elles étaient propres à ces méthodes. On a proposé, parallèlement, d'enlever l'article 7 du chapitre I^{er}, qui comportait un grand nombre de dispositions générales, et d'en faire un chapitre distinct traitant des méthodes de passation des marchés et des conditions régissant leur utilisation. Dans ce cadre, les conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique et de la procédure de sollicitation de propositions pourraient être traitées de manière distincte. Le Groupe de travail a noté que, dans l'hypothèse où l'on regrouperait les conditions régissant l'utilisation des différentes méthodes, la Loi type ne comporterait aucun article traitant spécifiquement de la procédure de sollicitation d'une source unique, car les modalités d'application de cette procédure n'étaient énoncées nulle part. Pour remédier à cet état de choses, on a proposé de conserver dans l'article 35 une formulation s'inspirant du nouveau paragraphe 1.

Article 36

Droit de recours

197. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 36 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

198. Le Groupe de travail a décidé de maintenir la note affectée d'un astérisque qui a trait à l'intitulé du chapitre

IV consacré au droit de recours. On a estimé qu'une exception à la décision de ne pas assortir la Loi type de notes était justifiée par l'importance des renseignements contenus dans la note. La note en question expliquait la différence de nature qui existait entre les dispositions relatives au droit de recours, en ce sens que certains Etats souhaiteraient peut-être se servir de ces dispositions uniquement pour l'évaluation des procédures de recours en vigueur. Le Groupe de travail est également convenu que le caractère particulier du chapitre IV devait être également examiné plus avant dans le commentaire.

199. Quant au libellé de la note, on est convenu qu'il fallait faire référence à des "raisons d'ordre constitutionnel et autre" plutôt qu'à des "raisons d'ordre constitutionnel" uniquement. Cette modification visait à surmonter les obstacles de caractère autre que constitutionnel à l'incorporation du chapitre IV.

Paragraphe 1

200. On a exprimé la crainte que la règle relative à la qualité pour agir qui avait en vue "tout entrepreneur ou fournisseur qui a un intérêt à obtenir un marché attribué à la suite d'une procédure de passation de marchés" n'élargisse par trop le champ d'application de la disposition. On a également fait valoir que cette règle pourrait être source d'incertitude et d'actions en justice injustifiées et qu'elle allait à l'encontre de la décision prise par le Groupe de travail à l'article 2 de circonscrire l'emploi de l'expression "tout fournisseur ou entrepreneur" de façon à exclure les fournisseurs et entrepreneurs qui ne se trouveraient pas dans une situation assez voisine de celle considérée dans un contexte donné (voir par. 30). Compte tenu de la crainte susévoquée, il a été proposé de reformuler le paragraphe comme suit :

"1. Sous réserve du paragraphe 2, tout entrepreneur ou fournisseur qui affirme avoir subi une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la présente loi, peut introduire un recours contre cet acte, cette décision ou cette procédure conformément aux articles 37 à 41."

201. On a fait valoir toutefois que les mots proposés "qui affirme avoir subi une perte ou un préjudice" pourraient néanmoins avoir pour effet d'élargir démesurément le droit des fournisseurs ou entrepreneurs d'introduire un recours, droit qui devait être accordé aux seuls fournisseurs ou entrepreneurs qui auraient réellement subi une perte ou un préjudice. On a souligné que tant qu'il n'était pas statué sur les faits, on pouvait seulement dire d'une action en recours qu'elle "affirme" un préjudice, et, de plus, même si l'intéressé avait effectivement subi et non seulement risqué de subir un préjudice, il se pourrait, au moment où le recours était introduit, que l'on ne dispose pas de renseignements précis quant à l'ampleur de la perte effectivement subie. Le Groupe de travail a également affirmé que le droit de recours, loin d'être limité aux actions rétroactives, devrait également être accordé aux fournisseurs et entrepreneurs qui affirmaient risquer de subir une perte ou un préjudice.

202. On a exprimé l'avis que la référence à l'article 40 n'avait pas sa raison d'être dans la mesure où cet article

traitait des instances judiciaires. On s'est toutefois accordé à dire que si l'article 36 ne visait pas principalement le recours judiciaire, le recours administratif pourrait également avoir quelque rapport avec l'action devant les tribunaux.

Paragraphe 2

203. Bien qu'un avis favorable au maintien de la référence aux "fournisseurs ou entrepreneurs nationaux" ait été exprimé, l'avis général a été que cette référence devait être supprimée de l'alinéa *b* par souci de concordance avec l'article 8 *ter*.

204. On a exprimé l'avis que l'alinéa *c* devait être élargi également aux procédures d'appel d'offres en deux étapes et de sollicitation de propositions.

205. Le Groupe de travail a réaffirmé que la distinction entre l'obligation et la discrétion et, lorsqu'une obligation était imposée, l'objet de cette obligation devrait servir de base pour distinguer entre les dispositions qui ouvraient aux particuliers un droit de recours et les autres. Selon cette approche, les dispositions faisant obligation à l'entité adjudicatrice d'exercer son pouvoir discrétionnaire n'ouvrieraient droit à réparation aux particuliers, sauf pour autant que l'entité adjudicatrice avait totalement manqué d'exercer sa discrétion ou qu'elle l'avait exercée d'une manière arbitraire. Par ailleurs, il était des dispositions qui, ainsi que l'indiquait le paragraphe 2, faisaient intervenir le pouvoir discrétionnaire de l'entité adjudicatrice et revêtaient un caractère d'intérêt général et, par suite, ne devaient pas être considérées comme créant un quelconque droit au profit des particuliers et ne devaient aucunement leur ouvrir droit à réparation. On a toutefois exprimé la crainte que, tel qu'il était actuellement libellé, l'article 36 ne mette pas à l'abri de tout recours tous les cas d'exercice de pouvoir discrétionnaire méritant une exemption. C'est ainsi que l'on a formulé la proposition suivante :

"f) toute autre décision à l'occasion de laquelle l'entité adjudicatrice exerce un pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de la présente loi."

206. Le Groupe de travail a hésité à adopter la proposition. On a fait observer que si l'on insérait une telle clause dans la loi, il ne resterait pratiquement plus de voie de recours dans la mesure où la quasi-totalité des mesures que l'entité adjudicatrice prenait sous l'empire de la Loi type impliquaient l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans une certaine mesure. On a déclaré qu'une telle suggestion aurait pour effet d'entamer sérieusement l'efficacité des procédures de recours en tant que moyen d'exécution des dispositions de la Loi type. Le Groupe de travail est convenu que toute disposition de ce type devrait être rédigée soigneusement de manière à dissiper ces craintes.

Article 37

Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle

207. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 37 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.36.

Paragraphe 1

208. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

209. On est convenu d'évoquer dans le commentaire la nécessité pour les Etats adoptant la Loi type d'élaborer des règlements touchant les formalités de procédure détaillées que tout fournisseur ou entrepreneur devrait accomplir en vue d'engager la procédure de recours. Par exemple, ces règlements pourraient préciser si une déclaration succincte faite par télégramme pourrait être considérée comme suffisante, sous réserve de la production des moyens de preuve à une date ultérieure.

Paragraphe 2

210. On a exprimé des craintes touchant les délais et dates limites prévus à l'article 37 et dans les articles subséquents. D'un côté, on a exprimé le désir de voir le mot "jours" utilisé de manière cohérente. On a souligné que le terme "jours" employé au paragraphe 2 pourrait ne pas cadrer avec la définition des délais donnée ailleurs, par exemple au paragraphe 4 qui faisait appel à la notion de "jours ouvrables" et qu'il fallait utiliser la même formulation partout dans le texte de la Loi type. On a exprimé l'avis que l'on pourrait retenir la notion de "jours ouvrables" à condition de préciser qu'il s'agissait de "jours ouvrables" dans le pays de l'entité adjudicatrice. On a toutefois souligné que, étant donné que le sens donné à cette expression variait d'un Etat à l'autre, il fallait éviter de parler de "jours ouvrables" et que les délais pourraient être exprimés avec plus de certitude en employant partout dans la Loi type l'expression "jours civils". On a par ailleurs fait observer que, dans la mesure où la plupart des Etats avaient adopté des lois interprétatives définissant le "jour" ou le "jour ouvrable", on pourrait ne pas traiter de la question à un niveau de détail aussi poussé dans la Loi type.

211. On a par ailleurs craint que les délais et dates limites prévus à l'article 37 et dans les dispositions suivantes ne soient trop courts, au point d'empêcher d'exercer véritablement le droit de recours. Le Groupe de travail n'a pas été favorable à l'idée de laisser la question en suspens dans la Loi type. On a jugé souhaitable de préciser les délais préférés dans la Loi type. On a suggéré d'indiquer dans le commentaire que les dates fixées dans la Loi type avaient valeur de normes et d'y examiner des solutions aux problèmes touchant par exemple l'effet des jours fériés.

212. En conséquence, le Groupe de travail est convenu que le délai de dix jours imparti à l'entité adjudicatrice pour connaître d'une réclamation était trop court, surtout quand on considère le caractère international de la procédure et qu'il fallait le porter à vingt jours.

213. On est également convenu qu'il fallait laisser au responsable de l'entité adjudicatrice toute discrétion pour connaître d'une réclamation qui aurait été présentée après l'expiration de la période de vingt jours. On a suggéré que l'on pourrait y pourvoir en remplaçant les mots "ne connaît" par les mots "n'est tenu de connaître".

Paragraphe 3

214. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 4

215. Si ce n'est que le délai devrait être porté de vingt à trente jours, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 généralement acceptable.

Paragraphe 5

216. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité de cette disposition, puisque la plupart des systèmes juridiques prévoyaient des recours judiciaires, mais le Groupe de travail a cependant noté que, dans de nombreux pays, une clause telle que le paragraphe 5, sur les conséquences administratives et judiciaires dans les cas où l'autorité administrative ne rendrait pas sa décision dans les délais prévus, serait jugée essentielle.

217. On a également noté que, compte tenu de la décision de limiter les possibilités de recours aux fournisseurs et entrepreneurs, prise à une session antérieure à propos de l'article 36, il convenait de remplacer "le requérant" par "le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation". Par ailleurs, le paragraphe 5 a été jugé généralement acceptable.

Paragraphe 6

218. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 6 généralement acceptable.

Article 38*Recours administratif*

219. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 38 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

220. S'agissant de l'alinéa *a*, on a dit qu'il faudrait se référer au moment où le fournisseur ou l'entrepreneur "a pris connaissance de son droit d'introduire un recours et non au moment où il a pris connaissance des circonstances qui motivent la réclamation". Cette proposition visait à prendre en considération les cas où le fournisseur ou l'entrepreneur ne pouvait plus présenter un recours aux termes de l'article 37 parce que le contrat d'achat était entré en vigueur. Il a été généralement convenu que l'alinéa *a* ou une autre disposition de la loi type devait s'appliquer à ce cas puisque le principe sous-jacent était que le requérant devait pouvoir introduire un recours en vertu de l'article 38 si l'article 37 ne s'appliquait plus.

221. S'agissant de l'alinéa *c*, compte tenu de la décision prise au sujet du délai à l'article 37, il a été convenu de porter de dix à vingt jours le délai prévu dans cet alinéa. Il a été dit qu'il faudrait mentionner dans cet alinéa les cas où le fournisseur ou l'entrepreneur a été effectivement lésé par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice mais il a été généralement convenu que, pour les raisons exposées à propos de l'article 36 (voir par. 201), il fallait garder la formule "s'estime lésé". On a noté que des changements analogues devraient être apportés aux alinéas *a* et *b*.

222. Sous réserve des modifications ci-dessus, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 généralement acceptable.

Paragraphe 1 bis

223. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 *bis* généralement acceptable.

Paragraphe 2

224. On a noté que si le paragraphe 1 établissait, pour l'introduction d'un recours administratif, certains délais qui étaient liés au moment où le requérant avait pris connaissance des circonstances qui motivent la réclamation, la Loi type ne prévoyait pas, en termes absolus, de délais dans lesquels l'organe administratif devait faire droit à la réclamation ou débouter le requérant. Il a été dit que, dans la mesure où l'article 38 ne déplaçait pas la compétence des tribunaux, la législation nationale devait s'appliquer, d'autant plus que, dans certains pays, cette procédure administrative pourrait prendre la forme d'une procédure quasi judiciaire, avec auditions ou autres pratiques nécessitant beaucoup de temps. Toutefois, selon l'avis le plus répandu, il fallait imposer à l'organe administratif un délai global de trente jours et on a noté qu'il serait possible de surmonter les difficultés que pourrait soulever cette restriction dans certains pays, notamment à cause du caractère facultatif de cet article.

225. On a noté qu'à l'alinéa *c* le terme "personne" s'estimant lésée serait remplacé par "le fournisseur ou l'entrepreneur".

Paragraphe 3

226. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 généralement acceptable.

Paragraphe 4

227. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 généralement acceptable. Il a été dit cependant qu'il n'y avait pas lieu de mentionner une action intentée en vertu de l'article 40 puisque les dispositions relatives au recours ne visaient pas les procédures judiciaires.

Article 39*Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 37 [et de l'article 38]*

228. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 39 renfermée dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

229. L'on a exprimé l'opinion que ce paragraphe imposait une contrainte excessive à l'entité adjudicatrice et qu'il faudrait supprimer l'obligation d'aviser tous les fournisseurs et entrepreneurs de la présentation de la réclamation et de son contenu. Cette opinion n'a pas été retenue et le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable.

Paragraphe 2

230. Le Groupe de travail a décidé de rajouter une disposition stipulant que l'entrepreneur ou le fournisseur qui refuserait de participer à la procédure de recours ne pourrait formuler par la suite de réclamation du même type.

231. L'on a exprimé l'opinion que le critère indiqué au paragraphe 2 pour décider des fournisseurs ou entrepreneurs qui seraient autorisés à participer à la procédure de recours — à savoir tout fournisseur ou entrepreneur dont les intérêts étaient ou "pourraient être lésés" — était trop vague et que l'on ne devrait retenir que les cas dans lesquels les intérêts du fournisseur ou de l'entrepreneur auraient été effectivement lésés. Il a été avancé qu'une telle restriction permettrait de faire en sorte que la procédure de recours ne prenne pas des proportions démesurées et ne perturbe pas indûment la procédure de passation de marchés. Cependant, l'opinion qui a prévalu était que le libellé de la version révisée était adéquat, d'autant que l'organe de recours avait toute discrétion pour décider si un entrepreneur ou un fournisseur répondait aux critères. L'on a également estimé qu'il ne fallait pas limiter de façon indue la possibilité d'élargir la participation à la procédure de recours, dans la mesure où il était dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice de prendre connaissance le plus rapidement possible des réclamations et de toute information.

232. L'on a exprimé l'opinion que le paragraphe 2 n'indiquait pas clairement si les autorités gouvernementales, en particulier l'autorité de tutelle, étaient habilitées à participer à la procédure de recours. L'on s'est accordé à penser que le "droit de participer" devrait être expressément étendu à ces autorités.

Paragraphe 3

233. L'on s'est accordé à penser qu'il convenait de remplacer le délai de cinq jours par un délai de sept jours et de stipuler expressément que ce délai devait courir à compter de la date de la publication de la décision par le responsable de l'entité adjudicatrice.

234. L'on a exprimé l'opinion que l'obligation faite aux responsables de l'organe de recours d'adresser une copie de la décision au fournisseur, ou à l'entrepreneur, ou à l'autorité administrative ayant participé à la procédure de recours imposait une contrainte excessive. L'opinion qui a prévalu, cependant, était que cette obligation devait être maintenue.

*Article 40**Recours judiciaire*

235. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 40 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

236. On s'est interrogé sur l'utilité de l'article 40, car l'on pouvait présumer que la compétence d'un tribunal serait déterminée en vertu des lois pertinentes.

237. On a fait observer qu'il fallait préciser dans le commentaire que le but de cet article n'était pas de limiter

les voies de recours judiciaire offertes par d'autres lois applicables ni d'empiéter sur ces dernières. L'un de ses objectifs important était plutôt de faire une recommandation et de fournir des orientations aux pays où les seuls mécanismes de recours judiciaire appropriés étaient ceux qu'offrirait la Loi type. On a cependant noté que l'on partait de l'hypothèse qu'en vertu de la Loi type toutes les voies de recours administratives devaient être épuisées avant que l'on puisse intenter un recours judiciaire.

238. On s'est généralement accordé à dire que le texte actuel devait être amélioré de manière à ce qu'il soit clair que l'on pouvait interjeter appel non seulement d'une décision prise par une instance de recours, mais aussi du non-respect par une telle instance des délais qui lui étaient impartis pour parvenir à une décision.

239. On s'est soucié de savoir si l'article 40 autoriserait une entité adjudicatrice à intenter un recours judiciaire contre la décision d'un organe administratif. On a fait observer que la mention de l'article 36, qui donnait au fournisseur et à l'entrepreneur le droit d'intenter un recours, pouvait indûment laisser penser que seuls les fournisseurs et les entrepreneurs avaient un droit de recours judiciaire. Il a été convenu que le libellé de l'article 40 devait être amélioré afin qu'on ne puisse considérer qu'il interdit aux entités adjudicatrices d'intenter un recours judiciaire contre des décisions adoptées à des niveaux inférieurs de la procédure de recours. Le libellé ci-après a été adopté :

"Le [insérer le nom du tribunal (des tribunaux)] est compétent pour les actions récursoires judiciaires intentées contre les décisions rendues (ou non prises dans les délais prescrits) par les instances de recours en vertu des article 37 et 38."

*Article 41**Suspension de la procédure de passation du marché*

240. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 41 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

241. Il a été proposé que l'article 41 soit placé avant l'article 40, qui traite du recours judiciaire. On a fait observer que cela éclaircirait le fait que l'article 41 touche aux procédures visées à l'article 37 et à l'article 38, et non aux procédures judiciaires. On a noté que sa place actuelle était inappropriée, puisqu'il n'avait rien à voir avec le recours judiciaire. Cette proposition a été acceptée.

Paragraphe 1

242. On a estimé qu'il ne devrait pas y avoir de suspension automatique et que l'entité adjudicatrice devrait pouvoir, à sa discrétion, suspendre ou non la procédure de passation du marché en cas de réclamation. Le Groupe de travail a cependant réaffirmé la décision qu'il avait prise à sa quatorzième session, à savoir que l'article 41 devait prévoir la suspension obligatoire, sous réserve que la réclamation réponde à certains critères énoncés dans la Loi type.

243. On a proposé de modifier cette disposition de manière à stipuler que la suspension ne pouvait être octroyée que si l'entité adjudicatrice "s'était assurée" que les conditions de suspension étaient remplies. Il a été objecté à cette proposition qu'une telle formulation serait contraire à la décision tendant à ce qu'une demande de suspension ne comporte ni procédure contradictoire ni examen des preuves, mais soit plutôt une procédure *ex parte* fondée sur l'affirmation par l'auteur de la réclamation d'une certaine situation. On a aussi suggéré que la possibilité de déroger à la suspension prévue au paragraphe 4 rendait inutile toute autre limitation. Dans le même temps, il a été reconnu que, même dans le contexte d'allégations *ex parte*, l'entité adjudicatrice devait avoir la faculté de prendre connaissance de la réclamation et de rejeter toute réclamation inconsistante. Le Groupe de travail est convenu de reformuler le paragraphe 1 de manière à ce qu'il soit permis à l'entité adjudicatrice de s'assurer que la réclamation n'est pas futile avant qu'une suspension ne soit exécutée.

244. Plusieurs versions du libellé qu'il conviendrait d'adopter en vue de refléter les considérations ci-dessus ont été proposées à l'examen du groupe de rédaction. Dans l'une d'elles, les allégations devaient être telles que, "si elles étaient prouvées, elles démontreraient que le fournisseur ou l'entrepreneur subirait un dommage irréparable de suspension". Cette proposition n'a recueilli qu'un petit nombre de suffrages. Le Groupe de travail s'est montré plus favorable à une autre proposition, aux termes de laquelle les allégations de l'entrepreneur et du fournisseur devaient être de nature à "convaincre l'instance de recours que le fournisseur ou l'entrepreneur subirait un dommage irréparable faute de suspension et que la réclamation n'était pas inconsistante". Le Groupe de travail a renvoyé ces propositions au groupe de rédaction.

245. Le Groupe de travail a examiné la question de la durée de la suspension. On a estimé que la période de cinq jours prévue au paragraphe 1 était trop courte. Il a été suggéré qu'une durée de trente jours serait plus appropriée, car elle donnerait à l'instance de recours suffisamment de temps pour prendre une décision sur la réclamation dont elle était saisie. On a aussi suggéré que cela serait conforme aux délais dont le Groupe de travail était convenu à propos des articles 37 et 38, surtout si l'on considérait qu'il semblerait illogique d'accorder trente jours pour prendre une décision, mais de fixer à seulement cinq jours la durée minimale d'une suspension. Contre cette proposition, il a été souligné que l'entité adjudicatrice pouvait, aux termes du paragraphe 3, prolonger la suspension afin de protéger les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant la réclamation ou engageant l'action. On a déclaré en outre qu'une période de suspension initiale très courte limiterait toute perturbation de la procédure de passation du marché qu'entraînerait une suspension injustifiée, tout en atteignant l'objectif principal, à savoir maintenir le *statu quo* pendant que l'instance de recours prenait connaissance de la réclamation et déterminait s'il convenait de prolonger la suspension. On a considéré que cette méthode maintenait un équilibre approprié entre les intérêts de l'entité adjudicatrice et ceux des fournisseurs et entrepreneurs.

246. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de maintenir à sept jours la période initiale de suspension prévue au paragraphe 1. Il a été noté que l'exécution de la suspension pourrait avoir une incidence sur les dates limites de la procédure de passation du marché, par exemple la date limite de soumission des offres, et pouvait soulever la question de la validité des garanties de soumission. S'agissant des garanties de soumission, on a noté qu'un fournisseur ou un entrepreneur ne pouvait être requis de prolonger sa garantie de soumission par suite de la suspension de la passation du marché et qu'au contraire il devait être autorisé à se retirer de la procédure sans pénalité.

247. Plusieurs propositions de rédaction ont été faites en ce qui concerne le paragraphe 1. L'une d'entre elles a été de remplacer les mots "article 37 ou 38" par les mots "article 37 et/ou 38". Une autre proposition tendait à remplacer les mots "suspend la procédure de passation du marché" par les mots "suspend la procédure et les délais de passation du marché" afin de préciser le sens de l'expression "suspension de la procédure de passation du marché". Il a été convenu de renvoyer ces propositions au groupe de rédaction. Le Groupe de travail a affirmé qu'il fallait préférer le mot "déclaration" au mot "affidavit", d'usage peu courant.

Paragraphe 2

248. On a proposé de supprimer le membre de phrase "après que l'avis d'acceptation a été donné", en faisant valoir que le paragraphe 2 devrait s'appliquer à la fois au cas où l'avis d'acceptation entraîne automatiquement l'entrée en vigueur du marché et à celui où le marché ne prend effet qu'après signature effective d'un contrat. On a fait observer qu'il doit en être ainsi pour qu'il y ait conformité avec le paragraphe 5 de l'article 32. La proposition a été acceptée.

249. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si le paragraphe 2 devrait limiter de façon générale la durée de la suspension. On a proposé de fixer un délai uniforme de trente jours, en faisant valoir qu'en l'absence de limite la suspension pourrait durer jusqu'à devenir incommode, en particulier en cas de recours devant des instances administratives. Mais on a fait valoir à l'opposé que si un délai était imposé, l'entrepreneur ou le fournisseur auteur de la réclamation resterait sans recours au cas où une instance administrative n'aurait pas statué dans le délai de trente jours. On a toutefois fait observer que ce fournisseur ou entrepreneur aurait vraisemblablement d'autres recours judiciaires. La proposition tendant à limiter de façon générale à trente jours le délai de réclamation a été acceptée, sous réserve d'un éventuel complément d'examen.

Paragraphe 3

250. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 4

251. Il a été proposé de stipuler au paragraphe 4 que lorsque l'entité adjudicatrice détermine qu'une réclamation de la nature de celle visée au paragraphe 1 ne doit pas

automatiquement entraîner la suspension, toutes informations à ce sujet devront être versées au dossier. La proposition a été acceptée.

II. Rapport du Groupe de rédaction

252. Le Groupe de travail a procédé à un examen d'ensemble des divers projets d'articles de la Loi type tels que révisés par le groupe de rédaction et il a adopté ces textes. On trouvera en annexe l'ensemble du projet de Loi type.

III. Travaux futurs

253. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de communiquer le texte du projet de Loi type aux gouvernements et aux organisations intéressées afin que ceux-ci fassent connaître leurs vues sur ce texte. Ces observations seraient regroupées dans un document qui accompagnerait le projet définitif lorsque celui-ci, a-t-on noté, serait soumis à la Commission à la vingt-sixième session, afin qu'elle le revoie une dernière fois et l'adopte.

254. Le Groupe de travail a réaffirmé sa décision antérieure concernant la nécessité d'établir un commentaire pour guider le législateur national à l'occasion de l'incorporation de la Loi type dans le droit interne. S'agissant des délais et de la méthode d'élaboration de ce texte, le Groupe de travail a de nouveau prévu, comme il l'avait décidé à sa précédente session, que lorsqu'un projet de commentaire aurait été préparé par le Secrétariat, il le soumettrait à l'examen d'une petite équipe de travail *ad hoc* travaillant à titre officieux. Il a souligné qu'il serait souhaitable que les représentants et les observateurs ayant participé à l'élaboration du projet de Loi type participent également aux travaux de cette équipe *ad hoc*. Cette équipe se réunirait à Vienne, peut-être en octobre 1992.

255. Le Groupe de travail a relevé avec intérêt que le Secrétariat rédigerait une note analysant s'il serait souhaitable et faisable d'élaborer des dispositions uniformes pour réglementer les marchés portant sur les services, note qui serait présentée à la Commission réunie pour sa vingt-sixième session en même temps que d'autres études relatives au plan des travaux ultérieurs. Le Groupe de travail a jugé que le Secrétariat pourrait envisager dans cette note différentes possibilités quant à l'éventail de services auxquels s'appliqueraient de telles dispositions.

ANNEXE

PROJET DE LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS ADOPTÉ PAR LE GROUPE DE TRAVAIL*

PRÉAMBULE

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés de biens et de travaux afin de promouvoir les objectifs suivants :

*Le texte du projet de Loi type est suivi d'un index comparatif indiquant la nouvelle numérotation assignée aux dispositions du projet de Loi type après son adoption par le Groupe de travail.

a) Faciliter au maximum l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés;

b) Promouvoir et encourager la participation à la procédure de passation des marchés de fournisseurs et d'entrepreneurs, notamment, le cas échéant, la participation de fournisseurs et d'entrepreneurs sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;

c) Promouvoir la concurrence entre les fournisseurs et les entrepreneurs pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux requis;

d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;

e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés, ainsi que la confiance en ce processus;

f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés,

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. *Champ d'application*

1. La présente Loi s'applique à tous les marchés passés par des entités adjudicatrices, sauf disposition contraire du paragraphe 2 du présent article.

2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, la présente Loi ne s'applique pas :

a) A la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale;

b) ... (l'Etat adoptant la Loi type peut spécifier dans la présente Loi d'autres catégories de marchés à exclure);

c) A la passation de marchés d'une catégorie exclue dans la réglementation des marchés.

3. La présente Loi s'applique à toutes les catégories de marchés visées au paragraphe 2 du présent article lorsque — et dans la mesure où — l'entité adjudicatrice en informe expressément les fournisseurs et entrepreneurs lors de leur première demande de participation à la procédure de passation d'un marché.

Article 2. *Définitions*

Aux fins de la présente Loi :

a) Les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition par un moyen quelconque, y compris l'achat, la location, le crédit-bail ou la location-vente, de biens ou de travaux, y compris les services connexes à la fourniture des biens ou aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens ou des travaux eux-mêmes;

b) Les mots "entité adjudicatrice" désignent :

i)

Option I pour l'alinéa i

Tout département, organisme, organe ou autre service gouvernemental du présent Etat, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

Option II pour l'alinéa i

Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement", ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'Etat adoptant la Loi type), ou

toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

- ii) (Chaque Etat adoptant la Loi type insère dans le présent alinéa et, si nécessaire, dans d'autres alinéas, le nom des autres entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, devant être incluses dans la définition des termes "entité adjudicatrice");

c) Le mot "biens" désigne des matières premières, produits, équipements et autres objets matériels de toute nature, qu'ils soient sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l'électricité;

d) Le mot "travaux" désigne toutes les activités liées à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'une usine, telles que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection, la construction, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les activités de forage, de cartographie, de photographie par satellite, les études sismiques et les activités similaires connexes auxdites activités si elles sont fournies dans le cadre du marché;

e) Les mots "fournisseur ou entrepreneur" désignent, selon le contexte, toute partie potentielle ou la partie à un marché passé avec l'entité adjudicatrice;

f) Le mot "marché" désigne un contrat conclu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur à la suite d'une procédure de passation de marchés;

g) Les mots "garantie de soumission" désignent une garantie donnée à l'entité adjudicatrice pour garantir l'exécution de l'obligation qu'a un fournisseur ou un entrepreneur présentant une offre de conclure un marché si celui-ci lui est adjugé, notamment des mécanismes tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lignes de crédit, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change;

h) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte monétaires.

Article 3. *Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)]*

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent Etat née ou découlant de

a) Tout traité ou autre forme d'accord auquel il est partie avec un ou plusieurs autres Etats;

b) Tout accord avec une institution internationale intergouvernementale de financement conclu par le présent Etat;

c) Tout accord entre le gouvernement fédéral [nom de l'Etat fédéral] et toutes subdivision ou subdivisions [nom de l'Etat fédéral], ou entre deux ou plusieurs desdites subdivisions,) les conditions du traité ou de l'accord prévalent; mais, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi.

Article 4. *Réglementation des marchés*

Le ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe ou l'autorité habilité à promulguer la réglementation des marchés) est autorisé à promulguer la réglementation des marchés ayant pour objet d'atteindre les objectifs de la présente Loi et de donner suite à ses dispositions.

Article 5. *Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés*

Le texte de la présente Loi, de la réglementation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'appli-

cation générale relatives aux marchés régis par la présente Loi, ainsi que de toutes les modifications auxdits textes, est promptement mis à la disposition du public et systématiquement géré en vue de sa consultation.

Article 6. *Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs*

1. Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation d'un marché.

2. Sous réserve du droit qu'ont les fournisseurs et entrepreneurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, l'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs et entrepreneurs participant à la procédure de passation d'un marché qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits fournisseurs et entrepreneurs :

a) Possèdent les compétences techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences en matière de gestion, la fiabilité, l'expérience et la réputation et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

b) Sont légalement habilités à conclure le marché;

c) Ne sont pas en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, que leurs affaires ne sont pas gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, que leurs activités commerciales n'ont pas été suspendues et qu'ils ne font pas l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

d) Se sont acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans le présent Etat;

e) N'ont pas été, non plus que leurs représentants légaux ou leurs préposés, condamnés pour un délit pénal lié à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché, durant une période de ... ans (l'Etat adoptant la Loi type spécifie cette période) précédant le lancement de la procédure de passation du marché, ou n'ont pas été de toute autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation.

3. Toute condition requise en application du paragraphe 2 du présent article est énoncée dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation et s'applique également à tous les fournisseurs et entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure concernant les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs, autres que ceux prévus au paragraphe 2 du présent article.

4. L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation.

5. Sous réserve des dispositions des articles 9 a et 29-4 d, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure en ce qui concerne les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs qui entraîne une discrimination à l'encontre ou parmi des fournisseurs et entrepreneurs ou à l'encontre de catégories de fournisseurs et d'entrepreneurs sur la base de la nationalité.

6. L'entité adjudicatrice peut exclure un fournisseur ou un entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications sont fausses ou inexacts.

7. Sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection, un fournisseur ou un entrepreneur affirmant qu'il satisfait aux critères de qualification n'est pas écarté de la procédure de passation d'un marché au motif qu'il n'a pas fourni la preuve qu'il est qualifié conformément au paragraphe 2 du présent article, s'il s'engage à fournir cette preuve au plus tard à la date d'expiration du délai de soumission des offres et si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit en mesure de le faire.

Article 7. Procédure de présélection

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre de la procédure de passation d'un marché menée conformément aux chapitres III ou IV, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 6 s'appliquent à la procédure de présélection.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un jeu de documents de présélection à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à présenter une demande de présélection et qui, le cas échéant, en acquitte le prix.

3. La documentation de présélection contient, au minimum, les renseignements devant être spécifiés dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 19-1, à l'exception de ses alinéas *f*, *g* et *i*, ainsi que les renseignements suivants :

- a) Instructions pour la préparation et la soumission des demandes de présélection;
- b) Résumé des principales conditions du marché qui sera conclu à la suite d'une procédure de passation du marché;
- c) Toutes pièces ou autres informations qui doivent être présentées par les fournisseurs et entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications;
- d) Mode et lieu de soumission des demandes de présélection et délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs et entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;
- e) Toutes autres conditions pouvant être énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection;

4. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou d'un entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice, dans laquelle la source de la demande ne sera pas identifiée, est donnée dans un délai raisonnable pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection et communiquée à tous les fournisseurs et entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection.

5. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Cette décision doit reposer uniquement sur les critères énoncés dans les documents de présélection.

6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et fait connaître à toute personne qui en fait la demande les noms de tous les fournisseurs et entrepreneurs présélectionnés. Seuls les fournisseurs et entre-

preneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

7. L'entité adjudicatrice communique sur demande aux fournisseurs et entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de ce rejet, mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet.

8. L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit fournisseur ou entrepreneur. L'entité adjudicatrice disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié, et peut disqualifier un fournisseur ou un entrepreneur si elle découvre, à n'importe quel moment, que les renseignements communiqués lors de la présélection ou de la confirmation étaient faux ou inexacts. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications s'il a ou non réussi à le faire.

Article 8. Participation des fournisseurs et entrepreneurs

1. Les fournisseurs et entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marchés sans distinction de nationalité, sauf dans les cas où l'entité adjudicatrice décide, pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives, de limiter la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité.

2. Si l'entité adjudicatrice limite la participation selon des critères de nationalité conformément au paragraphe 1 du présent article, elle indique dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché les motifs et circonstances justifiant cette restriction.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation d'un marché, l'entité adjudicatrice les informe qu'ils peuvent participer à cette procédure sans distinction de nationalité, cette déclaration ne pouvant être modifiée par la suite; cependant, si elle décide de limiter la participation conformément au paragraphe 1 du présent article, elle les informe de cette décision.

Article 9. Forme des communications

1. Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs et d'entrepreneurs à la procédure de passation d'un marché, les documents, notifications, décisions et autres communications visés dans la présente Loi qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou un entrepreneur ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme assurant que leur contenu est dûment consigné.

2. Les communications entre les fournisseurs et entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7-4 et 6, 11-3, 26-2 *a*, 27-1 *d*, 29-1, 30-3 et 32-1 peuvent être faites par un moyen n'assurant pas que leur contenu est dûment consigné sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme assurant que la confirmation est dûment consignée.

3. L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre ou entre des fournisseurs ou entrepreneurs à raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications.

Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs

Si l'entité adjudicatrice exige que les pièces fournies par les fournisseurs et entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications dans le cadre de la procédure de passation du marché soient authentifiées, elle ne peut imposer aucune condition quant à l'authentification des pièces autre que celles prévues dans la législation du présent Etat relative à l'authentification de pièces de la nature en question.

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1. L'entité adjudicatrice établit un procès-verbal de la procédure de passation des marchés où figurent les éléments d'information suivants :

a) Une brève description des biens ou des travaux requis, ou des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis des offres, des propositions ou des prix;

c) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance de qualifications, des fournisseurs et entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix;

d) Le prix et un résumé des autres principales conditions de chaque offre, proposition ou prix et du marché;

e) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, des propositions ou des prix;

f) Si toutes les offres ont été rejetées en application de l'article 30, une déclaration l'indiquant et énonçant les motifs du rejet, conformément à l'article 30-1;

g) Si une procédure de passation de marchés autre que l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration motivée l'indiquant;

h) Les éléments d'information requis par l'article 12, si une offre, une proposition ou un prix a été rejeté en application de cette disposition;

i) Dans une procédure d'appel d'offres où l'entité adjudicatrice n'envoie d'invitations à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection qu'à certains fournisseurs ou entrepreneurs conformément à l'article 18-3, la déclaration requise en application de cette disposition;

j) Dans une procédure de passation de marchés autre que l'appel d'offres, l'exposé requis en application de l'article 13-2 des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est appuyée pour justifier le choix de la méthode de passation de marchés utilisée;

k) Dans une procédure de passation de marchés où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 8-1, limite la participation sur la base de la nationalité, un exposé des motifs sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est appuyée pour imposer la restriction.

2. La partie du procès-verbal visée aux alinéas a, b et i du paragraphe 1 du présent article est mise à la disposition de quiconque le demande pour examen après qu'une offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté ou après que la procédure de passation de marchés a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché.

3. La partie du procès-verbal visée aux alinéas c à g du paragraphe 1 du présent article est communiquée, pour examen, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix, ou qui ont présenté une demande de présélection, après qu'une offre, une proposition ou un prix a été

accepté ou après que la procédure de passation de marchés a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché, à moins qu'un tribunal compétent n'ordonne que la divulgation soit faite plus tôt. Toutefois, sauf injonction d'un tribunal compétent et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice :

a) Ne divulgue aucune information dont la divulgation serait contraire à la Loi, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

b) Ne divulgue aucune information relative à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix, ainsi qu'au montant des offres, des propositions ou des prix.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas passible de dommages-intérêts envers les fournisseurs et entrepreneurs pour la seule raison qu'elle n'a pas établi de procès-verbal de la procédure de passation de marchés conformément au présent article.

Article 12. Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs

(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice rejette une offre, une proposition ou un prix si le fournisseur ou l'entrepreneur qui lui a soumis des offres, propose, donne ou convient de donner à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice un avantage financier — pécuniaire ou autre —, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'autorité adjudicatrice dans le cadre de la procédure de passation du marché. Le rejet de l'offre, de la proposition ou du prix et les motifs de ce rejet sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et promptement communiqués au fournisseur ou à l'entrepreneur.

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 13. Méthodes de passation des marchés

1. Sauf disposition contraire du présent chapitre, l'entité adjudicatrice désireuse de passer un marché recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2. L'entité adjudicatrice qui utilise une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres en application des articles 14, 15 ou 16 inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode particulière de passation des marchés.

Article 14. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence

1. (Sous réserve de l'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marchés en recourant à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 33, à la sollicitation de propositions conformément à l'article 34 ou à la négociation avec appel à la concurrence conformément à l'article 35, dans les circonstances suivantes :

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les biens ou les travaux et, pour trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins,

- i) Elle sollicite des propositions concernant les différentes possibilités de répondre à ses besoins; ou
- ii) En raison de la nature technique des biens ou des travaux, elle doit négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) Lorsque l'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 2 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et qu'elle conclut que la méthode choisie est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché; ou

d) Lorsqu'une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais qu'aucune offre n'a été soumise ou que toutes les offres ont été rejetées par l'entité adjudicatrice, conformément aux articles 12, 29-3 ou 30, et lorsqu'il est improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres débouche sur la conclusion d'un marché.

2. L'entité adjudicatrice peut aussi engager une procédure de passation de marchés par la négociation avec appel à la concurrence :

a) Lorsque les biens ou les travaux doivent être acquis ou exécutés d'urgence et que, de ce fait, il serait impossible ou imprudent de recourir à la procédure d'appel d'offres, sous réserve que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence n'aient pas pu être prévues par l'entité adjudicatrice ou qu'elles ne résultent pas de manœuvres dilatoires de celle-ci;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, il est urgent de se procurer les biens ou les travaux et qu'il est donc impossible ou imprudent de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés en raison des délais afférents à ces méthodes.

Article 15. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix*

1. (Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché par la sollicitation de prix conformément à l'article 36 pour se procurer des biens immédiatement disponibles qui ne sont pas produits spécialement sur la base des spécifications particulières de l'entité adjudicatrice et pour lesquels il existe un marché, sous réserve que la valeur estimée du marché soit inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés.

2. L'entité adjudicatrice ne divise pas ses passations de marchés en contrats séparés afin de pouvoir invoquer le paragraphe 1 du présent article.

Article 16. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique*

(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique conformément à l'article 37 dans les cas suivants :

a) Les biens ou les travaux ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un fournisseur ou d'un entrepreneur donné, ou un fournisseur ou un entrepreneur donné a des droits exclusifs sur les biens et les travaux et il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;

b) Les biens ou travaux doivent être acquis ou exécutés d'urgence et de ce fait, il serait impossible ou imprudent de recourir à la procédure d'appel d'offres, sous réserve que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence n'aient pas pu être prévues par l'entité adjudicatrice ou qu'elles ne résultent pas de manœuvres dilatoires de celle-ci;

c) En raison d'un événement catastrophique, il est urgent de se procurer les biens ou les travaux et il est donc impossible ou imprudent de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés en raison des délais afférents à ces méthodes;

d) L'entité adjudicatrice, ayant passé avec un fournisseur ou un entrepreneur un marché portant sur des biens, des matériels ou des technologies, conclut que des fournitures supplémentaires doivent être acquises auprès dudit fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation, ou parce qu'il doit y avoir compatibilité avec les biens, matériels ou technologies déjà utilisés, compte tenu de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses besoins, de la taille limitée du marché envisagé par rapport à celle du marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de remplacer les biens en question par d'autres biens;

e) L'entité adjudicatrice souhaite conclure avec le fournisseur ou l'entrepreneur un contrat à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

f) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 2 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et elle conclut que la sollicitation d'une source unique est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché; ou

g) La passation d'un marché avec un fournisseur ou un entrepreneur donné est nécessaire pour atteindre les objectifs d'une politique visée à l'article 29-4 c iii et l'approbation a été obtenue après publication et après que les intéressés ont eu l'occasion de formuler des observations, sous réserve qu'il soit impossible de promouvoir ces objectifs en adjoignant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

CHAPITRE III

Section I. *Sollicitation d'offres et de demandes de présélection*

Article 17. *Appel d'offres national*

Dans une procédure de passation de marchés

a) lorsque la participation est limitée aux fournisseurs et entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8-1, ou

b) lorsque, en raison du faible montant ou de la valeur peu élevée des biens ou des travaux nécessaires, l'entité adjudicatrice décide que seuls les fournisseurs et entrepreneurs nationaux s'intéresseront vraisemblablement à soumettre des offres,

l'entité adjudicatrice ne sera pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 11-2, 19-1 h, 19-1 i, 19-2 c, 19-2 d, 21 j, 21 k, 21 r, 22-4 et 27-1 c de la présente Loi.

Article 18. *Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres ou, le cas échéant, des demandes de présélection en faisant publier une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de

présélection, selon le cas, dans ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection doit être publiée).

2. L'invitation à soumettre une offre ou l'invitation à présenter une demande de présélection doit également être publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de diffusion internationale.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article, l'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, (et sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat peut désigner l'organe chargé de donner son approbation)), solliciter des offres ou, selon le cas, des demandes de présélection en n'envoyant des invitations à soumettre une offre ou, selon le cas, des invitations à présenter une demande de présélection qu'à des fournisseurs et des entrepreneurs sélectionnés par elle. Elle doit sélectionner un nombre suffisant de fournisseurs et d'entrepreneurs pour qu'il y ait réellement concurrence, en vue d'assurer la bonne conduite de la procédure d'appel d'offres. Les motifs et les circonstances du recours à cette procédure sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

Article 19. *Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection*

1. L'invitation à soumettre une offre doit contenir au moins les renseignements suivants :

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) La nature et la quantité des biens à fournir ou la nature et l'emplacement des travaux à effectuer;
- c) Le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux;
- d) Les critères et procédures utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs, conformément à l'article 8-1 a);
- e) Une déclaration, qui ne pourra être modifiée par la suite, aux termes de laquelle les fournisseurs et entrepreneurs peuvent participer à la procédure de passation du marché sans distinction de nationalité, ou une déclaration aux termes de laquelle la participation est limitée sur la base de la nationalité conformément à l'article 8-1, selon le cas;
- f) Les moyens d'obtenir le dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;
- g) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier de sollicitation;
- h) La monnaie et les modalités de paiement du dossier de sollicitation;
- i) La ou les langues dans lesquelles le dossier est disponible;
- j) Le lieu et la date limite de soumission des offres.

2. L'invitation à présenter une demande de présélection n'a pas à contenir les renseignements demandés aux alinéas f), i) et j) du paragraphe 1 du présent article, mais doit contenir les autres renseignements demandés au paragraphe 1, ainsi que les renseignements suivants :

- a) Les moyens d'obtenir la documentation de présélection et le lieu où elle peut être obtenue;
- b) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection;

c) La monnaie et les modalités de paiement de la documentation de présélection;

d) La ou les langues dans lesquelles la documentation est disponible;

e) Le lieu et la date limite de soumission des demandes de présélection.

Article 20. *Communication du dossier de sollicitation*

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation aux fournisseurs et entrepreneurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'invitation à soumettre une offre. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été présélectionné et qui, le cas échéant, acquitte le prix de ce dossier. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de soumission ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs et aux entrepreneurs.

Article 21. *Teneur du dossier de sollicitation*

Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants :

- a) Les instructions pour la préparation des offres;
- b) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article 6, relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article 29-6;
- c) Les stipulations concernant les pièces ou autres renseignements qui doivent être soumis par les fournisseurs et les entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications;
- d) La nature ainsi que les caractéristiques techniques et la qualité requises, conformément à l'article 22, des biens ou des travaux requis, notamment les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; la quantité de biens requis; l'emplacement où doivent s'effectuer les travaux; tous services accessoires à exécuter; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux;
- e) Les éléments dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir, y compris les marges de préférence et les éléments, autres que le prix, à utiliser conformément à l'article 29-4 b), c) et d) et leur coefficient de pondération;
- f) Les conditions du marché, dans la mesure où l'entité adjudicatrice les connaît déjà, et, le cas échéant, le modèle du contrat à signer par les parties;
- g) Si des variantes en ce qui concerne les caractéristiques des biens, les travaux, les conditions contractuelles ou toute autre condition énoncée dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une déclaration à cet effet;
- h) Si les fournisseurs et entrepreneurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une partie des biens ou des travaux requis, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être soumises;
- i) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût des biens ou des travaux, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes;
- j) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;
- k) La ou les langues, conformément à l'article 24, dans lesquelles les offres doivent être établies;

l) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de la garantie de soumission devant être éventuellement fournie par les fournisseurs et entrepreneurs soumettant des offres, et toute stipulation concernant les garanties de bonne exécution du marché quelles qu'elles soient qui doivent être fournies par le fournisseur ou l'entrepreneur concluant le marché, y compris des garanties telles que les cautionnements sur la main-d'œuvre et sur les matériaux;

m) Le mode, le lieu et le délai de soumission des offres, conformément à l'article 25;

n) Les moyens par lesquels, en application de l'article 23, les fournisseurs et entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation et une déclaration par laquelle l'entité adjudicatrice indique si elle a l'intention d'organiser une réunion de fournisseurs et d'entrepreneurs;

o) La période de validité des offres, conformément à l'article 26;

p) Le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 28;

q) Les procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des offres;

r) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres en application de l'article 29-5 et soit le taux de change qui sera utilisé pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit une déclaration selon laquelle le taux publié par un établissement financier donné, en vigueur à une date donnée, sera appliqué;

s) Les références à la présente Loi, à la réglementation des marchés et à d'autres lois et règlements directement applicables à la procédure de passation des marchés, étant entendu toutefois que l'omission de toute référence de cet ordre ne constitue pas en soi un motif de recours en vertu de l'article 38 ni n'engage la responsabilité de l'entité adjudicatrice;

t) Le nom, le titre et l'adresse d'un ou plusieurs fonctionnaires ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs et les entrepreneurs et à recevoir directement des communications adressées par eux au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

u) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou l'entrepreneur extérieurement au marché, par exemple un engagement portant sur des échanges compensés ou sur le transfert de technologie;

v) Notification du droit, en application de l'article 38 de la présente Loi, d'engager une procédure de recours contre un acte ou une décision illicites de l'entité adjudicatrice ou une procédure illicite appliquée par elle dans le cadre de la procédure de passation du marché;

w) Si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les offres en application de l'article 30, une déclaration à cet effet;

x) Toute formalité qui sera requise, dès qu'une offre aura été acceptée, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, l'exécution d'un marché écrit en application de l'article 32, ainsi que l'approbation par une autorité supérieure ou le gouvernement et le délai qui sera jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

y) Toute autre condition établie par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des offres et à d'autres aspects de la procédure de passation des marchés.

Article 22. Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation

1. L'entité adjudicatrice n'inclut ni n'utilise dans la documentation de présélection ou dans le dossier de sollicitation, des spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les normes de qualité des biens ou des travaux requis, des conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité, ni des symboles ou des termes qui créent des obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation du marché.

2. Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens ou des travaux requis. Ils ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens ou des travaux requis et à condition que soient inclus des mots tels que "ou son équivalent".

3. a) Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection et le dossier de sollicitation utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens ou des travaux requis;

b) Des termes commerciaux normalisés sont utilisés, lorsqu'ils existent, pour la formulation des conditions du marché qui sera conclu à la suite de la procédure de passation de marchés et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation.

4. La documentation de présélection et le dossier de sollicitation sont établis dans ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie sa ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international).

Article 23. Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. Le fournisseur ou l'entrepreneur peut demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation à l'entité adjudicatrice. Celle-ci répond, dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des offres, à toute demande d'éclaircissements du dossier de sollicitation qu'elle reçoit d'un entrepreneur ou d'un fournisseur. L'entité adjudicatrice répond dans un délai raisonnable pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de présenter leur offre en temps voulu et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements en question à tous les fournisseurs et entrepreneurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation.

2. A tout moment avant la date limite de soumission des offres, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque, soit de sa propre initiative, soit à la suite d'une demande d'éclaircissements formulée par un fournisseur ou un entrepreneur, modifier le dossier de sollicitation en publiant un additif. Cet additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs et entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a fourni le dossier de sollicitation et a pour eux force obligatoire.

3. Si l'entité adjudicatrice convoque une réunion de fournisseurs et d'entrepreneurs, elle établit un procès-verbal de la réunion où

elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet du dossier de sollicitation et ses réponses à ces demandes, sans identifier l'origine de celles-ci. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs et entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour établir leurs offres.

Section II. Soumission des offres

Article 24. Langue des offres

Les offres peuvent être formulées et soumises dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été publié ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation.

Article 25. Soumission des offres

1. L'entité adjudicatrice fixe une date et une heure précises, qui constituent la date limite pour la soumission des offres.

2. Si, conformément à l'article 23, elle publie un éclaircissement ou une modification du dossier de sollicitation, ou si une réunion de fournisseurs et d'entrepreneurs a lieu, l'entité adjudicatrice, avant la date limite de soumission des offres, reporte si nécessaire cette date limite afin que les fournisseurs et entrepreneurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte dans leur offre de l'éclaircissement ou de la modification, ou du procès-verbal de la réunion.

3. L'entité adjudicatrice peut, avant la date limite de soumission des offres, reporter cette date limite si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre avant la date limite.

4. La notification de tout report de la date limite est donnée promptement à chaque fournisseur et entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation.

5. Une offre est soumise par écrit, dans une enveloppe scellée. L'entité adjudicatrice délivre sur demande au fournisseur ou à l'entrepreneur un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles son offre a été reçue.

6. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte et est renvoyée au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a soumise.

Article 26. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation. Cette période a pour point de départ la date limite de soumission des offres.

2. a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de prolonger cette période jusqu'à une date qu'elle spécifie. Le fournisseur ou l'entrepreneur peut refuser cette demande sans renoncer à sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prolongée;

b) Les fournisseurs et entrepreneurs qui conviennent de prolonger la période de validité de leur offre prolongent ou font prolonger la période de validité de leur garantie de soumission ou, si cela est impossible, fournissent une nouvelle garantie de

soumission portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Le fournisseur ou l'entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prolongée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est considéré comme ayant refusé la demande de prolongation de la période de validité de son offre.

3. Le fournisseur ou l'entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de soumission des offres sans renoncer à sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait produit ses effets si l'entité adjudicatrice le reçoit avant la date limite de soumission des offres.

Article 27. Garanties de soumission

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs et aux entrepreneurs soumettant une offre de fournir une garantie de soumission :

a) Cette condition s'applique à tous les fournisseurs et entrepreneurs;

b) Le dossier de sollicitation peut stipuler que l'institution ou l'entité qui émet la garantie de soumission et l'institution ou l'entité qui, le cas échéant, confirme la garantie, ainsi que la forme et les conditions de la garantie, doivent être agréées par l'entité adjudicatrice;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b du présent paragraphe, une garantie de soumission n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par une institution ou entité du présent Etat si la garantie de soumission et l'institution ou entité satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation (, à moins que l'acceptation par l'entité adjudicatrice de ladite garantie de soumission ne soit contraire à une loi du présent Etat);

d) Avant de soumettre une offre, un fournisseur ou un entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de confirmer que l'émetteur proposé de la garantie de soumission ou, le cas échéant, l'institution confirmatrice proposée, remplit bien les conditions requises; l'entité adjudicatrice répond promptement à une telle demande;

e) La confirmation que l'émetteur proposé ou l'institution confirmatrice proposée remplit bien les conditions requises n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou l'institution confirmatrice, selon le cas, est devenu insolvable ou présente d'autre manière un risque quant à la capacité de remboursement;

f) L'entité adjudicatrice stipule dans le dossier de sollicitation toute condition concernant l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission requise; toute condition se rapportant directement ou indirectement à la conduite du fournisseur ou de l'entrepreneur soumettant l'offre ne pourra concerner que :

i) Le retrait ou la modification de l'offre après la date limite de soumission des offres;

ii) Le fait que le fournisseur ou l'entrepreneur n'a pas signé le marché alors que l'entité adjudicatrice lui a demandé de le faire;

iii) Le fait que le fournisseur ou l'entrepreneur n'a pas fourni la garantie requise pour l'exécution du marché après que l'offre a été acceptée et n'a pas rempli toute autre condition préalable à la signature du marché qui est spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et elle retourne ou fait retourner sans délai le document de garantie lorsque se produit l'un des faits suivants :

a) Expiration de la garantie de soumission;

b) Entrée en vigueur d'un marché et fourniture d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est requise;

c) Clôture de la procédure d'appel d'offres sans qu'aucun marché ne soit entré en vigueur;

d) Retrait de l'offre pour laquelle la garantie a été soumise avant la date limite de soumission des offres.

Section III. Evaluation et comparaison des offres

Article 28. Ouverture des offres

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres, ou à la date limite spécifiée en cas de report de la date limite initiale, à l'endroit et selon les modalités prévus dans ledit dossier.

2. Tous les fournisseurs et entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres.

3. Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont indiqués aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués sur demande aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont soumis une offre mais qui ne sont pas présents ou représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement dans le procès-verbal de la procédure d'appel d'offres prévu à l'article 11.

Article 29. Examen, évaluation et comparaison des offres

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs et entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leurs offres, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;

b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre. L'entité adjudicatrice avise de la correction le fournisseur ou l'entrepreneur qui a soumis l'offre.

2. a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut considérer une offre comme étant conforme que si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation;

b) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas matériellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou des oublis qui peuvent être corrigés sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts autorisés sont quantifiés, dans la mesure du possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation et de la comparaison des offres.

3. L'entité adjudicatrice n'accepte pas une offre :

a) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise n'a pas les qualifications requises;

b) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise n'accepte pas qu'une erreur arithmétique soit corrigée en application du paragraphe 1 b du présent article;

c) Si l'offre n'est pas conforme;

d) Dans les circonstances visées à l'article 12.

4. a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui ont été acceptées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa c du présent paragraphe, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui ne figure pas dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé.

b) L'offre à retenir est :

i) L'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d du présent paragraphe; ou

ii) Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée sur la base de facteurs spécifiés dans le dossier de sollicitation, facteurs qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible;

c) Pour déterminer l'offre la plus basse, selon l'évaluation visée au sous-alinéa b ii du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut tenir compte que des éléments suivants :

i) Le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d du présent paragraphe;

ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens ou d'achèvement des travaux, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie des biens ou des travaux;

iii) L'effet que l'acceptation d'une offre aurait sur l'état de la balance des paiements et des réserves en devises [du présent Etat], les arrangements d'échanges compensés, proposés par les fournisseurs et les entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens proposés par les fournisseurs et les entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production sont réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences de gestion, scientifiques et opérationnelles [... (l'Etat adoptant la Loi type peut développer l'alinéa iii en y ajoutant des éléments supplémentaires)];

iv) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales;

d) Si la réglementation des marchés le permet, [et sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation),] l'entité adjudicatrice peut, lorsqu'elle évalue et compare les offres, accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumise par des entrepreneurs nationaux ou aux offres de biens produits localement. La marge de préférence est calculée conformément à la réglementation des marchés.

5. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la même monnaie aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

6. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article 8 bis, l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant soumis l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément au

paragraphe 4 b du présent article, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article 8. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de présélection a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

7. Si le fournisseur ou l'entrepreneur ayant soumis l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 6 du présent article, mais ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 4 du présent article, parmi les offres restantes, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article 30-1, de rejeter toutes les offres restantes.

8. Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas révélées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 11.

Article 30. *Rejet de toutes les offres*

1. [Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation), et] si le dossier de sollicitation le prévoit, l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres à tout moment avant l'acceptation d'une offre. L'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une offre qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle a rejeté toutes les offres, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.

2. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis des offres du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article.

3. Un avis de rejet de toutes les offres est promptement communiqué à tous les fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis une offre.

Article 31. *Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs*

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur.

Article 32. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché*

1. Sous réserve des articles 29-7 et 30, l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément à l'article 29-4 b est acceptée. L'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée.

2. a) Nonobstant les dispositions du paragraphe 4 du présent article, le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit signer un contrat écrit conforme à cette offre. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice (le ministère compétent) et le fournisseur ou l'entrepreneur signent le contrat dans un délai raisonnable après que l'avis visé au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur;

b) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, lorsqu'un contrat écrit doit être signé en application de l'alinéa a du présent paragraphe, le marché entre en vigueur

lorsque le contrat écrit est signé par le fournisseur ou l'entrepreneur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou l'entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

3. Lorsque le contrat doit être approuvé par une autorité supérieure, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prolongation de la période de validité des offres spécifiée dans le dossier de sollicitation en application de l'article 26-1 ou de la période de validité des garanties de soumission pouvant être requises en application de l'article 27-1.

4. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 b et 3 du présent article, un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant soumis l'offre, à condition qu'il soit expédié pendant que l'offre est en cours de validité. L'avis est expédié lorsqu'il est dûment adressé ou envoyé et transmis de toute autre manière au fournisseur ou à l'entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou à l'entrepreneur, par un mode de communication autorisé par l'article 9 bis.

5. Si le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est invité à le faire, ou s'il ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché, l'entité adjudicatrice choisit l'offre à retenir, conformément à l'article 29-4, parmi les offres valides restantes, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article 30-1, de rejeter toutes les offres restantes. L'avis prévu au paragraphe 1 du présent article est donné au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant soumis cette offre.

6. Dès l'entrée en vigueur du marché et, si cela est exigé, après présentation par le fournisseur ou l'entrepreneur d'une garantie de bonne exécution du marché, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué aux autres fournisseurs et entrepreneurs.

CHAPITRE IV. PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Article 33. *Appel d'offres en deux étapes*

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs et les entrepreneurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens ou des travaux que les conditions contractuelles de leur fourniture.

3. L'entité adjudicatrice peut engager, avec tout fournisseur ou entrepreneur dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles 12, 29-3 ou 30, des négociations au sujet de tout aspect de son offre.

4. Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite les fournisseurs et entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales accompagnées de prix correspondant aux spécifications d'un cahier des charges. Lorsqu'elle définit ces spécifications, l'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect, initialement prévu dans le dossier de sollicitation, des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens ou travaux et tout critère initialement énoncé dans ce dossier pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre à retenir et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des fournisseurs et entrepreneurs dans l'invitation à soumettre une offre définitive qui leur est adressée. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui ne souhaite pas soumettre une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir. Les offres définitives sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir conformément à l'article 29-4 b.

Article 34. *Sollicitation de propositions*

1. La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible.
2. L'entité adjudicatrice publie dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de diffusion internationale un avis à l'intention des personnes qui s'intéressent à soumettre une proposition, à moins qu'elle ne juge qu'il n'est pas souhaitable de publier un tel avis pour des raisons d'économie ou d'efficacité; ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou aux entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une proposition soit évaluée.
3. L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et fixe le coefficient de pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Ces critères doivent permettre d'évaluer :
 - a) La compétence relative du fournisseur ou de l'entrepreneur en matière technique et de gestion;
 - b) La mesure dans laquelle la proposition présentée par le fournisseur ou l'entrepreneur permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice;
 - c) Le prix proposé par le fournisseur ou l'entrepreneur pour mettre en œuvre sa proposition et le coût de l'exploitation, de l'entretien et de la réparation des biens ou travaux proposés.

4. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice doit comporter au minimum les renseignements suivants :

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) La description des besoins faisant l'objet de la procédure de passation du marché, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer;
- c) Les critères d'évaluation de la proposition exprimés, dans la mesure du possible, en termes pécuniaires, la pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition; et
- d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels.

5. Toute modification ou clarification de la sollicitation, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe 3 du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs et entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions.

6. L'entité adjudicatrice traite toutes les propositions d'une manière qui permet d'éviter que leur contenu soit divulgué aux fournisseurs et entrepreneurs en concurrence.

7. L'entité adjudicatrice peut négocier avec les fournisseurs ou les entrepreneurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies :

- a) Toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur est confidentielle;
- b) Sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à quiconque des éléments techniques, des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie;
- c) La possibilité de participer aux négociations est donnée à tous les fournisseurs et entrepreneurs qui ont soumis des propositions et dont les propositions n'ont pas été rejetées.

8. A l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date spécifiée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions.

9. L'entité adjudicatrice applique les méthodes suivantes pour l'évaluation des propositions :

- a) Seuls les critères visés au paragraphe 3 du présent article qui sont énoncés dans la sollicitation de propositions sont pris en considération;
- b) La mesure dans laquelle une proposition permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée séparément du prix;
- c) Le prix d'une proposition n'est pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique achevée;
- d) L'entité adjudicatrice peut refuser d'évaluer des propositions présentées par des fournisseurs ou des entrepreneurs qu'elle considère comme non fiables ou incompetents.

10. L'entité adjudicatrice attribue le marché au fournisseur ou à l'entrepreneur dont la proposition répond le mieux à ses besoins, déterminés conformément aux critères d'évaluation des propositions énoncés dans la sollicitation de propositions, ainsi qu'au coefficient de pondération et à la manière d'appliquer ces critères qu'indique la sollicitation de propositions.

Article 35. *Appel à la concurrence*

1. Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs et d'entrepreneurs pour qu'il y ait réellement concurrence.

2. Les conditions, directives, documents, clarifications ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

3. Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs sont confidentielles et, sous réserve des

dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à quiconque des informations techniques, des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie.

4. Une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure qu'ils soumettent, à une date donnée, leur meilleure offre définitive, compte tenu de tous les éléments de leurs propositions.

Article 36. Procédure de sollicitation de prix

1. L'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un aussi grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible et auprès d'au moins trois si possible. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une sollicitation de prix est avisé lorsque des éléments autres que les frais pour les biens eux-mêmes, tels que les frais de transport ou d'assurance, les droits de douane et les taxes, doivent être inclus dans le prix.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur au sujet d'un prix donné par ledit fournisseur ou entrepreneur.

3. Le marché est attribué au fournisseur ou à l'entrepreneur qui a fait l'offre au prix le plus bas conforme aux besoins de l'entité adjudicatrice et qui est considéré comme étant fiable par l'entité adjudicatrice.

Article 37. Sollicitation d'une source unique

Dans les circonstances énoncées à l'article 16, l'entité adjudicatrice peut se procurer les biens ou les travaux en sollicitant une proposition ou un prix d'un fournisseur ou d'un entrepreneur unique.

CHAPITRE V. RECOURS*

Article 38. Droit de recours

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, tout fournisseur ou entrepreneur qui déclare avoir subi, ou qui peut subir une perte ou un dommage causé par la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi, peut introduire un recours conformément aux articles 39 à [43].

2. Ne peuvent faire l'objet du recours prévu au paragraphe 1 du présent article :

a) Le choix d'une méthode de passation de marchés conformément aux articles 13 à 16;

b) La restriction de la procédure de passation de marchés, conformément à l'article 8, pour des raisons de nationalité;

c) La restriction de la sollicitation d'offres pour des raisons d'économie ou d'efficacité conformément à l'article 18 3;

*Les Etats promulguant la Loi type souhaitent peut-être y incorporer les articles sur le droit de recours sans changement ou avec les changements minimes que pourraient exiger des impératifs particuliers. Toutefois, pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres, certains Etats pourraient ne pas juger utile d'incorporer à la Loi type, en partie ou en totalité, les dispositions sur le droit de recours. En pareil cas, ces dispositions pourraient néanmoins servir de références pour l'évaluation des procédures de recours en vigueur.

d) La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres conformément à l'article 28-1;

e) Le refus de l'entité adjudicatrice de donner suite au désir manifeste de participer à une procédure de sollicitation de propositions conformément à l'article 34-2.

Article 39. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)

1. A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur, une réclamation est, en première instance, présentée par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. (Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une autorité conformément à la présente Loi, la réclamation est soumise au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure.) Par responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), on entend aussi dans la présente Loi toute personne désignée par le responsable de l'entité adjudicatrice (ou par le responsable de l'autorité de tutelle, selon le cas).

2. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne connaît d'une réclamation que si elle a été présentée dans un délai de vingt jours à compter du moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) n'a pas à connaître d'une réclamation, ou à continuer de connaître d'une réclamation, après l'entrée en vigueur du marché.

4. A moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur et l'entité adjudicatrice, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) rend une décision écrite, dans les trente jours qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision :

a) Est motivée; et

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises.

5. Si le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 4 du présent article, le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation (ou l'entité adjudicatrice) pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [40 ou 43]. Une fois cette procédure engagée, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) n'a plus compétence pour connaître de la réclamation.

6. La décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) est définitive, à moins qu'une procédure ne soit engagée en vertu de l'article [40 ou 43].

Article 40. Recours administratif*

1. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 38 peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative] :

a) Si cette réclamation ne peut être présentée ou examinée en application de l'article 39 en raison de l'entrée en vigueur du marché, et sous réserve qu'elle soit présentée dans un délai de

*Les Etats dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre cet article et ne conserver que celui qui concerne le recours judiciaire (art. 43).

vingt jours à compter du moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur a pris connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances;

b) Si le responsable de l'entité adjudicatrice ne connaît pas d'une réclamation parce que le marché est entré en vigueur, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après que la décision de ne pas connaître de la réclamation a été rendue;

c) En application de l'article 39-5, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après l'expiration de la période visée à l'article 39-4; ou

d) Si le fournisseur ou l'entrepreneur s'estime lésé par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) prise en application de l'article 39, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après que ladite décision a été rendue.

2. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise l'entité adjudicatrice (ou l'autorité de tutelle).

3. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut [accorder] [recommander]* une ou plusieurs réparations suivantes, sauf s'il déboute le requérant :

a) Dire les règles ou principes juridiques s'appliquant en espèce;

b) Interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

c) Exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé illégalement ou qui a adopté une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

d) Annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision, à l'exception de toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

f) Exiger le versement d'un dédommagement

Option I

Pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation

Option II

Pour la perte ou le préjudice subi dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation

du fait d'un acte ou décision illégal de l'entité adjudicatrice, ou d'une procédure illégale qu'elle a appliquée;

g) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché.

4. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de trente jours une décision écrite au sujet de la réclamation, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et, le cas échéant, les réparations accordées.

5. Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 40.

*On a décidé d'offrir le choix entre deux variantes afin de tenir compte du cas des Etats dont les organes compétents ne sont pas habilités à accorder les réparations énumérées ci-dessus mais peuvent faire des recommandations.

Article 41. *Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 39 [et de l'article 40]*

1. Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article 39 [ou de l'article 40], le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou le (insérer le nom de l'instance administrative), selon le cas,] avise tous les fournisseurs et les entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la présentation de cette réclamation et de son contenu.

2. Chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs ou toute autorité gouvernementale dont les intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours a le droit de participer à cette procédure. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui ne participe pas à la procédure de recours ne peut formuler par la suite de réclamation du même type.

3. Une copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou du (insérer le nom de l'instance administrative), selon le cas] est remise, dans un délai de cinq jours après que la décision a été rendue, au fournisseur ou à l'entrepreneur qui présente la réclamation, à l'entité adjudicatrice et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement mises à la disposition du public, pour examen, à condition toutefois qu'aucune information ne soit divulguée si cette divulgation est contraire à la loi, en compromet l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entrave le libre jeu de la concurrence.

Article 42. *Suspension de la procédure de passation du marché*

1. La présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 39 [ou de l'article 40] entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période de sept jours, sous réserve que la réclamation ne soit pas futile et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou l'entrepreneur subira un dommage irréparable s'il n'y a pas suspension de la procédure, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs et entrepreneurs.

2. Lorsque le marché entre en vigueur, la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 40 entraîne la suspension de l'exécution du marché pendant une période de sept jours, sous réserve que la réclamation remplisse les conditions énoncées au paragraphe 1 du présent article.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), [, ou le (insérer le nom de l'instance administrative),] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 1 du présent article [et le (insérer le nom de l'instance administrative)] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 2 du présent article] afin de protéger les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant la réclamation ou engageant l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas trente jours.

4. La suspension prévue par le présent article ne s'applique pas si l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général. Le certificat, qui doit énoncer les motifs ayant amené à conclure qu'il existe de telles considérations

d'urgence et qui est versé au dossier de la procédure de passation du marché, est irréfutable à tous les stades de la procédure de recours, sauf au stade judiciaire.

5. Toute décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu du présent article et les motifs et les circonstances de l'adoption de cette décision sont versés au dossier de la procédure de passation du marché.

Article 43. Recours judiciaire

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article 38 et des actions récursoires judiciaires intentées contre les décisions rendues par les instances de recours — ou contre le fait que ces instances n'ont pas rendu de décision dans le délai prescrit — en vertu de l'article 39 [ou de l'article 40].

Index comparatif des articles

Le présent index indique la nouvelle numérotation assignée aux dispositions du projet de Loi type sur la passation des marchés après son adoption par le Groupe de travail.

Projets d'articles adoptés
par le Groupe de travail

Projets d'articles correspondants
dans le document (A/CN.9/WG.V/WP.36)

Préambule

Préambule

1	1
2	2
2 g	26-1
3	3 bis
4	4
5	5
6	8
7	8 bis

Projets d'articles adoptés
par le Groupe de travail

Projets d'articles correspondants
dans le document (A/CN.9/WG.V/WP.36)

8	8 ter
9	9 bis
10	10
11	10 ter
12	10 quater
13	7-1 et 5
14-1	33 bis nouveau; 33 ter nouveau;
	34 nouveau
14-2	34 b nouveau; 35-1 c nouveau
15	24 bis nouveau
16	35
17	8 ter (1 bis nouveau) et 1 bis
18	12
19	14
20	17-1; 19
21	17-2
22	20
23	22
24	23
25	24
26	25
27	26
28	27
29	28
30	29
31	30
32	32
33	33 bis
34	33 ter 1; 33 quater
35	34
36	34 bis
37	35
38	36
39	37
40	38
41	39
42	41
43	40

B. Document de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa quinzième session : passation des marchés : projets d'articles révisés de la Loi type sur la passation des marchés : rapport du Secrétaire général

(A/CN.9/WG.V/WP.36) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES*

	Pages
INTRODUCTION	87
PRÉAMBULE	88
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	88
Article 1 ^{er} . Champ d'application	88
Article 2. Définitions	88
Article 3 bis. Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent Etat)]	89

*Les lacunes dans la numérotation des sections et articles sont dues à la suppression ou au fusionnement de dispositions à divers stades de l'élaboration du projet de Loi type.

	<i>Pages</i>
Article 4.	Réglementation des marchés 89
Article 5.	Publicité de la Loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés 89
Article 7.	Méthodes de passation des marchés 90
Article 8.	Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs 91
Article 8 <i>bis</i> .	Procédure de présélection 92
Article 8 <i>ter</i> .	Participation des entrepreneurs et fournisseurs 93
Article 9 <i>bis</i> .	Forme des communications 93
Article 10.	Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs 94
Article 10 <i>ter</i> .	Compte rendu de la procédure de passation de marchés 94
Article 10 <i>quater</i> .	Incitations proposées par les entrepreneurs et fournisseurs 95
CHAPITRE II.	PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES 95
SECTION II.	SOLLICITATION DES OFFRES ET DES DEMANDES DE PRÉ- SÉLECTION 95
Article 12.	Sollicitation des offres et des demandes de présélection 95
Article 14.	Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection 96
Article 17.	Dossier de sollicitation 96
Article 19.	Prix facturé pour le dossier de sollicitation 98
Article 20.	Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation 98
Article 22.	Clarification et modification du dossier de sollicitation 98
SECTION V.	SOUSSION DES OFFRES 99
Article 23.	Langue des offres 99
Article 24.	Soumission des offres 99
Article 25.	Période de validité des offres; modification et retrait des offres 99
Article 26.	Garanties de soumission 100
SECTION VII.	ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES 100
Article 27.	Ouverture des offres 101
Article 28.	Examen, évaluation et comparaison des offres 101
Article 29.	Rejet de toutes les offres 102
Article 30.	Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs 102
Article 32.	Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché 102
CHAPITRE III.	PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MOYENS QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES 103
SECTION I.	PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES 103
Nouvel article 33 <i>bis</i> .	Conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes 103
Article 33 <i>bis</i> .	Modalités d'application de la procédure d'appel d'offres en deux étapes 104
SECTION II.	PROCÉDURE DE SOLLICITATION DE PROPOSITIONS 104
Article 33 <i>ter</i> .	Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions 104
Article 33 <i>quater</i> .	Modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions 104

	<i>Pages</i>
SECTION III. PROCÉDURE DE NÉGOCIATION AVEC APPEL A LA CONCURRENCE	105
Nouvel article 34. Conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence	105
Article 34. Modalités d'application de la négociation avec appel à la concurrence	106
SECTION IV. PROCÉDURE DE SOLLICITATION DE PRIX	106
Nouvel article 34 bis. Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	106
Article 34 bis. Modalités d'application de la procédure de sollicitation de prix	106
SECTION V. PROCÉDURE DE SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE ...	107
Article 35. Procédure de sollicitation d'une source unique	107
CHAPITRE IV. DROIT DE RECOURS	107
Article 36. Droit de recours	107
Article 37. Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle	108
Article 38. Recours administratif	108
Article 39. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 37 [et de l'article 38]	109
Article 40. Recours judiciaire	109
Article 41. Suspension de la procédure de passation du marché	109

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche à son Groupe de travail du nouvel ordre économique international (A/41/17, par. 243). Le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ce sujet à sa dixième session, en octobre 1988. Il a consacré cette session à l'examen d'une étude sur la passation des marchés établie par le Secrétariat, qui traitait des objectifs possibles des politiques nationales en matière de marchés et qui examinait diverses législations et pratiques nationales, ainsi que le rôle et les activités d'institutions internationales et organismes de financement du développement dans le domaine des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.22). Après avoir achevé l'examen de cette étude, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un premier projet de Loi type sur la passation des marchés, accompagné d'un commentaire, compte tenu des débats et décisions de sa dixième session (A/CN.9/315, par. 125).

2. Le premier projet de texte des articles 1^{er} à 35 de la Loi type sur la passation des marchés, ainsi que le commentaire établi par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.24 et 25) ont été examinés par le Groupe de travail à sa onzième session, en février 1990. Le Groupe de travail a convenu que le commentaire ne serait pas modifié tant que le texte de la Loi type n'aurait pas été définitivement arrêté et a prié le Secrétariat de réviser le premier projet de texte des articles 1^{er} à 35, à la lumière des délibérations et des décisions de la onzième session du Groupe de travail (A/CN.9/331,

par. 222). A sa douzième session, le Groupe de travail était saisi du deuxième projet de texte des articles 1^{er} à 35 (A/CN.9/WG.V/WP.28), ainsi que des projets de dispositions sur les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (projet d'articles 36 à 42, A/CN.9/WG.V/WP.27). A cette session, le Groupe de travail a examiné le deuxième projet de texte des articles 1^{er} à 27. A sa treizième session, il a examiné le deuxième projet de texte des articles 28 à 35 et des dispositions sur les procédures de recours (art. 36 à 42). Faute de temps, il n'a pu réexaminer les projets d'articles 1^{er} à 27, qui avaient été révisés pour tenir compte des décisions prises à la douzième session, et il a décidé d'examiner ces articles à sa quatorzième session. Il a également prié le Secrétariat de réviser les articles 28 à 42, compte tenu des débats et décisions lors de la treizième session (A/CN.9/356, par. 196).

3. A sa quatorzième session, le Groupe de travail a examiné les articles 1^{er} à 27 tels que révisés comme suite à la douzième session (figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30), ainsi que les articles 28 à 42, révisés pour tenir compte des décisions prises à la treizième session (document A/CN.9/WG.V/WP.33). Il a également examiné l'annexe au document A/CN.9/WG.V/WP.33, qui comportait plusieurs nouvelles dispositions ajoutées soit comme suite à des décisions prises à la treizième session, soit à l'initiative du Secrétariat, ainsi qu'un certain nombre de modifications apportées à la première partie de la Loi type (articles 1^{er} à 27) qui découlaient des décisions du Groupe de travail à sa douzième session relatives aux articles 28

à 42. Le Groupe de travail était en outre saisi de la note sur la suspension de la procédure de passation des marchés qu'il avait demandée à sa treizième session (document A/CN.9/WG.V/WP.34). Il a prié le Secrétariat de réviser les projets d'article de la Loi type pour tenir compte des délibérations et des décisions de la quatorzième session. C'est cette révision que l'on trouvera dans le présent rapport. Le Groupe de travail a également convenu qu'il faudrait donner la priorité à l'élaboration d'un commentaire à l'intention des législateurs adoptant la Loi type, sans écarter la possibilité qu'à un stade ultérieur des commentaires ayant d'autres fonctions soient élaborés. Il a en outre été convenu que l'achèvement de l'examen de la Loi type par le Groupe de travail ne devrait pas être retardé par l'élaboration d'un projet de commentaire par le Secrétariat (A/CN.9/359, par. 248 et 249).

4. Dans le présent document, les modifications et ajouts par rapport aux projets précédents sont en italique, sauf dans le cas des titres des articles qui sont tous en italique pour des raisons de présentation. Les suppressions effectuées sont indiquées dans les notes suivant chaque article.

PRÉAMBULE¹

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation de marchés de biens et de travaux, afin de promouvoir les objectifs suivants :

- a) Favoriser au maximum l'économie et l'efficacité dans le processus de passation des marchés;
- b) Promouvoir et encourager la participation aux procédures de passation des marchés d'entrepreneurs et fournisseurs et notamment, le cas échéant, la participation d'entrepreneurs et fournisseurs sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;
- c) Promouvoir la concurrence entre les entrepreneurs et les fournisseurs pour la fourniture des biens ou des travaux requis;
- d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les entrepreneurs et fournisseurs;
- e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés, ainsi que la confiance en ce processus; et
- f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés,

Le Gouvernement ... adopte la Loi ci-après.

¹Comme il est noté au paragraphe 15 du document A/CN.9/359, le Groupe de travail a affirmé à sa quatorzième session, comme suite à une décision prise antérieurement, que l'énoncé des objectifs devrait figurer dans un préambule. Dans le même temps, il a été noté que l'inclusion d'un préambule ne serait pas conforme à la pratique de certains Etats et il a donc été convenu de préciser, peut-être dans le commentaire, que les Etats avaient la possibilité d'énoncer les objectifs dans une disposition de fond. On pourrait également envisager d'inclure dans le texte de la Loi type une note qui serait libellée comme suit :

"Lors de l'adoption de la Loi type, les Etats dans lesquels l'inclusion d'un préambule ne serait pas conforme à la pratique peuvent incorporer l'énoncé des objectifs dans les dispositions de fond de la Loi plutôt que dans un préambule."

En même temps, le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il est vraiment souhaitable d'inclure dans la Loi type des notes donnant des

conseils aux organes législatifs adoptant la Loi type. Il sera peut-être jugé préférable de ne donner de tels conseils que dans le commentaire.

* * *

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. *Champ d'application**

1. La présente Loi s'applique à toutes les passations de marchés par des entités adjudicatrices, sauf disposition contraire du présent article.

2. La présente Loi ne s'applique pas

a) A la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale,

b) ... (l'Etat adoptant la Loi type peut spécifier dans la Loi type d'autres types de marchés à exclure), ou

c) A la passation de marchés d'un type exclu dans la réglementation des marchés,

sauf lorsque — et dans la mesure où — l'entité adjudicatrice déclare *aux entrepreneurs et fournisseurs lors de leur première demande de participation à la procédure de passation d'un marché que la présente Loi est applicable*.¹

*Les titres des articles ont simplement valeur de référence et ne doivent pas être utilisés pour l'interprétation du texte.

¹Le paragraphe 2 a été restructuré et modifié comme il était demandé aux paragraphes 22 et 23 du document A/CN.9/359.

* * *

Article 2. *Définitions*

Pour l'application de la présente Loi :

Nouveau a) Les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition par tous les moyens, y compris par l'achat, la location, la concession ou la location-vente, de biens ou de travaux, y compris les services connexes à la fourniture des biens ou aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens ou des travaux eux-mêmes;

- a) Les mots "entité adjudicatrice" désignent :
 - i)

Option I pour l'alinéa i

Tout département, organisme, organe ou autre service gouvernemental du présent Etat, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)¹

Option II pour l'alinéa i

Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement", ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'Etat adoptant la Loi type), ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)¹

- ii) (Chaque Etat adoptant la Loi type insère dans cet alinéa et, si nécessaire, dans des alinéas supplémentaires, les autres entités ou entre-

prises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, devant être incluses dans la définition du terme "entité adjudicatrice").

b) Le mot "biens" désigne des matières premières, produits, équipements, systèmes² et autres objets matériels de toute description, qu'ils soient sous forme solide, liquide ou gazeuse et l'électricité;

c) Le mot "travaux" désigne toutes les activités liées à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'une usine, telles que la préparation du chantier, l'excavation, l'érection, le montage, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et le finissage, ainsi que les activités de forage, de cartographie, de photographie par satellite, les études sismiques et les activités similaires connexes auxdites activités si elles sont fournies dans le cadre du marché;³

d) [Supprimé];⁴

e) [Supprimé];⁵

f) [Incorporé au nouveau paragraphe 1 de l'article 26];⁶

g) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte; *g bis, g ter, g quater, h, h bis* et *i* [Supprimés]⁷

i bis) Les mots "entrepreneur ou fournisseur" désignent toute partie ou partie potentielle, selon le contexte, à un marché avec l'entité adjudicatrice;⁸

j) [Incorporé à l'article 28-1 *bis a*]⁹

¹Voir A/CN.9/359, par. 28.

²Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si le mot "systèmes", qui a été ajouté comme il était demandé au paragraphe 29 du document A/CN.9/359, devrait être retenu. Ce faisant, il voudra peut-être garder présent à l'esprit que ce mot est vague et que l'on peut se demander s'il correspond à la notion d'objet matériel, qui est un élément essentiel de la définition. Ce mot peut également poser des problèmes de traduction.

³Voir A/CN.9/359, par. 30.

⁴Voir A/CN.9/343, par. 34.

⁵Voir A/CN.9/343, par. 118.

⁶La définition du terme "garantie de soumission" a été incorporée à l'article 26, comme il était demandé au paragraphe 140 du document A/CN.9/359.

⁷Les définitions des méthodes de passation des marchés utilisables en vertu de la Loi type ont été supprimées, conformément au paragraphe 33 du document A/CN.9/359.

⁸Afin de simplifier la Loi type, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de remplacer les mots "entrepreneur et fournisseur" et les mots "entrepreneur ou fournisseur", qui sont utilisés dans tout le texte de la Loi type, par le mot "fournisseur". Une définition de ce dernier mot pourrait alors être incluse à l'alinéa *i bis*, indiquant qu'il désigne tous les types de parties possibles à un marché, y compris les "entrepreneurs".

⁹Au paragraphe 35 du document A/CN.9/359, le Groupe de travail a décidé de supprimer à l'article 2 la définition d'une "offre conforme" figurant à l'alinéa *j*, étant entendu que le Secréariat examinerait la Loi type pour confirmer que ce terme n'est pour l'essentiel utilisé qu'à l'article 28. Il ressort de l'examen effectué par le Secréariat que c'est bien le cas. Conformément à une suggestion du Groupe de travail, la définition a été incorporée quant au fond à l'article 28-1 *bis a*. Par ailleurs, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'ajouter une définition du "marché" qui se lirait comme "contrat conclu entre l'entité adjudicatrice et l'entrepreneur comme suite à la procédure de passation du marché".

* * *

Article 3. [Déplacé dans le préambule]

* * *

Article 3 bis. *Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent Etat)]*

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent Etat née ou découlant de

a) Tout traité ou autre forme d'accord auquel il est partie avec un ou plusieurs autres Etats,

b) Tout accord avec une institution internationale intergouvernementale de financement conclu par le présent Etat,

c) *Tout accord entre le gouvernement fédéral du [nom de l'Etat fédéral] et [des subdivisions de l'Etat fédéral]*^{*1}

les conditions du traité ou de l'accord prévalent;² mais, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi.

**En cas d'adoption de la Loi type par le gouvernement d'un Etat fédéral, le libellé entre parenthèses pourra être incorporé, afin que prévalent les accords conclus entre le gouvernement de l'Etat fédéral et des subdivisions dudit Etat dans les domaines régis par la Loi type.*

¹Le libellé entre parenthèses de l'alinéa c a été ajouté comme suite à la décision mentionnée au paragraphe 37 du document A/CN.9/359 de permettre aux Etats fédéraux adoptant la Loi type de faire également prévaloir les accords entre le gouvernement fédéral et les subdivisions de l'Etat fédéral. Le titre a été modifié en conséquence. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'ajouter au texte de la Loi type une note explicative similaire à celle qui a été incluse ici. Le commentaire pourrait également éclaircir cette question, en indiquant, par exemple, que ce libellé pourrait être particulièrement utile en cas d'adoption de la Loi type par un Etat fédéral dans lequel le gouvernement national n'est pas habilité à légiférer pour ses subdivisions dans les domaines régis par la Loi type. Le titre de l'article a été simplifié et modifié pour tenir compte de l'ajout de la clause optionnelle pour les Etats fédéraux. On a divisé l'article en alinéas afin d'en rendre la présentation plus claire.

²Voir A/CN.9/359, par. 38.

* * *

Article 4. *Réglementation des marchés*

Le ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe ou l'autorité habilités à promulguer la réglementation des marchés) est autorisé à promulguer la réglementation des marchés ayant pour objet *de réaliser les objectifs et donner suite aux dispositions de la présente Loi*.¹

¹Voir A/CN.9/359, par. 40.

* * *

Article 5. *Publicité de la Loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés*

La présente Loi et la réglementation des marchés, toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives aux marchés régis par la présente Loi, ainsi que tous les amendements *auxdits instruments* sont promptement portés à la connaissance du public.

* * *

Article 6. [Supprimé]¹¹Voir A/CN.9/343, par. 66.

* * *

Article 7. *Méthodes de passation des marchés*

1. Sauf disposition contraire de la présente Loi, l'entité adjudicatrice désireuse de passer un marché recourt *exclusivement* à la procédure de l'appel d'offres.¹

Nouveau 2. L'entité adjudicatrice peut passer un marché en recourant aux méthodes suivantes :²

a) Appel d'offres en deux étapes, *lorsqu'il est satisfait aux conditions énoncées dans le nouvel article 33 bis*;³

b) Sollicitation de propositions, *lorsqu'il est satisfait aux conditions énoncées à l'article 33 ter*;

c) Négociation avec appel à la concurrence, *lorsqu'il est satisfait aux conditions énoncées dans le nouvel article 34*;

d) Sollicitation de prix, *lorsqu'il est satisfait aux conditions énoncées dans le nouvel article 34 bis*;

e) Sollicitation d'une source unique, *lorsqu'il est satisfait aux conditions énoncées à l'article 35*.

Nouveau 3. Lorsque, conformément à la présente Loi, les circonstances propres à un marché particulier permettent le recours à plus d'une des méthodes énumérées au nouveau paragraphe 2, le choix de la méthode à utiliser se fera selon un ordre de préférence correspondant à l'ordre dans lequel les méthodes sont énumérées au nouveau paragraphe 2.⁴

4. [Supprimé]⁵

5. L'entité adjudicatrice qui utilise une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres en application des nouveaux paragraphes 2 ou 3 inclut dans le compte rendu requis à l'article 10 *ter* un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle se fonde pour justifier le recours à une telle méthode de passation des marchés.⁶

¹Conformément au paragraphe 50 du document A/CN.9/359, le mot "exclusivement" a été ajouté pour mettre davantage l'accent sur la règle générale selon laquelle il faut recourir à la procédure de l'appel d'offres pour tous les marchés, sous réserve exclusivement des exceptions énoncées dans la Loi type.

²Comme il est indiqué au paragraphe 48 du document A/CN.9/359, le Groupe de travail a décidé de ne pas recommander que les Etats adoptant la Loi type incorporent nécessairement chacune des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres qui sont énoncées au paragraphe 2, bien que cette possibilité ne soit pas exclue. Cette décision tenait notamment au fait qu'il y avait, dans une certaine mesure, chevauchement entre les conditions de recours à l'appel d'offres en deux étapes, à la sollicitation de propositions et à la négociation avec appel à la concurrence, en ce sens qu'au moins une des conditions de recours à chacune de ces méthodes était que l'entité adjudicatrice, pour une raison ou pour une autre, n'était pas à même d'énoncer des spécifications suffisamment précises pour engager une procédure d'appel d'offres (voir respectivement les alinéas a et b du nouvel article 33 bis, l'alinéa a de l'article 33 ter et l'alinéa a du nouvel article 34). Il a été noté que ce chevauchement tenait au fait que la pratique différait selon les pays quant à la méthode à utiliser dans les cas où les spécifications étaient incomplètes. Ainsi, le Groupe de travail a décidé (voir A/CN.9/359, par. 198) que ces trois méthodes

devraient être considérées comme des options égales dans les cas où l'entité adjudicatrice ne serait pas en mesure d'établir des spécifications complètes, et qu'il examinerait, à sa quinzième session, la question du chevauchement et notamment l'ordre de préférence énoncé au nouveau paragraphe 3. Lorsqu'il traitera de cette question, le Groupe de travail voudra peut-être étudier comment exactement donner effet au principe d'égalité des trois méthodes en question (à ce propos, voir la note 1 relative au nouvel article 33 bis) et axer ses travaux sur les questions suivantes qui découlent de la décision de considérer ces trois méthodes comme interchangeables dans les cas où les spécifications ne sont pas complètes :

a) *La Loi type devrait-elle recommander l'incorporation d'un nombre minimum de méthodes autres que l'appel d'offres ?* Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant une proposition faite à la dernière session, mais non retenue alors, selon laquelle la Loi type devrait recommander une structure particulière pour le choix des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres; par exemple, les Etats adoptant la Loi type devraient incorporer au moins l'une des méthodes suivantes : appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions ou négociation avec appel à la concurrence (voir A/CN.9/359, par. 48). Sinon, on pourrait déduire que, dans les cas où l'appel d'offres n'est pas approprié, il ne sera possible de recourir qu'à la méthode de la sollicitation d'une source unique. Il faudrait également garder présent à l'esprit que ce problème de chevauchement concerne essentiellement l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence, et non la sollicitation de prix ou la sollicitation d'une source unique.

b) *La Loi type devrait-elle recommander que la négociation avec appel à la concurrence soit incorporée, sinon pour les cas où les spécifications sont incomplètes, du moins pour les cas mentionnés aux alinéas b, c, d et e du nouvel article 34 ?* Comme suite à la décision de rendre optionnel le choix de méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres, un Etat adoptant la Loi type et n'incorporant pas la négociation avec appel à la concurrence, ne disposerait pas de méthodes de passation des marchés adaptées à deux types de circonstances pour lesquelles il n'y a actuellement que la négociation avec appel à la concurrence, à savoir, les cas d'urgence non liés à des événements extraordinaires (alinéa b du nouvel article 34) et les cas où la procédure d'appel d'offres échoue (alinéa e du nouvel article 34). En outre, pour les marchés touchant la recherche (alinéa c du nouvel article 34) et la défense nationale ou la sécurité nationale (alinéa d du nouvel article 34), la seule option restante serait sans doute la sollicitation d'une source unique. La solution pourrait être de faire en sorte qu'un Etat incorporant l'appel d'offres en deux étapes ou la sollicitation de propositions, mais non la négociation avec appel à la concurrence, comme méthode à utiliser dans les cas où l'entité adjudicatrice ne peut énoncer de spécifications complètes, incorpore néanmoins la négociation avec appel à la concurrence pour les cas mentionnés aux alinéas b, c, d et e du nouvel article 34. Une telle approche serait conforme à la décision du Groupe de travail aux termes de laquelle ces trois méthodes devraient être interchangeables dans les cas où l'entité adjudicatrice ne peut énoncer des spécifications complètes et elle permettrait en même temps de limiter le recours à la méthode de sollicitation d'une source unique, méthode la moins concurrentielle de toutes (voir également la note 1 relative au nouvel article 33 bis).

c) *Si l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence sont considérés comme des options égales dans les cas où les spécifications sont incomplètes, est-il nécessaire de conserver l'ordre de préférence donné au nouveau paragraphe 3 ?* Etant donné que le problème du chevauchement entre les conditions de recours à des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres concerne essentiellement les conditions d'utilisation dans les cas où les spécifications sont incomplètes, conditions énoncées dans les dispositions régissant l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence, la décision de considérer ces méthodes comme des options égales semble rendre superflu cet ordre de préférence. En supprimant cet ordre de préférence, on résoudrait également le problème, mentionné au paragraphe 197 du document A/CN.9/359, qui se poserait lorsqu'un Etat adoptant la Loi type incorporerait plus d'une de ces méthodes pour les cas où les spécifications seraient incomplètes. Si un Etat incorporait, par exemple, à la fois l'appel d'offres en deux étapes et la négociation avec appel à la concurrence, cet ordre de préférence contraindrait de recourir dans de tels cas à l'appel d'offres en deux étapes. La suppression de cet ordre de préférence permettrait à l'entité adjudicatrice de choisir la méthode qu'elle jugerait la plus appropriée. Comme il est indiqué au paragraphe 50 du document A/CN.9/359, afin d'aider les Etats à choisir la méthode ou les méthodes à incorporer pour les cas où les spécifications seraient incomplètes, le

commentaire pourrait indiquer quelles méthodes sont préférables du point de vue de la transparence et de la concurrence.

d) *Comment faudrait-il traiter la question du chevauchement entre la négociation avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique dans le cas des marchés à des fins de recherche ?* Dans les conditions d'utilisation tant de la méthode de négociation avec appel à la concurrence que de la méthode de sollicitation d'une source unique, il est fait référence aux contrats à des fins de recherche (alinéa c du nouvel article 34 et alinéa e de l'article 35). Vu l'ordre de préférence énoncé à l'article 7-3, un Etat incorporant la négociation avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique serait en fait dans l'impossibilité de recourir jamais à la seconde méthode pour les marchés à des fins de recherche. La solution pourrait être de limiter l'alinéa e de l'article 35 aux cas d'urgence. Un chevauchement similaire pour ce qui est de la défense nationale ou de la sécurité nationale (alinéa d du nouvel article 34 et alinéa f de l'article 35) semble poser moins de problèmes, car l'entité adjudicatrice serait libre de suspendre l'ordre de préférence en application du paragraphe 2 de l'article premier.

³Voir A/CN.9/359, par. 52.

⁴Voir la note 2 concernant la décision prise par le Groupe de travail d'examiner plus avant le nouveau paragraphe 3 à sa quinzième session.

⁵Voir A/CN.9/356, par. 117 et 146.

⁶Voir A/CN.9/359, par. 54.

* * *

Article 8. *Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs*

Nouveau 1. Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs à tous les stades de la procédure de passation d'un marché.

1. Sous réserve du droit qu'ont les entrepreneurs et fournisseurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, l'entité adjudicatrice peut :

a) Exiger des entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation d'un marché qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits entrepreneurs et fournisseurs :

Nouveau i) Possèdent les compétences techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences en matière de gestion, la fiabilité, l'expérience et la réputation et le personnel requis pour exécuter le marché;

i) Sont légalement habilités à conclure le marché;

ii) Ne sont pas insolvables, en règlement judiciaire, en faillite ou en liquidation, que leurs affaires ne sont pas gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, que leurs activités commerciales n'ont pas été suspendues et qu'ils ne font pas l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;¹

iii) Se sont acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans le présent Etat;

(iv) N'ont pas été, *non plus que leurs commettants ou préposés*,² condamnés pour

un délit pénal lié à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant à leurs qualifications requises pour l'exécution du marché, durant une période de [... ans (*l'Etat adoptant la Loi type spécifie cette période*)]³ précédant le commencement de la procédure de passation du marché, ou *n'ont pas été de toute autre manière exclus dans le cadre d'une procédure administrative de suspension ou de radiation*;³

v) [Supprimé]⁴

(b) [Supprimé]⁵

2. Toute condition requise en application de l'alinéa 1 a est énoncée dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation et s'applique également à tous les entrepreneurs et fournisseurs. L'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure concernant les qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs, autre que ceux prévus à l'alinéa 1 a.

2 bis. L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans la documentation de présélection, *le cas échéant*,⁶ et dans le dossier de sollicitation.

2 ter. Sous réserve des dispositions des articles 8 ter-1 et 28-7 e, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, exigence ou procédure relatif aux qualifications des entrepreneurs et fournisseurs qui entraîne une discrimination contre ou parmi des entrepreneurs et fournisseurs ou contre des catégories d'entrepreneurs et de fournisseurs sur la base de la nationalité.

2 quater. *L'entité adjudicatrice peut exclure un entrepreneur ou fournisseur si elle constate à tout moment que les informations qu'il a soumises concernant ses qualifications sont fausses ou inexactes.*⁷

3. Sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection, un entrepreneur ou un fournisseur affirmant qu'il satisfait aux critères de qualification n'est pas écarté de la procédure de passation d'un marché au motif qu'il n'a pas donné la preuve qu'il est qualifié en application du paragraphe 1, s'il s'engage à donner cette preuve avant *le commencement de l'examen des offres ou propositions, selon le cas*,⁸ et si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit à même de le faire.

¹Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il est nécessaire de conserver l'alinéa ii), puisque le nouvel alinéa i) autorise l'entité adjudicatrice à exiger des entrepreneurs et fournisseurs qu'ils soumettent les pièces qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits entrepreneurs et fournisseurs ont des ressources financières suffisantes.

²Voir A/CN.9/359, par. 58.

³Voir A/CN.9/359, par. 59.

⁴Voir A/CN.9/331, par. 50.

⁵Voir note 6 relative à cette disposition dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

⁶Voir A/CN.9/359, par. 61.

⁷Le paragraphe 2 *quater* a été ajouté comme suite à la décision, mentionnée au paragraphe 75 du document A/CN.9/359, suivant laquelle l'entité adjudicatrice devrait être habilitée à exclure l'entrepreneur et fournisseur ayant donné des informations fausses ou inexacts concernant leurs qualifications. Une disposition similaire, visant les cas particuliers des procédures de présélection et de reconfirmation, a été ajoutée au paragraphe 6 de l'article 8 *bis*.

⁸Voir A/CN.9/359, par. 63. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier plus avant la question de savoir jusqu'à quel moment les entrepreneurs et fournisseurs peuvent donner la preuve qu'ils sont qualifiés. La référence au commencement de l'examen des offres ou propositions semble vague et risque d'être source de litiges. Elle sera sans doute davantage source d'incertitudes et donnera moins de temps pour prouver ses qualifications que la référence à la conclusion de la procédure de passation des marchés qui figurait dans la version précédente.

* * *

Article 8 bis. Procédure de présélection.

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres ou des propositions¹ dans le cadre de la procédure de passation d'un marché menée conformément aux chapitres II ou III, les entrepreneurs et fournisseurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 8 s'appliquent à la procédure de présélection.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un jeu de documents de présélection à chaque entrepreneur ou fournisseur qui en fait la demande, conformément aux procédures spécifiées dans l'invitation à présenter une demande de présélection, et qui en paie le prix, le cas échéant.

3. La documentation de présélection *contient, au minimum*, les renseignements *devant être spécifiés* dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 14-1, à l'exception de ses alinéas *e*, *f* et *g*, ainsi que les renseignements suivants²:

a) Instructions pour la préparation et la soumission des demandes de présélection;

b) [Supprimé]³

c) Résumé des principales conditions du marché qui sera conclu comme suite à la procédure de passation du marché;

d) Toutes pièces ou autres informations qui doivent être soumises par les entrepreneurs et fournisseurs pour démontrer leurs qualifications;

e) Procédures applicables pour l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs;

f) Mode et lieu de soumission des demandes de présélection et délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux entrepreneurs et fournisseurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu en particulier des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;

g) Toutes autres conditions *pouvant être*² énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection;

3 *bis*. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection reçue de l'entrepreneur ou d'un fournisseur par l'entité adjudicatrice dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice, n'identifiant pas la source de la demande, est donnée *dans un délai raisonnable*⁴ pour permettre à l'entrepreneur ou au fournisseur de soumettre à temps sa demande de présélection et communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a transmis la documentation de présélection.

3 *ter*. [Incorporé à l'article 9 *bis*]⁵

4. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque entrepreneur ou fournisseur ayant soumis une demande de présélection. Cette décision doit reposer uniquement sur les critères énoncés dans les documents de présélection.⁶

4 bis. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque entrepreneur ou fournisseur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et fait connaître à toute personne qui en fait la demande⁶ les noms de tous les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés. Seuls les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

5. L'entité adjudicatrice communique sur demande aux entrepreneurs et fournisseurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de leur rejet, mais elle n'est pas tenue d'étayer ce motif ni de donner les raisons pour lesquelles elle a conclu qu'il y avait motif de rejet.

6. L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un entrepreneur ou fournisseur présélectionné reconfirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit entrepreneur ou fournisseur. L'entité adjudicatrice disqualifie tout entrepreneur ou fournisseur qui ne reconfirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié, et peut disqualifier un entrepreneur ou fournisseur si elle découvre, à n'importe quel moment, que les renseignements communiqués lors de la présélection ou de la reconfirmation étaient faux ou inexacts. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque entrepreneur ou fournisseur prié de reconfirmer ses qualifications s'il a ou non réussi à reconfirmer ses qualifications.⁷

¹Dans le texte anglais, le mot "offers" a été ajouté pour souligner le caractère concurrentiel de la négociation.

²Voir A/CN.9/359, par. 66 et 67.

³Voir A/CN.9/343, par. 149.

⁴Voir A/CN.9/359, par. 68.

⁵Voir A/CN.9/359, par. 69.

⁶Conformément aux paragraphes 70 et 71 du document A/CN.9/359, l'alinéa *a* a été ajouté et le reste du paragraphe 4 a été mis dans un paragraphe 4 *bis* et modifié comme convenu.

⁷Voir A/CN.9/359, par. 75 à 79.

* * *

Article 8 *ter*. *Participation des entrepreneurs et fournisseurs*¹

1. Les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés à participer à une procédure de passation d'un marché sans distinction de nationalité, sauf

a) Dans les cas où, pour des raisons d'économie et d'efficacité, l'entité adjudicatrice *décide de ne permettre que la participation d'entrepreneurs et fournisseurs nationaux, ou*

b) Dans les cas où, pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou dans d'autres dispositions législatives, elle décide de *limiter la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité.*²

Nouveau 1 bis. Si l'entité adjudicatrice limite la participation selon des critères de nationalité *conformément à l'alinéa a ou à l'alinéa b du paragraphe 1*, elle indique dans le compte rendu de la procédure de passation du marché les motifs et circonstances justifiant cette restriction.³

1 bis. Si, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché, la participation est limitée aux entrepreneurs et fournisseurs nationaux en application du paragraphe 1 a, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les procédures énoncées aux articles 8-2 *ter*, 12-1 *bis*, 14-1-*f bis*, 14-1 g, 14-2 *b bis*, 14-2 c, 17-2 *i bis*, 17-2 k, 17-2 q, 20-4 et 26-1 *b* de la présente Loi.⁴

2. [Supprimé]⁵

3. *Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation d'entrepreneurs ou de fournisseurs à la procédure de passation d'un marché, l'entité adjudicatrice leur déclare qu'ils peuvent participer à cette procédure sans distinction de nationalité, déclaration qui ne peut être modifiée par la suite, ou leur déclare, le cas échéant, que la participation est limitée selon des critères de nationalité.*³

¹Les dispositions relatives à la participation des entrepreneurs et fournisseurs, qui figuraient à l'article 11, ont été déplacées au chapitre premier conformément au paragraphe 94 du document A/CN.9/359.

²Le paragraphe 1 a été restructuré et légèrement modifié conformément au paragraphe 95 du document A/CN.9/359. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est souhaitable de garder, à l'alinéa b, la référence à la réglementation des marchés en tant que texte permettant de limiter la participation selon des critères de nationalité. La Loi type ne fixant aucune norme ou limite quant à ce que la réglementation des marchés peut disposer en ce qui concerne les restrictions fondées sur la nationalité, la disposition en question paraîtra peut-être aller à l'encontre des objectifs de la Loi type.

³Voir A/CN.9/359, par. 96. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner encore si cette disposition est nécessaire étant donné que la situation qu'elle vise se présente avant tout dans le cas de la procédure d'appel d'offres où la participation n'est ni limitée aux entrepreneurs ou fournisseurs nationaux, ni restreinte selon d'autres critères de nationalité. En pareils cas, il pourrait être stipulé, conformément au paragraphe 1, que la procédure d'appel d'offres est réputée ouverte à toutes les nationalités à moins qu'il n'en soit disposé autrement dans le dossier de sollicitation. L'idée d'exiger une déclaration du genre de celle que le paragraphe 3 exige actuellement semble assez étrangère aux méthodes de passation des marchés dans lesquelles l'entité adjudicatrice recherche tels ou tels entrepreneurs ou fournisseurs afin de solliciter leur participation à la procédure de passation d'un marché, ce qui est typiquement le cas dans toutes les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres et l'appel d'offres en deux étapes.

⁴Comme il est dit au paragraphe 98 du document A/CN.9/359, il a été convenu que le paragraphe 1 *bis* devait préciser que, s'il était loisible à

l'entité adjudicatrice d'omettre l'application de certaines procédures dans le cas des marchés entièrement nationaux, rien ne l'empêchait d'appliquer en pareil cas celles de ces procédures qu'elle jugeait appropriées. Il semble que les mots "n'est pas tenue d'appliquer les procédures" précisent suffisamment qu'il n'est pas interdit à l'entité adjudicatrice d'appliquer l'une quelconque des mesures en question.

⁵Voir A/CN.9/331, par. 58.

* * *

Article 9. [Fusionné avec l'article 8]

* * *

Article 9 *bis*. *Forme des communications*¹

1. *Les documents, notifications, décisions et autres communications visés dans la présente Loi qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un entrepreneur ou fournisseur ou par un entrepreneur ou fournisseur à l'entité adjudicatrice sont faits par écrit, ce qui comprend toute forme assurant l'enregistrement du contenu de la communication.*

2. *Nonobstant le paragraphe 1*, les communications entre les entrepreneurs et fournisseurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 8 *bis-3 bis*, 4 b, 12-2 a, 22-3, 25-2 a, 26-1 b *bis*, 28-1, 29-3 et 32-1 peuvent être faites par téléphone ou par tout autre moyen n'assurant pas l'enregistrement du contenu de la communication sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication en soit donnée au destinataire sous une forme la constatant.²

3. *L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination contre ou entre des entrepreneurs ou fournisseurs à raison de la forme sous laquelle ils soumettent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications.*

¹L'article 9 *bis* contient une version remaniée de l'article 10 *bis* qui avait été présenté au Groupe de travail dans l'annexe au document A/CN.9/WG.V/WP.33. La disposition a été déplacée parce que, selon le Secrétariat, il valait mieux que la Loi type énonce des règles générales fixant les conditions de forme applicables à certaines communications entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs et fournisseurs avant de traiter de la question de la légalisation qui fait l'objet de l'article 10. Le présent article a été reformulé pour donner suite à la décision figurant au paragraphe 107 du document A/CN.9/359, selon laquelle la Loi type devait aller au-delà de ce qui avait été fait à l'article 10 *bis* et contenir une disposition générale permettant aux Etats qui l'adoptent d'autoriser l'utilisation des techniques EDI dans la procédure de passation d'un marché à la place de la documentation traditionnelle sur support papier. Le paragraphe 1 vise à autoriser l'utilisation des techniques EDI tout en tenant compte des préoccupations indiquées au paragraphe 207 du document A/CN.9/343 au sujet de l'utilisation de ces techniques pour la soumission d'offres ainsi que des préoccupations visées au paragraphe 107 du document A/CN.9/359 selon lesquelles il fallait considérer, dans une disposition autorisant l'utilisation des techniques EDI, que les procédures énoncées dans la Loi type reflétaient en général des pratiques traditionnellement basées sur papier et que les techniques EDI n'étaient pas accessibles au même degré dans tous les pays. D'où la règle selon laquelle les documents, notifications, décisions et communications doivent être faits par écrit, les transmissions EDI étant parallèlement possibles. Le paragraphe 3 répond également aux préoccupations susmentionnées en disant que les entrepreneurs et fournisseurs auxquels les techniques EDI ne sont pas accessibles ne doivent pas, de ce fait, faire l'objet d'une discrimination dans la procédure de passation d'un marché. Le paragraphe 1 autorise aussi l'utilisation des techniques EDI pour la soumission d'offres sous une forme ne reposant pas sur le papier, pratique qui commence à apparaître dans certains pays. Alors qu'elle est conforme à la décision prise à la quatorzième session (A/CN.9/359, par. 107) selon

laquelle il faudrait autoriser l'utilisation des techniques EDI d'une façon générale, une telle possibilité paraît contraire à la décision prise à la douzième session (A/CN.9/343, par. 207), et rappelée au paragraphe 107 du document A/CN.9/359, de ne pas autoriser d'autres formes que l'écrit pour la soumission d'offres. Une disposition a été ajoutée au paragraphe 4 de l'article 24 à l'effet de faire en sorte que soient utilisées, dans la soumission d'une offre par EDI, des techniques EDI conçues de manière à empêcher que l'entité adjudicatrice ou qui que ce soit n'ait accès au contenu de la transmission EDI, c'est-à-dire des techniques offrant l'équivalent fonctionnel de l'enveloppe scellée utilisée lorsque l'offre est faite par écrit (par exemple, en utilisant un logiciel empêchant l'entité adjudicatrice d'avoir accès aux offres avant la date limite de soumission et en plaçant l'équipement électronique utilisé dans un lieu sûr inaccessible à l'entité adjudicatrice).

A la quatorzième session, la question s'est posée de savoir si la notion d'"enregistrement" serait universellement reconnue comme élément approprié d'une disposition législative destinée à autoriser l'utilisation des techniques EDI à titre d'équivalents fonctionnels se substituant aux documents sur support papier. Le Secrétariat a été prié de revoir l'article 10 bis en tenant compte de cette question et des activités de la Commission en cours dans le domaine de l'EDI. Dans l'intervalle, le Groupe de travail des paiements internationaux a tenu sa vingt-quatrième session (Vienne, 27 janvier-7 février 1992), qui a été consacrée à l'examen des questions que posait la définition d'un cadre juridique pour l'utilisation de l'EDI et a comporté l'étude de différentes approches pouvant permettre d'éliminer les obstacles que constituaient, pour l'utilisation de l'EDI, les dispositions de certaines législations exigeant la forme écrite. On a noté qu'une fonction essentielle de l'écrit était d'assurer l'"enregistrement" de l'information et que cette fonction devrait être remplie par tout équivalent électronique susceptible de se substituer à l'écrit. On a signalé en outre qu'il serait loisible aux parties de convenir d'équivalents électroniques pour les autres fonctions de la documentation papier, y compris l'inaltérabilité, la lisibilité, la reproductibilité, la possibilité d'être authentifiée et l'acceptabilité quant à la forme par les autorités publiques et les tribunaux. Le Groupe de travail a aussi estimé que, plutôt que de tenter d'éliminer purement et simplement l'exigence de l'écrit qui entrave actuellement l'utilisation de l'EDI, mieux valait élargir la définition de l'"écrit" aux techniques EDI qui offrent des équivalents fonctionnels à la documentation papier (voir A/CN.9/360, par. 32 à 43, pour l'examen de la question de l'exigence de l'écrit par le Groupe de travail des paiements internationaux). La nouvelle formulation de l'article 10 bis s'inspire de cette approche envisagée par le Groupe de travail des paiements internationaux. L'approche actuellement suivie à l'article 9 bis permet d'aller au-delà de l'article 10 bis et de regrouper d'autres dispositions qui traitent des conditions de forme et étaient précédemment dispersées dans toute la Loi type, de sorte qu'il n'est plus nécessaire de se référer à maintes reprises à l'exigence de l'écrit et de consacrer une disposition distincte à la définition de l'"écrit". Il est à noter enfin que le titre qui figurait en tête de l'article 10 bis a été modifié de manière à refléter plus précisément le contenu du présent article et à éviter de donner l'impression que l'article traite de négociations entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs et fournisseurs.

²Le paragraphe 2 contient la totalité du texte qui figurait à l'article 10 bis. La référence à l'article 12-2 a a été ajoutée conformément au paragraphe 83 du document A/CN.9/359; la référence à l'article 8 bis-4 a été ajoutée à l'initiative du Secrétariat. La référence aux communications téléphoniques a été développée sur la base d'une remarque qui figure au paragraphe 82 du document A/CN.9/359.

* * *

Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs

1. Lorsque l'entité adjudicatrice exige que les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs pour démontrer leurs qualifications dans le cadre de la procédure de passation du marché soient légalisées, elle ne peut¹ imposer aucune condition quant à la légalisation des pièces autres que celles prévues dans les lois du présent Etat relatives à la légalisation de pièces du type en question.

2. [Supprimé]²

3. [Supprimé]²

¹Les mots "ne peut imposer" remplacent les mots "n'impose" pour mieux préciser que l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'exiger la légalisation des pièces.

²Voir A/CN.9/343, par. 113.

* * *

Article 10 bis. [Déplacé à l'article 9 bis]

* * *

Article 10 ter. *Compte rendu de la procédure de passation de marchés*

1. L'entité adjudicatrice établit un compte rendu de la procédure de passation de marchés où figurent les éléments d'information suivants :

a) Une brève description des biens ou des travaux requis, ou des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions;¹

b) Les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres, des propositions ou des prix;

c) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance de qualifications, des entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis des offres, propositions ou prix;

d) Le prix et un résumé des autres principales conditions de chaque offre, proposition ou offre de prix et du marché;

e) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, propositions ou prix;

f) Si toutes les offres ont été rejetées en application de l'article 29, une déclaration l'indiquant et énonçant les motifs du rejet, conformément à l'article 29-1;

Nouvel alinéa f bis) si, dans une procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres, il n'y a pas eu conclusion d'un marché, une déclaration motivée l'indiquant;²

f bis) Les éléments d'information requis par l'article 10 quater, si une offre, une proposition ou un prix a été rejeté en application de cette disposition;³

f ter) Dans une procédure d'appel d'offres où l'entité adjudicatrice n'envoie d'invitations à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection qu'à certains entrepreneurs ou fournisseurs conformément à l'article 12-2 a, l'exposé requis en application de l'article 11-2 c;⁴

g) Dans une procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres, l'exposé requis en application de l'article 7-5 des motifs et des circonstances sur lesquels s'est appuyée l'entité adjudicatrice pour justifier le choix de la méthode de passation de marché utilisée;

h) Dans une procédure de passation de marché où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 8 ter-1, limite la participation aux entrepreneurs et fournisseurs nationaux, l'exposé des motifs sur lesquels s'est appuyée l'entité adjudicatrice pour imposer la restriction.⁵

2. La partie du compte rendu visée aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 est mise à la disposition de quiconque le demande pour inspection après qu'une offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la passation d'un marché.⁶

2 bis. La partie du compte rendu visée aux alinéas *c* à *f* bis nouveau) du paragraphe 1 est communiquée, pour inspection, aux entrepreneurs ou fournisseurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix, ou ont présenté une demande de présélection, mais avant qu'une offre, une proposition ou un prix a été accepté ou que la procédure de passation de marché ait pris fin sans aboutir à la passation d'un marché, à moins qu'un tribunal compétent n'ordonne que la divulgation soit faite plus tôt.⁷ Toutefois, sauf injonction d'un tribunal compétent et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice :

a) Ne divulgue aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, entraverait l'application de la loi, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

b) Ne divulgue aucune information relative à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix, et du montant des offres, des propositions ou des offres de prix.

2 ter. La partie du compte rendu visée à l'alinéa *f* bis du paragraphe 1 est communiquée, pour inspection, à l'entrepreneur ou fournisseur qui aurait proposé l'incitation, mais après qu'une offre, une proposition ou un prix a été accepté ou que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la passation d'un marché, à moins qu'un tribunal compétent n'ordonne que la divulgation soit faite plus tôt.³

3. [Supprimé]⁸

4. L'entité adjudicatrice n'est pas passible de dommages-intérêts envers les entrepreneurs et les fournisseurs pour la seule raison qu'elle n'a pas établi de compte rendu de la procédure de passation de marché conformément au présent article.⁹

¹Dans le texte anglais, les mots "or offers" ont été ajoutés à la fin de l'alinéa et en d'autres endroits de l'article 10 ter conformément au paragraphe 85 du document A/CN.9/359.

²La teneur de cette disposition figurait à l'alinéa *f*.

³La substance de l'alinéa *f* bis, qui figurait à l'alinéa *f*, a été placée dans une disposition distincte pour faciliter l'application de la décision mentionnée au paragraphe 91 du document A/CN.9/359; la disposition correspondante du paragraphe 2 ter a été ajoutée dans le même but.

⁴Voir A/CN.9/359, par. 101. Il est à noter que ce nouvel élément a été placé dans une partie du compte rendu pour laquelle la Loi type ne prévoit aucune exigence de divulgation. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette approche est appropriée.

⁵Voir A/CN.9/359, par. 86.

⁶Le Groupe de travail voudra peut-être examiner encore s'il est souhaitable de garder sous leur forme actuelle les dispositions des paragraphes 2 et 3 relatives à la divulgation du contenu du compte rendu. On jugera peut-être que ces dispositions compliquent inutilement la Loi type et risquent, en limitant la portée de la divulgation, de diminuer le degré de transparence et de responsabilité à l'égard du public assuré par la Loi type.

⁷Voir A/CN.9/359, par. 88.

⁸Voir A/CN.9/359, par. 89.

⁹Voir A/CN.9/359, par. 90.

* * *

Article 10 quater. *Incitations proposées par les entrepreneurs et fournisseurs*

(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice rejette une offre, une proposition ou un devis si l'entrepreneur ou le fournisseur qui lui a soumis des offres, propose, donne ou convient de donner à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice une gratification pécuniaire ou autre, un emploi ou toute autre chose ou service de valeur pour influencer sur un acte, une décision ou une procédure de l'autorité adjudicatrice dans le cadre de la procédure de passation de marché. Le rejet de l'offre, de la proposition ou du devis et les motifs de celui-ci sont consignés dans le compte rendu de la procédure de passation de marché, dont la divulgation est limitée conformément à l'article 10 ter-2 ter.¹

¹Voir A/CN.9/359, par. 91.

* * *

CHAPITRE II. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Section I

Article 11. [Déplacé à l'article 8 ter]

* * *

Section II. Sollicitation des offres et des demandes de présélection

Article 12. *Sollicitation des offres et des demandes de présélection*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres, ou, le cas échéant, des demandes de présélection, de tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés en faisant publier une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, dans ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel ledit avis doit être publié).

1 bis. L'invitation à soumettre une offre ou l'invitation à présenter une demande de présélection doivent également être publiées, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, au moins dans un quotidien de diffusion internationale ou une publication commerciale ou une revue technique spécialisée de diffusion internationale.

2. a) Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 1 bis, l'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, (et sous réserve

d'approbation par ... (chaque Etat peut désigner l'organe chargé de donner son approbation),) solliciter des offres *ou, selon le cas, des demandes de présélection* en n'envoyant des invitations à soumettre une offre *ou, selon le cas, des invitations à présenter une demande de présélection* qu'à des entrepreneurs et fournisseurs sélectionnés par elle. Elle doit sélectionner un nombre suffisant d'entrepreneurs et fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence, en vue d'assurer la bonne conduite de la procédure d'appel d'offres.¹

b) [Incorporé à l'article 9 bis-1 et-2]²

c) *L'entité adjudicatrice qui utilise la procédure prévue à l'alinéa a indique dans le compte rendu de la procédure de passation du marché les motifs et circonstances justifiant le recours à ladite procédure.*³

¹Les références à la présélection ont été ajoutées pour corriger le manque d'uniformité qui subsistait après que le terme "avis de projet de marché" eut été remplacé à un stade antérieur de l'élaboration de la Loi type. Voir aussi A/CN.9/359, par. 102.

²Voir A/CN.9/359, par. 83 et 103.

³Voir A/CN.9/359, par. 101.

* * *

Article 13. [Supprimé]¹

¹Voir A/CN.9/331, par. 62.

* * *

Article 14. *Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection*

1. L'invitation à soumettre une offre doit contenir au moins les renseignements suivants :

- a) Nom et adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) Nature et quantité des biens à fournir ou nature et emplacement des travaux à effectuer;
- c) Délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux;
- d) Critères utilisés pour évaluer les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs, conformément à l'alinéa 1 a de l'article 8;

d bis) Déclaration, ne pouvant être ultérieurement modifiée, aux termes de laquelle les entrepreneurs et fournisseurs peuvent participer à la procédure de passation des marchés sans distinction de nationalité, ou déclaration aux termes de laquelle la participation est limitée en fonction de critères de nationalité, selon le cas;

e) Moyens d'obtenir le dossier de sollicitation et lieu où il peut être obtenu;

f) Prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier de sollicitation;

f bis) Monnaie et mode de paiement du dossier de sollicitation;

g) Langue ou langues dans lesquelles le dossier est disponible;

h) Lieu et date limite de soumission des offres;

i) [supprimé]¹

j) [supprimé]¹

2. L'invitation à présenter une demande de présélection n'a pas à contenir les renseignements demandés aux alinéas e, g et h du paragraphe 1, mais doit contenir les autres renseignements demandés au paragraphe 1, ainsi que les renseignements suivants :

a) Moyens d'obtenir la documentation de présélection et lieu où elle peut être obtenue;

b) Prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection;

b bis) Monnaie et mode de paiement de la documentation de présélection;

c) Langue ou langues dans lesquelles la documentation est disponible; et

d) Lieu et date limite de soumission des demandes de présélection.

¹Voir A/CN.9/343, par. 133.

* * *

Article 15. [Fusionné avec l'article 8]

* * *

Section III

Article 16. [Déplacé à l'article 8 bis]

* * *

Section IV [titre supprimé]¹

¹Le titre de la section IV ("Dossier de sollicitation") a été supprimé pour simplifier la structure de la Loi type.

* * *

Article 17. *Dossier de sollicitation*

1. L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation aux entrepreneurs et fournisseurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'invitation à soumettre une offre. S'il y a eu présélection, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque entrepreneur ou fournisseur qui a été présélectionné et qui paie le prix, le cas échéant, de ce dossier.

2. Le dossier de sollicitation comporte, *au minimum*¹ les renseignements suivants :

a) Instructions pour la préparation des offres;

b) Critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article 8, relatifs à l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs et à la reconfirmation des qualifications en application de l'article 28-8 bis;

- c) [Combiné avec l'alinéa b]
- d) *Stipulations concernant les renseignements* qui doivent être soumis par les entrepreneurs et fournisseurs pour faire la preuve de leurs qualifications;
- e) Nature, caractéristiques techniques et qualité requises conformément à l'article 20, des biens ou des travaux requis, notamment, spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; quantité des biens requis; emplacement où doivent s'effectuer les travaux; *tous services accessoires à exécuter*;² et, le cas échéant, délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux;
- e bis) Eléments dont doit tenir compte l'entité adjudicatrice pour déterminer l'offre à retenir, y compris les éléments autres que le prix à utiliser conformément à l'article 28-7 c et d et leur coefficient de pondération;³
- f) *Dans la mesure où l'entité adjudicatrice les connaît déjà*,⁴ conditions du marché et, le cas échéant, formulaire du contrat à signer par les parties;
- g) Si les variantes en ce qui concerne les caractéristiques des biens ou les travaux, les conditions contractuelles ou toute autre condition énoncée dans le dossier de sollicitation sont autorisées, déclaration à cet effet;
- h) Si les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une portion des biens ou des travaux requis, description de la portion ou des portions pour lesquelles des offres peuvent être soumise;
- i) Manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une disposition indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût des biens ou des travaux, tels que les frais de transport et d'assurance, les droits de douane et les taxes;⁵
- i bis) Monnaie ou monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;
- j) [Supprimé]⁶
- k) Langue ou langues, conformément à l'article 23, dans lesquelles les offres doivent être établies;
- l) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales, ainsi que l'institution ou entité émettrice, de la garantie de soumission devant être éventuellement fournie par les entrepreneurs et fournisseurs soumettant des offres, et toute stipulation concernant toute garantie de bonne exécution du marché devant être fournie par l'entrepreneur ou le fournisseur concluant le marché, y compris des garanties telles que les cautionnements sur la main-d'œuvre et sur les matériaux;⁷
- m) Mode, lieu et délai de soumission des offres, conformément à l'article 24;
- n) Moyens par lesquels, en application de l'article 22, les entrepreneurs et fournisseurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation et déclaration par laquelle l'entité adjudicatrice indique si elle a l'intention d'organiser une réunion d'entrepreneurs et de fournisseurs;
- n bis) [Supprimé]⁸
- o) Période de validité des offres, conformément à l'article 25;
- p) Lieu, date et heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 27;
- p bis) Procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des offres;⁹
- q) Monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres en application de l'article 28-8 et, soit taux de change qui sera utilisé pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit déclaration selon laquelle le taux publié par un établissement financier donné, en vigueur à une date donnée, sera appliqué;
- r) [Déplacé à l'alinéa y bis]
- s) Références à la présente Loi, à la réglementation des marchés et à toutes autres lois et réglementations directement applicables à la procédure de passation des marchés, étant entendu toutefois que l'omission de toute référence de cet ordre ne constitue pas en soi un motif de recours en vertu de l'article 36 ni n'engage la responsabilité de l'entité adjudicatrice;
- t) Nom(s), titre(s) fonctionnel(s) et adresse(s) d'un ou plusieurs fonctionnaires ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les entrepreneurs et les fournisseurs et à recevoir directement des communications adressées par eux à propos de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;
- u) Tout engagement devant être pris par l'entrepreneur ou le fournisseur extérieurement au marché, tel qu'un engagement portant sur des échanges compensés ou le transfert de technologie;
- v) [Supprimé]¹⁰
- w) *Notification du droit*, en application de l'article 36 de la présente Loi, d'engager une procédure de recours contre un acte ou une décision illicites de l'entité adjudicatrice ou une procédure illicite appliquée par elle dans le cadre de la procédure de passation d'un marché;¹¹
- x) Si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les offres en application de l'article 29, déclaration à cet effet;
- y) Toute formalité qui sera requise, dès qu'une offre aura été acceptée, pour l'entrée en vigueur d'un marché, y compris, le cas échéant, l'exécution d'un marché écrit en application de l'article 32, et l'approbation par une autorité supérieure ou l'Administration ainsi que le délai estimé, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, qui sera nécessaire pour obtenir l'approbation;¹²
- y bis) Toute autre condition établie par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des offres et aux autres aspects de la procédure de passation des marchés.¹³

¹Voir A/CN.9/359, par. 108; cette solution est analogue à celle utilisée à l'article 8 bis-3 (voir note 2 à cet article).

²Voir A/CN.9/359, par. 109.

³Voir A/CN.9/359, par. 110.

⁴Voir A/CN.9/359, par. 111.

⁵Voir A/CN.9/359, par. 112.

⁶Voir A/CN.9/343, par. 168.

⁷Voir A/CN.9/359, par. 113.

⁸Voir A/CN.9/343, par. 198.

⁹Voir A/CN.9/359, par. 114. Cette disposition figurait à l'alinéa *p*; la référence aux procédures et critères d'évaluation et de comparaison des offres a été supprimée, cette question étant déjà traitée à l'alinéa *e bis*.

¹⁰Voir A/CN.9/343, par. 185.

¹¹Voir A/CN.9/359, par. 116.

¹²Voir A/CN.9/359, par. 117.

¹³La teneur de l'alinéa *y bis* figurait à l'alinéa *r*; au sujet de ce changement et de la légère modification de rédaction, voir A/CN.9/359, par. 115.

* * *

Article 18. [Fusionné avec l'article 17]

* * *

Article 19. *Prix facturé pour le dossier de sollicitation*

L'entité adjudicatrice peut faire payer aux entrepreneurs et fournisseurs le dossier de sollicitation. La somme demandée ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux entrepreneurs et fournisseurs.

* * *

Article 20. *Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation*

1. Dans la documentation de présélection ou dans le dossier de sollicitation, l'entité adjudicatrice n'inclura ni n'utilisera de spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les normes de qualité des biens ou des travaux requis, de conditions relatives aux essais et méthodes d'essais, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité et de symboles ou de termes qui créent des obstacles¹ à la participation d'entrepreneurs ou fournisseurs à la procédure de passation du marché.

1 bis. L'entité adjudicatrice n'inclut ni n'utilise de spécifications, plans, dessins, modèles, conditions ou termes qui auraient pour objet ou pour effet de créer des obstacles à la participation d'entrepreneurs et fournisseurs pour des raisons de nationalité.²

2. Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens ou des travaux requis. Ces documents ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens ou de la construction à fournir et à condition que soient ajoutés des mots tels que "ou son équivalent".

3. a) Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection et le dossier de sollicitation utilisent, lorsqu'il en existe, des ex-

pressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens ou des travaux requis;

b) Des termes commerciaux normalisés sont utilisés, lorsqu'il en existe, pour la formulation des conditions du marché qui sera conclu comme suite à la procédure de passation de marché et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation;

c) [Supprimé]³

4. La documentation de présélection et le dossier de sollicitation sont établis dans ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie sa langue ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international).

¹Voir A/CN.9/359, par. 120.

²Voir A/CN.9/359, par. 122, ainsi que la note 2 sous l'article 20 dans A/CN.9/WG.V/WP.30.

³Voir A/CN.9/331, par. 108.

* * *

Article 21. [Supprimé]¹

¹Voir A/CN.9/331, par. 114.

* * *

Article 22. *Clarification et modification du dossier de sollicitation*

1. L'entrepreneur ou fournisseur peut demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation à l'entité adjudicatrice. Celle-ci répond à toute demande d'éclaircissements du dossier de sollicitation qu'elle reçoit d'un entrepreneur ou d'un fournisseur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des offres. L'entité adjudicatrice répond dans un délai raisonnable pour permettre à l'entrepreneur ou au fournisseur de présenter leur offre en temps voulu et, sans indiquer l'origine de la demande, communique la réponse à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation.¹

2. A tout moment avant la date limite de soumission des offres, l'entité adjudicatrice peut, pour toute raison, soit de sa propre initiative, soit en réponse à une demande d'éclaircissements adressée par un entrepreneur ou un fournisseur, modifier le dossier de sollicitation en publiant un additif. Ledit additif est communiqué promptement à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation et a pour eux force obligatoire.

3. [Intégré dans l'article 9 bis]²

4. Si l'entité adjudicatrice organise une réunion d'entrepreneurs et de fournisseurs, elle établit un procès-verbal de la réunion indiquant les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion à propos du dossier de sollicitation,

sans identifier l'origine des demandes, ainsi que ses réponses auxdites demandes. Le procès-verbal est fourni *rapidement* à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a soumis le dossier de sollicitation, de manière à leur permettre d'en tenir compte pour établir leurs offres.³

¹Voir A/CN.9/359, par. 125.

²Voir A/CN.9/359, par. 127.

³Voir A/CN.9/359, par. 128.

* * *

Section V. Soumission des offres¹

¹Le titre de la section a été modifié.

* * *

Article 23. Langue des offres

Les offres peuvent être établies et soumises dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été publié ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation.

* * *

Article 24. Soumission des offres

1. L'entité adjudicatrice fixe une date et une heure données, qui constituent la date limite pour la soumission des offres. Cette date limite est fixée de manière à laisser à tous les entrepreneurs et fournisseurs *auxquels l'entité adjudicatrice remet le dossier de sollicitation dans un délai raisonnable* pour préparer et soumettre leurs offres et à tenir compte des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.¹

2. Si, conformément à l'article 22, elle publie une clarification ou modification du dossier de sollicitation, *ou si une réunion d'entrepreneurs et de fournisseurs a lieu, l'entité adjudicatrice reporte si nécessaire la date limite de soumission des offres, avant l'expiration de ladite date limite, afin que les entrepreneurs et fournisseurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte de la clarification ou de la modification, ou du procès-verbal de la réunion, dans leur offre.*²

2 bis a) L'entité adjudicatrice peut, avant la date limite de soumission des offres, reporter ladite date limite si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté *un ou plusieurs entrepreneurs ou fournisseurs sont dans l'impossibilité* de soumettre leur offre avant la date limite.³

b) La notification de tout report de la date limite est donnée promptement à chaque entrepreneur et fournisseur auquel l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation.⁴

2 ter. [Déplacé au paragraphe 2 bis b]

3. [Déplacé au paragraphe 4 bis]⁵

4. Les offres sont soumises par écrit, dans des enveloppes scellées. *Conformément à l'article 9 bis, l'entité adjudicatrice peut accepter des offres sous d'autres formes que par écrit, à condition que des mesures soient prises pour empêcher la divulgation à l'entité adjudicatrice ou à toute autre personne du contenu de l'offre avant la date limite de soumission des offres.* L'entité adjudicatrice délivre sur demande à l'entrepreneur ou au fournisseur un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles son offre a été reçue.⁶

4 bis. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte et est renvoyée à l'entrepreneur ou au fournisseur qui l'a soumise.⁵

¹Voir A/CN.9/359, par. 131. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer la seconde phrase qui pourrait avoir l'effet non intentionnel de donner lieu à des désaccords quant au caractère adéquat du délai accordé pour la préparation des offres. Il vaudrait peut-être mieux traiter la question dans un commentaire.

²Voir A/CN.9/359, par. 128.

³Voir A/CN.9/359, par. 133.

⁴Les conditions de forme relatives à la notification du report de la date limite qui apparaissaient auparavant au paragraphe 2 ter ont été intégrées dans l'article 9 bis. Le reste du paragraphe 2 ter a été déplacé au paragraphe 2 bis b.

⁵Voir A/CN.9/359, par. 135.

⁶Conformément aux paragraphes 107 et 136 du document A/CN.9/359, on a modifié le paragraphe 4 pour tenir compte de l'emploi de l'EDI pour la transmission des offres (voir la note 1 sous l'article 9 bis). La combinaison des dispositions des articles 9 bis et 24-4 vise à répondre au souci de faire en sorte que l'exigence de l'écrit énoncée au paragraphe 4, qui a notamment pour fonction de maintenir secret le contenu de l'offre, soit remplie par tout procédé EDI équivalent utilisé pour la transmission d'offres sous une forme non écrite et qu'il soit pris acte du fait que l'EDI n'est pas une formule universellement disponible, de manière à prévenir toute discrimination à l'encontre des entreprises et fournisseurs qui ne possèdent pas de moyens en matière d'EDI (voir à ce propos les paragraphes 1 et 3 de l'article 9 bis). Voir aussi A/CN.9/359, par. 137. Sur un autre point, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de remplacer "dans des enveloppes scellées" par "dans une seule enveloppe scellée".

* * *

Article 25. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. Les offres restent valides durant le délai spécifié dans le dossier de sollicitation. La période de validité commence dès la date limite de soumission des offres.

2. a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut prier les entrepreneurs ou fournisseurs de prolonger cette période d'un délai supplémentaire donné. L'entrepreneur ou le fournisseur peuvent refuser cette demande sans renoncer à leur garantie de soumission, et leur offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prolongée.¹

b) Les entrepreneurs et fournisseurs qui conviennent de prolonger la période de validité de leur offre prolongent ou font prolonger la période de validité de leurs garanties de soumission, ou, si cela est impossible, fournissent une nouvelle garantie de soumission portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. L'entrepreneur ou le fournisseur dont la garantie de soumission n'est pas prolongée, ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission, est considéré comme ayant refusé la demande de prolongation de la période de validité de son offre.

3. L'entrepreneur ou le fournisseur peuvent modifier ou retirer leur offre avant la date limite de soumission des offres sans renoncer à leur garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait produisent leurs effets s'ils sont reçus par l'entité adjudicatrice avant la date limite de soumission des offres.²

¹Les conditions de forme concernant les demandes de prolongation de la période de validité des offres et les réponses à ces demandes ont été intégrées dans l'article 9 bis.

²Les conditions de forme touchant les modifications et les retraits des offres ont été intégrées dans l'article 9 bis. Voir aussi A/CN.9/359, par. 171.

* * *

Section VI. [Titre supprimé]¹

¹Afin de simplifier la structure de la Loi type, on a supprimé le titre "Garanties de soumission" qui apparaissait à la section VI.

* * *

Article 26. Garanties de soumission

(Nouveau paragraphe 1) Aux fins de la présente Loi, les mots "garantie de soumission" désignent une garantie donnée à l'entité adjudicatrice pour garantir l'obligation qu'a un entrepreneur ou un fournisseur présentant une offre de conclure un marché si celui-ci lui est adjugé, notamment des mécanismes tels que les garanties, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change.¹

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande aux entrepreneurs et fournisseurs soumettant une offre de fournir une garantie de soumission :

a) Cette condition s'applique à tous les entrepreneurs et fournisseurs;

a bis) Le dossier de sollicitation peut disposer que l'institution ou l'entité qui émet la garantie de soumission et l'institution ou l'entité qui, le cas échéant, confirme la garantie, ainsi que la forme et les conditions de la garantie, doivent être agréées par l'entité adjudicatrice;²

b) Nonobstant les dispositions du sous-alinéa a bis), une garantie de soumission n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par une institution ou entité du présent Etat si la garantie de soumission et l'institution ou entité satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation (, à moins que l'acceptation par l'entité adjudicatrice de ladite garantie de soumission ne soit contraire à une loi du présent Etat);³

b bis) Avant de soumettre une offre, un entrepreneur ou fournisseur peut demander à l'entité adjudicatrice de confirmer que l'émetteur proposé de la garantie de soumission, ou — le cas échéant — l'institution confirmatrice proposée, remplit bien les conditions requises; l'entité adjudicatrice répond rapidement à une telle demande;⁴

c) [Déplacé à l'alinéa a bis]

d) L'entité adjudicatrice précise dans le dossier de sollicitation toute clause et condition à inclure dans la

garantie de soumission quant à la conduite de l'entrepreneur ou fournisseur fournissant l'offre qui habiliterait l'entité adjudicatrice à réclamer le montant de la garantie. Ces dispositions ne peuvent concerner que :⁵

i) Le retrait ou la modification d'une offre après la date limite de soumission des offres;

ii) [Supprimé]⁶

iii) Le fait de ne pas signer le marché si l'entité adjudicatrice lui demande de le faire, ou de ne pas fournir la garantie requise pour l'exécution du marché après qu'une offre a été acceptée.

2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et retourne ou fait retourner sans délai le document de garantie,⁷ après que se produit le premier des faits suivants :

a) Expiration de la garantie de soumission;

b) Entrée en vigueur d'un marché et fourniture d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est requise;

c) Clôture de la procédure d'appel d'offres sans qu'un marché entre en vigueur;

d) Retrait de l'offre pour laquelle la garantie a été soumise avant la date limite de soumission des offres.

⁵Le texte figurant entre parenthèses ne serait intégré que par les Etats adoptant la Loi type dont la législation impose des restrictions quant à l'acceptation des garanties de soumission émises par des institutions étrangères.

¹Conformément au paragraphe 140 du document A/CN.9/359, la définition des mots "garantie de soumission" qui figurait auparavant à l'article 2 f a été intégrée dans l'article 26. En ce qui concerne les modifications de cette définition, voir A/CN.9/359, paragraphe 31. On a aussi remanié la définition pour ne pas laisser entendre que c'est l'entrepreneur ou le fournisseur lui-même qui doit émettre la garantie de soumission.

²Voir A/CN.9/359, par. 142.

³Les derniers mots du paragraphe 1 b ont été mis entre parenthèses pour indiquer leur caractère facultatif et la note explicative correspondante a été ajoutée conformément au paragraphe 144 du document A/CN.9/359. Voir aussi A/CN.9/359, par. 145.

⁴La disposition qui précède a été ajoutée conformément au paragraphe 143 du document A/CN.9/359 et a été alignée sur les paragraphes 1 et 2 de l'article 9 bis. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il conviendrait d'ajouter une formulation réservant le droit pour l'autorité adjudicatrice de rejeter une garantie de soumission alors même qu'elle avait confirmé que l'émetteur remplissait bien les conditions requises conformément au paragraphe 1 b bis, dans le cas où, après cette confirmation, l'émetteur deviendrait insolvable ou dans le cas où l'entité adjudicatrice découvrirait que l'émetteur était insolvable.

⁵L'alinéa d a été remanié conformément au paragraphe 146 du document A/CN.9/359.

⁶Voir A/CN.9/343, par. 221.

⁷On a supprimé la règle selon laquelle la garantie de soumission devait être restituée à l'entrepreneur ou au fournisseur qui l'avait fournie de manière à tenir compte de l'exécution de la règle relative à la restitution de la garantie par renvoi à l'émetteur.

* * *

Section VII. Evaluation et comparaison des offres¹

¹Le titre de la section VII a été simplifié.

* * *

Article 27. *Ouverture des offres*

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres, ou à la date limite spécifiée en cas de report de la date limite initiale, à l'endroit et de la manière prévus dans ledit dossier.

2. Tous les entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres.

3. Les nom et adresse de chaque entrepreneur ou fournisseur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués sur demande aux entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis une offre, mais ne sont pas présents ni représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement dans le compte rendu de la procédure d'appel d'offres prévu à l'article 10 *ter-1*.

Article 28. *Examen, évaluation et comparaison des offres*

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier les entrepreneurs et fournisseurs de donner des éclaircissements sur leurs offres, afin de faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni permise.

b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre. *L'entité adjudicatrice donne avis de la correction à l'entrepreneur ou fournisseur qui a soumis l'offre.*¹

*I bis a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b, l'entité adjudicatrice ne peut considérer une offre comme étant conforme que si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation.*²

b) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs ne modifiant pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres exigences énoncées dans le dossier de sollicitation. Ces écarts autorisés sont quantifiés, dans la mesure du possible, et pris en compte comme il convient lors de l'évaluation et de la comparaison des offres.

2. L'entité adjudicatrice *n'accepte pas* une offre :³

a) Si l'entrepreneur ou fournisseur l'ayant soumise n'a pas les qualifications requises;⁴

b) Si l'entrepreneur ou fournisseur l'ayant soumise n'accepte pas la correction d'une erreur arithmétique en application du paragraphe 1 b;

c) Si l'offre n'est pas conforme;

d) [Supprimé]⁵

3. [Incorporé à l'article 10 *quater*]

4. [Intégré au paragraphe 1 *bis*]²

5. [Supprimé]⁶

6. [Supprimé]⁷

7. a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui n'ont pas été rejetées en application du paragraphe 2 ou de l'article 10 *quater*, afin de déterminer l'offre à retenir, telle que définie à l'alinéa c, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui n'a pas été énoncé dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé.

b) [Supprimé]⁸

c) *L'entité adjudicatrice précise dans le dossier de sollicitation que l'offre à retenir est soit :*

i) L'offre présentant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa e du présent paragraphe; soit,

ii) Si l'entité adjudicatrice l'a énoncé dans le dossier de sollicitation, l'offre évaluée comme étant la plus basse sur la base de facteurs spécifiés dans le dossier de sollicitation, facteurs qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible.

d) Pour la détermination de l'offre évaluée comme étant la plus basse, conformément au sous-alinéa c ii, l'entité adjudicatrice ne peut tenir compte que des éléments suivants :

i) Le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa e;

ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens ou d'achèvement des travaux, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie des biens ou des travaux;

iii) *L'effet que l'acceptation d'une offre aurait sur l'état de la balance des paiements et⁹ des réserves en devises [du présent Etat], les arrangements d'échanges compensés, proposés par les entrepreneurs et fournisseurs, l'ampleur du contenu local dans les marchandises proposées par les entrepreneurs et fournisseurs, notamment pour ce qui est de la production, de la main-d'œuvre et des matériaux, le potentiel découlant des offres sur le plan du développement économique, notamment les investissements ou autres activités commerciales locaux, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production soient réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences administratives, scientifiques et opérationnelles [... (l'Etat adoptant la Loi type peut développer l'alinéa iii) en ajoutant des éléments supplémentaires];¹⁰ et*

iv) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales.

e) Si la réglementation des marchés l'autorise, [et sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation),] lors de l'évaluation et de la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice peut accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs et fournisseurs nationaux ou aux offres de biens produits localement. La marge de préférence est calculée conformément à la réglementation des marchés.¹¹

8. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la même monnaie aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

8 bis. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article 8 bis, l'entité adjudicatrice peut exiger de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant soumis l'offre à retenir conformément à l'article 28-7 c qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article 8. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de présélection a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

8 ter. Si l'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre à retenir est prié de reconfirmer ses qualifications conformément au paragraphe 8 bis, mais ne donne pas suite à la demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 7, parmi les offres restantes, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article 29-1, de rejeter toutes les offres restantes.

9. Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas divulguées aux entrepreneurs ou fournisseurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation et à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 10 ter.

10. [Supprimé]¹²

¹Voir A/CN.9/359, par. 151.

²Conformément aux paragraphes 35 et 155 du document A/CN.9/359, la définition de l'offre conforme, qui figurait auparavant à l'article 2 j, a été incorporée à l'article 28, par adjonction du paragraphe 1 bis, auquel on a en outre jugé bon d'ajouter les éléments de fond du paragraphe 4. Dans cette configuration, la notion de conformité est définie avant l'emploi du terme "conforme" au paragraphe 2 c.

³Voir A/CN.9/359, par. 152.

⁴Voir A/CN.9/359, par. 153.

⁵Voir A/CN.9/356, par. 18.

⁶Voir A/CN.9/331, par. 159.

⁷Voir A/CN.9/331, par. 164.

⁸Voir A/CN.9/359, par. 167.

⁹Voir A/CN.9/359, par. 157.

¹⁰Le Secrétariat s'est efforcé d'améliorer le libellé de l'alinéa iii pour le rendre plus clair.

¹¹Voir A/CN.9/359, par. 160.

¹²Voir A/CN.9/331, par. 176.

* * *

Article 29. Rejet de toutes les offres

1. [Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation), et] si le dossier de sollicitation le prévoit, l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres à tout moment avant l'acceptation d'une offre.¹ L'entité adjudicatrice communique à tout entrepreneur ou fournisseur ayant soumis une offre qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle a rejeté toutes les offres, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.

1 bis. [Supprimé]²

2. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1.

3. L'avis de rejet de toutes les offres est donné promptement à tous les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis une offre.

¹Voir A/CN.9/359, par. 164, concernant la suppression de la référence à la non-reconfirmation des qualifications.

²Voir A/CN.9/356, par. 46.

* * *

Article 30. Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un entrepreneur ou fournisseur à propos d'une offre soumise par ledit entrepreneur ou fournisseur.

* * *

Section VIII. [Déplacée au chapitre III, section I]

Article 31. [Déplacé au nouvel article 33 bis et à l'article 33 bis]

* * *

Section IX. [Titre supprimé]¹

¹Afin de simplifier la structure de la Loi type, on a supprimé le titre de la section IX : "Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché".

* * *

Article 32. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché**

1. Sous réserve des articles 28-8 ter et 29, l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir au sens de l'article 28-7 c est acceptée. L'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée.

2. a) Sous réserve des dispositions des paragraphes 3 b et 3 bis, un marché conforme aux conditions de l'offre

acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant soumis l'offre, à condition qu'il lui soit expédié pendant que l'offre est toujours valide.

b) L'avis prévu au paragraphe 1 est "expédié" lorsqu'il est dûment adressé ou de toute autre manière envoyé et transmis à l'entrepreneur ou au fournisseur, ou adressé à une autorité compétente pour acheminement à l'entrepreneur ou au fournisseur, par un mode de communication autorisé à l'alinéa a du paragraphe 6.¹

3. a) Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, le dossier de sollicitation peut disposer que l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée doit signer un marché écrit conforme à cette offre. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice (*le ministère requérant*** et l'entrepreneur ou le fournisseur signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis mentionné au paragraphe 1 a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur.

b) Lorsqu'un marché écrit doit être signé en application de l'alinéa a, sous réserve des dispositions du paragraphe 3 bis, le marché entre en vigueur lorsque le marché écrit est signé par l'entrepreneur ou le fournisseur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni l'entrepreneur ou le fournisseur ne prennent de mesures qui entraveraient l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

3 bis. Lorsque le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, la décision d'approuver ou non le marché est prise dans un délai raisonnable après que l'avis prévu au paragraphe 1 a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur. Le marché n'entre pas en vigueur ou, le cas échéant, n'est pas exécuté avant que l'approbation ne soit donnée.²

3 ter. Lorsque l'approbation visée au paragraphe 3 bis est requise, le dossier de sollicitation spécifie le délai requis, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prolongation de la période de validité des offres spécifiée dans le dossier de sollicitation en application de l'article 25-1 ou de la période de validité des garanties de soumission pouvant être requises en application de l'article 26-1.

4. Si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est tenu de le faire, ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché, l'entité adjudicatrice choisit l'offre à retenir, conformément à l'article 28-7, parmi les offres restantes toujours valides, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article 29-1, de rejeter toutes les offres restantes. L'avis prévu au paragraphe 1 est donné à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant soumis cette offre.

5. Dès l'entrée en vigueur du marché et, si cela est exigé,³ la présentation par l'entrepreneur ou le fournisseur d'une garantie de bonne exécution du marché, un avis d'attribution du marché est donné aux autres entrepreneurs et fournisseurs, spécifiant le nom et l'adresse de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier.

6. a) [Incorporé à l'article 9 bis]

b) [Déplacé au paragraphe 2 b].

*Les portions du présent article concernant l'obligation de signer un marché et le texte figurant entre parenthèses concernant l'obligation d'obtenir une approbation définitive pour l'entrée en vigueur du marché ne seraient reprises que par les Etats où ces obligations sont traditionnellement imposées. [Note ajoutée conformément à A/CN.9/359, par. 169.]

**Les termes "ministère requérant" seraient repris par les Etats dans lesquels le marché est traditionnellement signé, lorsqu'il doit l'être, par des entités publiques pour lesquelles le marché est passé, plutôt que par l'organisme public — par exemple une commission centrale des marchés — chargé d'appliquer la procédure de passation des marchés. [Note ajoutée conformément à A/CN.9/359, par. 169.]

¹En raison de l'intégration dans l'article 9 bis des conditions de forme précédemment énoncées au paragraphe 6 a, on a jugé bon d'associer la substance du paragraphe 6 b au paragraphe 2.

²Le Groupe de travail voudra peut-être envisager la suppression de la règle selon laquelle la décision devrait être prise dans un délai raisonnable après l'expédition de l'avis. Une telle obligation pourrait être jugée inutilement restrictive ainsi que superflue, puisque, dans le cas d'un retard excessif, le délai de validité de l'offre serait dépassé. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager la suppression des mots "ou, le cas échéant, n'est pas exécuté" dans la seconde phrase. Il semblerait qu'une telle modification serait utile compte tenu de la pratique consistant dans un certain nombre de pays à ne pas demander d'approbation définitive avant la signature du marché — pratique que ne prévoit pas la formulation actuelle. On a supprimé les mots "ou par le gouvernement" parce que la référence à l'approbation par une autorité de tutelle semblait suffisante.

³Voir A/CN.9/359, par. 173.

* * *

Article 33. [Incorporé à l'article 10 ter]

* * *

CHAPITRE III. PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MOYENS QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Section I. Procédure d'appel d'offres en deux étapes

Nouvel article 33 bis. *Conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes*

(Sous réserve de l'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation,)) l'entité adjudicatrice peut recourir aux procédures prévues à l'article 33 bis si :

a) Elle est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les biens ou les travaux et, pour trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins,

i) Elle sollicite des propositions quant aux différentes possibilités de répondre à ses besoins; ou

ii) En raison de la nature technique des biens ou des travaux, elle doit négocier avec les entrepreneurs ou fournisseurs,¹

b) [Incorporé à l'alinéa a]

¹Ainsi qu'il en est rendu compte au paragraphe 198 du document A/CN.9/359, le Groupe de travail a décidé que l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence devaient être présentées comme des options égales dans les cas où l'entité adjudicatrice ne serait pas en mesure d'établir un cahier des charges com-

plet. L'un des éléments de cette approche, dont il est fait état au paragraphe 196, était que, pour pouvoir appliquer l'une quelconque de ces méthodes, il fallait que le cahier des charges soit incomplet. Cette condition commune figure désormais à l'alinéa a, ainsi qu'à l'alinéa a du nouvel article 34, et à l'alinéa a de l'article 33 *ter*. Elle a pour objet d'englober les différents éléments qui peuvent être à l'origine de l'inachèvement des spécifications, qui étaient mentionnés dans les anciennes versions de ces dispositions. La décision consistant à présenter l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence comme des solutions interchangeables lorsque les spécifications sont incomplètes, l'existence d'une condition commune régissant l'utilisation de ces trois méthodes et l'application en la matière de l'ordre de préférence énoncé au nouveau paragraphe 3 de l'article 7 suscitent un certain nombre de questions qui sont examinées dans la note 2 de l'article 7.

* * *

Article 33 *bis*. *Modalités d'application de la procédure d'appel d'offres en deux étapes*

1. [Déplacé au nouvel article 33 *bis*]
2. Les dispositions du chapitre II de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où la présente section déroge aux dites dispositions.
3. Dans le dossier de sollicitation, les entrepreneurs et les fournisseurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens ou des travaux que les conditions contractuelles de leur fourniture.
4. L'entité adjudicatrice peut engager des négociations avec tout entrepreneur ou fournisseur dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles 10 *quater*, 28-2 ou 29 à propos de tout aspect de son offre.
5. Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite les entrepreneurs et fournisseurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales accompagnées de prix *correspondant aux spécifications d'un cahier des charges*. *Lorsqu'elle définit ces spécifications*, l'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens ou travaux requis initialement dans le dossier de sollicitation et tout critère *initialement* énoncé dans ledit dossier pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre à retenir et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des entrepreneurs et fournisseurs dans l'invitation à soumettre une offre finale qui leur est adressée. L'entrepreneur ou fournisseur ne souhaitant pas soumettre une offre finale peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir. Les offres finales sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir au sens de l'article 28-7 c.

6. [Incorporé à l'article 10 *ter*-1 g]

* * *

Section II. Procédure de sollicitation de propositions

Article 33 *ter*. *Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions*

1. (Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché par la sollicitation de propositions, qui est adressée à autant d'entrepreneurs ou fournisseurs que possible, mais à au moins trois si possible, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies :

a) *L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les biens ou les travaux et, pour trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins,*

- i) *Elle sollicite des propositions quant aux différentes possibilités de répondre à ses besoins; ou,*
- ii) *En raison de la nature technique des biens ou des travaux, elle doit négocier avec les entrepreneurs ou fournisseurs;¹*

b) *Le choix de l'entrepreneur ou du fournisseur à retenir doit se fonder à la fois sur l'efficacité des moyens proposés et sur le prix de la proposition;² et*

c) *L'entité adjudicatrice a établi des critères à utiliser pour évaluer les propositions et a déterminé le coefficient de pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions.*

2. [Déplacé au nouveau paragraphe 1 de l'article 33 *quater*]

¹En ce qui concerne le remplacement de l'alinéa a par une condition commune applicable aussi à l'appel d'offres en deux étapes et à la négociation avec appel à la concurrence, on se reportera à la note 1 du nouvel article 33 *bis*, ainsi qu'à la note 3 de l'article 7.

²Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il est nécessaire de conserver les alinéas b et c. Ce qu'énonce l'alinéa b semble être énoncé implicitement à l'alinéa a; quant à l'alinéa c, il vise les modalités à appliquer lorsqu'on engage une procédure de sollicitation de propositions; or, cette question est couverte dans l'article 33 *quater*.

* * *

Article 33 *quater*. *Modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions*

Nouveau paragraphe 1. L'entité adjudicatrice publie dans une revue professionnelle à large diffusion un avis à l'intention des personnes intéressées à soumettre une proposition, à moins qu'elle n'estime qu'il n'est pas souhaitable de publier un tel avis pour des raisons d'économie ou d'efficacité; *ledit avis* ne confère aucun droit aux entrepreneurs ou aux fournisseurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une proposition soit évaluée.¹

1. Les critères visés à l'article 33 *ter*-1 c doivent permettre d'évaluer :

- a) *La compétence relative en matière de techniques et de gestion de l'entrepreneur ou du fournisseur;*

b) L'efficacité de la proposition présentée par l'entrepreneur ou fournisseur; et

c) Le prix proposé par l'entrepreneur ou fournisseur pour mettre en œuvre sa proposition et le coût de l'exploitation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux proposés.

2. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice doit comporter au minimum les renseignements suivants :

a) Nom et adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Description des besoins faisant l'objet de la procédure de passation du marché, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer;

c) Critères d'évaluation de la proposition, exprimés en termes pécuniaires dans la mesure du possible, pondération à accorder à chacun de ces critères et manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition; et

d) Forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels.

3. Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés à l'article 33 ter 1 c,² est communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de sollicitation de propositions.

4. L'entité adjudicatrice traite toutes les propositions d'une manière qui permette d'éviter que leur contenu soit divulgué aux entrepreneurs et fournisseurs en concurrence.³

5. L'entité adjudicatrice peut négocier avec les entrepreneurs ou fournisseurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies :

a) Toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un entrepreneur ou fournisseur est confidentielle;

b) Sous réserve des dispositions de l'article 10 ter, une partie aux négociations ne révèle à aucun tiers des éléments d'information d'ordre technique ou commercial relatifs à ces négociations, notamment le prix des propositions, sans le consentement de l'autre partie;

c) La possibilité de participer aux négociations est donnée à tous les entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis des propositions et dont les propositions n'ont pas été rejetées;

d) [Supprimé]⁴

6. A l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les entrepreneurs ou fournisseurs participant toujours à la procédure de soumettre, à une date spécifiée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions.

7. L'entité adjudicatrice applique les méthodes suivantes pour l'évaluation des propositions :

a) Seuls les critères visés au paragraphe 1, qui sont énoncés dans la sollicitation de propositions et dans toute

modification de ladite sollicitation, sont pris en considération;

b) La conformité d'une proposition aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée séparément du prix;⁵

c) Le prix d'une proposition n'est pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique achevée;⁵

d) L'entité adjudicatrice peut refuser d'évaluer des propositions présentées par des entrepreneurs ou fournisseurs qu'elle considère comme non fiables ou incompetents.

8. La décision d'attribution prise par l'entité adjudicatrice est conforme aux critères d'évaluation des propositions énoncés dans la sollicitation de propositions, ainsi qu'au coefficient de pondération et à la manière d'appliquer ces critères indiqués dans la sollicitation de propositions.⁶

¹Cette disposition, qui était auparavant le paragraphe 2 de l'article 33 ter, a été déplacée conformément au paragraphe 180 du document A/CN.9/359. Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier la possibilité de ne pas restreindre la publication de l'avis aux revues professionnelles car il arrive qu'il n'y ait pas de revues spécialisées. Il suffirait pour cela de supprimer le mot "professionnelle".

²Voir le document A/CN.9/359, par. 186.

³Voir le document A/CN.9/359, par. 187.

⁴Voir le document A/CN.9/359, par. 188.

⁵Le Groupe de travail a décidé, comme il en est rendu compte au paragraphe 190 du document A/CN.9/359, que les procédures énoncées aux alinéas b et c devaient être présentées comme optionnelles ou données à titre d'exemple. Dans ces conditions, il serait peut-être préférable de supprimer ces alinéas et de les présenter sous forme de commentaire.

⁶Voir le document A/CN.9/359, par. 191.

* * *

Section III. Procédure de négociation avec appel à la concurrence

Nouvel article 34. *Conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence*

(Sous réserve de l'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation des marchés par la négociation avec appel à la concurrence dans les circonstances suivantes :

a) *L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les biens ou les travaux et, pour trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins,*

i) *Elle sollicite des propositions quant aux différentes possibilités de répondre à ses besoins; ou*

ii) *En raison de la nature technique des biens ou des travaux, elle doit négocier avec les entrepreneurs ou fournisseurs;¹*

b) *Lorsque les biens ou travaux doivent être acquis d'urgence et que de ce fait, il serait impossible ou imprudent de recourir à la procédure d'appel d'offres, sous réserve que les circonstances dont découle l'urgence n'aient pas pu être*

prévues par l'entité adjudicatrice ou qu'elles ne résultent pas de manœuvres dilatoires de celle-ci;

c) Lorsque l'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;²

d) Lorsque l'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 2 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et qu'elle détermine que la négociation avec appel à la concurrence est la méthode la mieux appropriée de passation de marchés; ou

e) Lorsqu'une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais qu'aucune offre n'a été soumise ou que toutes les offres ont été rejetées par l'entité adjudicatrice, conformément aux articles 10 *quater*, 28-2 ou 29, et lorsqu'il serait improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres débouche sur la conclusion d'un marché;

f) [Supprimé]³

¹En ce qui concerne le remplacement de l'alinéa a par une condition commune applicable aussi à l'appel d'offres en deux étapes et à la sollicitation de propositions, on se reportera à la note 1 du nouvel article 33 *bis*, ainsi qu'à la note 3 de l'article 7.

²Voir la note 2 de l'article 7 concernant le chevauchement des conditions régissant l'utilisation de la procédure de négociation avec appel à la concurrence et de sollicitation d'une source unique en ce qui concerne les contrats de recherche.

³Voir le document A/CN.9/356, par. 116 et 117.

* * *

Article 34. *Modalités d'application de la négociation avec appel à la concurrence*

1. Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant d'entrepreneurs et de fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence.

2. Les conditions, directives, documents, clarifications ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un entrepreneur ou fournisseur sont communiqués également à tous les autres entrepreneurs ou fournisseurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

3. Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs ou fournisseurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article 10 *ter*, une partie ou négociation ne révèle ni ne divulgue à quiconque des informations techniques, des informations relatives au prix ou autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie.

3 *bis*. Une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice demande aux entrepreneurs ou fournisseurs restant en lice qu'ils soumettent, à une date donnée, leur meilleure offre définitive, compte tenu de tous les éléments de leurs propositions.¹

4. [Incorporé à l'article 10 *ter*]

¹Voir le document A/CN.9/359, par. 202.

* * *

Section IV. Procédure de sollicitation de prix

Nouvel article 34 *bis*. *Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix*

1. (Sous réserve d'approbation par... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché par la sollicitation de prix pour se procurer des biens *immédiatement disponibles qui ne sont pas produits spécialement en fonction des spécifications de l'entité adjudicatrice*¹ et pour lesquels il existe un marché, sous réserve que la valeur estimée du marché soit inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés.

2. L'entité adjudicatrice ne divise pas ses marchés en contrats séparés afin de pouvoir invoquer le paragraphe 1.

¹Voir le document A/CN.9/359, par. 204.

* * *

Article 34 *bis*. *Modalités d'application de la procédure de sollicitation de prix*

1. [Déplacé au nouvel article 34 *bis*]

2. [Déplacé au nouvel article 34 *bis*]

3. L'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un aussi grand nombre d'entrepreneurs ou fournisseurs que possible et d'au moins trois d'entre eux, sauf impossibilité. Chaque entrepreneur ou fournisseur auquel est adressée une sollicitation de prix est avisé lorsque des éléments autres que *les frais pour les biens eux-mêmes*, tels que les frais de transport ou d'assurance, *les droits de douane et les taxes*, doivent être inclus dans le prix.¹

3 *bis*. Chaque entrepreneur ou fournisseur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou le fournisseur au sujet d'un prix donné par ledit entrepreneur ou fournisseur.

4. Le marché est attribué à l'entrepreneur ou au fournisseur qui a fait l'offre au prix le plus bas *conforme aux besoins de l'entité adjudicatrice* et qui est considéré comme étant fiable par l'entité adjudicatrice.²

5. [Incorporé à l'article 10 *ter*]

¹Voir le document A/CN.9/359, par. 207 et 208.

²Cette disposition a été remaniée pour que la notion de conformité de l'offre soit plus clairement exprimée.

* * *

Section V. Procédure de sollicitation d'une source unique

Article 35. Procédure de sollicitation d'une source unique

Nouveau paragraphe 1. (Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut se procurer les biens ou les travaux en sollicitant une proposition ou un prix d'un entrepreneur ou d'un fournisseur unique dans les cas suivants :

a) [Supprimé];¹

b) Les biens ou les travaux ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un entrepreneur ou fournisseur donné, ou un entrepreneur ou fournisseur donné a des droits exclusifs sur les biens et les travaux et il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;

c) En raison d'un événement catastrophique, il est urgent de se procurer les biens ou les travaux et il est donc impossible ou imprudent de recourir à d'autres méthodes de passation de marchés en raison des délais que supposent ces méthodes;²

d) L'entité adjudicatrice, ayant passé un marché de biens, de matériel ou de technologie avec un entrepreneur ou fournisseur, détermine que des fournitures supplémentaires doivent être acquises auprès dudit entrepreneur ou fournisseur pour des raisons de normalisation, ou parce qu'il doit y avoir compatibilité avec les biens, matériels ou technologies déjà utilisés, compte tenu de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses attentes, de la taille limitée³ du marché envisagé par rapport à celle du marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de substituer d'autres biens aux biens en question;

e) L'entité adjudicatrice souhaite conclure avec l'entrepreneur ou le fournisseur un contrat à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;⁴

f) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 2 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et elle détermine que la sollicitation d'une source unique est la méthode la mieux appropriée de passation de marchés; ou

g) La passation d'un marché avec un entrepreneur ou fournisseur donné est nécessaire à la réalisation des objectifs d'une politique visée à l'alinéa d iii du paragraphe 7 de l'article 28 et l'approbation a été obtenue après publication et après que les intéressés ont eu l'occasion de formuler des observations, sous réserve qu'il soit impossible de servir ces objectifs en adjugeant le marché à un autre entrepreneur ou fournisseur;

h) [Supprimé];⁵

i) [Supprimé].⁶

Nouveau paragraphe 1 bis. [Supprimé]⁷

1. [Incorporé à l'article 10 ter]

2. [Incorporé à l'article 10 ter]

¹Voir le document A/CN.9/356, par. 136.

²Voir le document A/CN.9/359, par. 212, à propos de la suppression de la référence à l'imprévisibilité et à l'absence de manœuvres dilatoires de l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier la possibilité de ne plus restreindre l'urgence à des événements catastrophiques car le sens de cette expression n'est pas clair.

³Voir le document A/CN.9/359, par. 213.

⁴Voir le document A/CN.9/359, par. 213, et la note 2 de l'article 7 à propos de la nécessité de distinguer entre l'urgence comme motif de recours à la négociation avec appel à la concurrence (nouvel article 34 b) et l'urgence comme condition de l'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique.

⁵Voir le document A/CN.9/356, par. 144.

⁶Voir le document A/CN.9/356, par. 145.

⁷Voir le document A/CN.9/356, par. 146.

* * *

CHAPITRE IV. DROIT DE RECOURS*

*Les Etats promulguant la Loi type souhaiteraient peut-être y incorporer les articles sur le droit de recours sans changement ou avec les changements minimes que pourraient exiger des impératifs particuliers. Toutefois, pour des raisons d'ordre constitutionnel, certains Etats pourraient ne pas juger utile d'incorporer à la Loi type en partie ou en totalité, les dispositions sur le droit de recours. En pareil cas, ces dispositions pourraient néanmoins servir de références pour l'évaluation des procédures de recours en vigueur. [Note ajoutée conformément au paragraphe 246 du document A/CN.9/359.]

* * *

Article 36. Droit de recours

1. Sous réserve du paragraphe 2, tout entrepreneur ou fournisseur qui a un intérêt à obtenir un marché attribué ou devant être attribué à la suite d'une procédure de passation de marchés régie par la présente Loi et qui affirme subir, risquer de subir ou avoir subi une perte imputable à un acte ou à une décision de l'entité adjudicatrice, ou à une procédure appliquée par elle, violant une obligation imposée par la présente Loi, peut introduire un recours contre cet acte, cette décision ou cette procédure conformément aux articles 37 à [41].¹

2. Sont exclus de l'application du droit de recours prévu au paragraphe 1 :

a) Les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice, ou les procédures suivies par elle, concernant le choix d'une méthode de passation de marchés conformément à l'article 7;

b) La restriction de la procédure de passation de marchés, conformément à l'article 8 ter, aux entrepreneurs ou fournisseurs nationaux, ou la restriction fondée sur la nationalité;

c) La restriction de la sollicitation d'offres pour des raisons d'économie ou d'efficacité conformément à l'article 12-2 a;

d) La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres conformément à l'article 29-1;

e) Le refus de l'entité adjudicatrice de donner suite au désir manifeste de participer à une procédure de sollicita-

tion de propositions conformément à l'article 33 quater (nouveau paragraphe 1).

L'article 36 a été remanié et restructuré conformément aux paragraphes 216 et 217 du document A/CN.9/359. Le Groupe de travail soumettra peut-être saisir cette occasion pour poursuivre l'examen des éléments de la Loi type qui ne devraient pas être soumis aux dispositions sur le droit de recours.

* * *

Article 37. *Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle*

1. A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur, les réclamations sont, en première instance, adressées par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. (Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une autorité conformément à la présente Loi, la réclamation est adressée au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure). Par responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), on entend aussi dans la présente Loi toute personne désignée par le chef de l'entité adjudicatrice (ou par le chef de l'autorité de tutelle, selon le cas).¹

2. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne connaît d'une réclamation que si elle a été présentée dans un délai de dix jours suivant le moment où l'entrepreneur ou fournisseur qui la présente a pris connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, le moment où ledit entrepreneur ou fournisseur aurait dû en prendre connaissance.²

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne connaît pas d'une réclamation, ou cesse de connaître d'une réclamation après l'entrée en vigueur du marché.

4. A moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre l'entrepreneur ou fournisseur³ qui l'a présentée et l'entité adjudicatrice, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) rend, dans les vingt jours ouvrables qui suivent la soumission de la réclamation, une décision écrite. Cette décision :

a) Est motivée; et

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises.

5. Si le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 4, le requérant (ou l'entité adjudicatrice) pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [38 ou 40]. Une fois cette procédure engagée, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) n'a plus compétence pour connaître de la réclamation.

6. La décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) est définitive, à moins qu'une

procédure ne soit engagée en vertu de l'article [38 ou 40].

¹Conformément au paragraphe 219 du document A/CN.9/359, les diverses références à l'autorité de tutelle ont été placées entre parenthèses conformément au caractère facultatif de la notion d'approbation.

²Voir le document A/CN.9/359, par. 220.

³Voir le document A/CN.9/359, par. 222.

* * *

Article 38. *Recours administratif**

1. L'entrepreneur ou fournisseur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 36 peut soumettre une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative] :¹

a) Si cette réclamation ne peut pas être soumise ou examinée en application de l'article 37 en raison de l'entrée en vigueur du marché, et sous réserve qu'elle soit soumise dans un délai de dix jours après que l'entrepreneur ou fournisseur la soumettant a pris connaissance des circonstances donnant lieu à la réclamation ou, au plus tard, après que ledit entrepreneur ou fournisseur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances;

b) En application du paragraphe 5 de l'article 37, sous réserve que la réclamation soit soumise dans un délai de dix jours après expiration de la période visée à l'article 37-4; ou

c) Si l'entrepreneur ou fournisseur² s'estime lésé par une décision du chef de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) prise en application de l'article 37, sous réserve que la réclamation soit soumise dans un délai de dix jours après que ladite décision a été rendue.

1 bis. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle.

2. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut [prendre] [recommander]** une ou plusieurs des sanctions suivantes, sauf s'il déboute le requérant :

a) Dire les règles ou principes juridiques régissant l'espèce;

b) Interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

c) Exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé d'une manière illégale ou qui est arrivée à une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

d) Annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;³

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision, à l'exception de toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;³

f) [Supprimé];⁴

g) Exiger le versement d'un dédommagement

Option I

pour toute dépense raisonnable encourue par le requérant dans le cadre de la procédure de passation du marché

Option II

pour le préjudice subi par le requérant

du fait d'un acte illégal ou d'une décision illégale de l'entité adjudicatrice, ou d'une procédure illégale qu'elle a appliquée;⁵

h) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché.

3. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend une décision écrite et motivée, énonçant, le cas échéant, les sanctions prises.

4. Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 40.

*Les Etats dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures de l'Administration pourront omettre cet article et ne conserver que celui qui concerne le recours judiciaire (art. 40).

**On a décidé d'offrir le choix entre deux variantes afin de tenir compte du cas des Etats dont les organes compétents n'ont pas le pouvoir de prononcer les sanctions énumérées ci-dessus mais peuvent faire des recommandations.

¹L'exigence de l'écrit a été incorporée à l'article 9 bis.

²Voir le document A/CN.9/359, par. 227.

³Voir le document A/CN.9/359, par. 229.

⁴Voir le document A/CN.9/356, par. 174.

⁵Voir le document A/CN.9/359, par. 231.

* * *

Article 39. *Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 37 [et de l'article 38]*

1. Promptement après la soumission d'une réclamation en application de l'article 37 [ou de l'article 38], le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas,] avise tous les entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la soumission de cette réclamation et de substance.

2. Chacun de ces entrepreneurs ou fournisseurs dont les intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours a le droit de participer à la procédure de recours.¹

3. Une copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou du [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas,] est adressée dans un délai de [5] jours à l'entrepreneur ou fournisseur requérant, à l'entité adjudicatrice et à tout autre entrepreneur ou fournisseur ou autorité administrative ayant participé à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement portées à la connaissance du public, à condition toutefois qu'aucune information ne soit divulguée si cette divulgation est contraire à la Loi, en empêchant

l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entrave le libre jeu de la concurrence.²

¹Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'ajouter une disposition stipulant que l'entrepreneur ou fournisseur qui ne participe pas à la procédure de recours ne pourra plus formuler de réclamation du même type.

²Voir le document A/CN.9/359, par. 236.

* * *

Article 40. *Recours judiciaire*

Le [insérer le nom du tribunal (des tribunaux)] est compétent pour toute action intentée conformément à l'article 36 contre un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou une procédure appliquée par elle, y compris pour les actions récursoires judiciaires intentées contre les décisions rendues par les instances de recours en vertu de l'article 37 [et de l'article 38].¹

¹Voir le document A/CN.9/359, par. 238.

* * *

Article 41. *Suspension de la procédure de passation du marché¹*

1. La soumission en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 37 [ou de l'article 38] entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période de cinq jours ouvrables, sous réserve que la réclamation comporte une déclaration indiquant que, pour autant qu'il sache, l'entrepreneur ou fournisseur subira un dommage irréparable faute de suspension, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres entrepreneurs et fournisseurs.

2. Lorsque le marché entre en vigueur après que l'avis d'acceptation a été donné, la soumission en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 38 suspend l'exécution du marché pour une période de cinq jours ouvrables, sous réserve que la réclamation remplisse les conditions énoncées au paragraphe 1.²

3. Le chef de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), [le [insérer le nom de l'instance administrative]] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 1, [et le [insérer le nom de l'instance administrative]] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 2, afin de protéger les droits de l'entrepreneur ou fournisseur présentant la réclamation ou engageant l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours.³

4. La suspension prévue par le présent article ne s'applique pas si l'entité adjudicatrice certifie que pour des considérations urgentes d'intérêt général la procédure de passation du marché doit se poursuivre. Le certificat, qui doit motiver les considérations d'urgence invoquées et est versé au dossier de la procédure de passation du marché,

est irréfutable à tous les échelons de la procédure de recours, sauf à l'échelon judiciaire.

¹L'article 41 a été remanié conformément aux décisions dont il est rendu compte aux paragraphes 242 à 245 du document A/CN.9/359.

²Au paragraphe 243 du document A/CN.9/359, il est rendu compte de la décision selon laquelle dans les cas où l'avis d'acceptation entraînerait automatiquement l'entrée en vigueur du marché, la possibilité d'une suspension devait être offerte. Le paragraphe 2 concrétise cette décision, mais seulement pour les réclamations présentées en application de l'article 38, car conformément à l'article 37-3, ni l'entité adjudicatrice, ni l'autorité de tutelle ne peut connaître d'une réclamation une fois que le marché est entré en vigueur. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si le

déséquilibre en matière de suspension qui en résulte entre les Etats qui disposent d'une procédure de recours administrative et ceux qui n'en ont pas doit être corrigé d'une manière ou d'une autre.

³Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la Loi type doit énoncer une limitation générale de la durée de la suspension.

* * *

Article 42. [Supprimé]¹

¹Voir le document A/CN.9/356, par. 192.

C. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés : note du Secrétariat (A/CN.9/375) [Original : anglais]

1. Alors qu'il élaborait le projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a noté qu'il serait utile de fournir, dans un commentaire, des renseignements supplémentaires concernant la Loi type. A ses quatorzième et quinzième sessions, le Groupe de travail a recensé trois fonctions que pourrait remplir ce commentaire, à savoir donner des orientations aux organes législatifs envisageant d'adopter la Loi type, aux entités adjudicatrices appliquant la Loi type et aux tribunaux chargés de l'interpréter. Il a été noté que la teneur du commentaire varierait selon la fonction prédominante qui lui serait donnée. Il a été convenu, au moins à un stade initial, que l'on donnerait la priorité à la fonction consistant à donner des orientations aux organes législatifs (voir A/CN.9/359, par. 249 et A/CN.9/371, par. 254) et qu'une petite équipe de travail spéciale officieuse du Groupe de travail se réunirait avant la vingt-sixième session pour examiner un

projet de guide qu'établirait le Secrétariat. La réunion de l'équipe de travail spéciale a eu lieu à Vienne, du 30 novembre au 4 décembre 1992. On trouvera en annexe à la présente note le projet de guide, tel que révisé après la réunion de l'équipe de travail spéciale.

2. On notera que le projet de guide se fonde sur le texte du projet de Loi type établi par le Groupe de travail à la conclusion de sa quinzième session et figurant en annexe au rapport de ladite session (A/CN.9/371). Une fois que la Commission aura achevé son examen de la Loi type et l'aura adoptée, le Secrétariat compte mettre au point la version définitive du guide, compte tenu des délibérations et décisions de la Commission. Dans l'intérêt du lecteur, il serait préférable de joindre au guide le texte de la Loi type. Cela n'a pas été fait dans le présent document, en raison de sa longueur; en outre, la Commission disposera du texte du projet de Loi type figurant en annexe au document A/CN.9/371.

Annexe

PROJET DE GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Introduction	112
Préambule	114
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	114
Article 1 ^{er} . Champ d'application	114
Article 2. Définitions	114
Article 3. Obligations internationales (du présent Etat) touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)] ...	115
Article 4. Réglementation des marchés	115
Article 5. Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés	115
Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs	116

	<i>Pages</i>
Article 7. Procédure de présélection	116
Article 8. Participation des fournisseurs et entrepreneurs	116
Article 9. Forme des communications	117
Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs	117
Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	117
Article 12. Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs	117
CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES	117
Article 13. Méthodes de passation des marchés	117
Article 14. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence	118
Article 15. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	118
Article 16. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique	118
CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	119
SECTION I. SOLLICITATION D'OFFRES ET DE DEMANDES DE PRÉSÉLECTION	119
Article 17. Appel d'offres national	119
Article 18. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection	119
Article 19. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	119
Article 20. Communication du dossier de sollicitation	119
Article 21. Teneur du dossier de sollicitation	119
Article 22. Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation	120
Article 23. Clarification et modification du dossier de sollicitation	120
SECTION II. SOUMISSION DES OFFRES	120
Article 24. Langue des offres	120
Article 25. Soumission des offres	120
Article 26. Période de validité des offres; modification et retrait des offres	121
Article 27. Garanties de soumission	121
SECTION III. ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES	122
Article 28. Ouverture des offres	122
Article 29. Examen, évaluation et comparaison des offres	122
Article 30. Rejet de toutes les offres	123
Article 31. Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs	123
Article 32. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	123
CHAPITRE IV. PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	124
Article 33. Appel d'offres en deux étapes	124
Article 34. Sollicitation de propositions	124
Article 35. Appel à la concurrence	125
Article 36. Procédure de sollicitations de prix	125
Article 37. Sollicitation d'une source unique	125
CHAPITRE V. RECOURS	125
Article 38. Droit de recours	126
Article 39. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)	126

	<i>Pages</i>
Article 40. Recours administratif	127
Article 41. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 39 [et de l'article 40]	128
Article 42. Suspension de la procédure de passation du marché	128
Article 43. Recours judiciaire	129

INTRODUCTION

Historique et objet de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (ci-après dénommée la "Loi type") à sa vingt-sixième session, tenue à Vienne en 1993. Cette Loi type a pour objet de servir de modèle aux pays pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés lorsqu'elle fait défaut. La décision prise par la CNUDCI d'élaborer une législation type sur la passation des marchés tient au fait que, dans un certain nombre de pays, la législation régissant les marchés est inadaptée ou dépassée, ce qui a pour conséquence de réduire l'efficacité du processus de passation des marchés, d'augmenter les risques d'abus et d'empêcher l'acheteur du secteur public d'obtenir une contrepartie adéquate en échange des fonds publics dépensés.

2. Tous les pays ont besoin de lois et pratiques saines en matière de marchés publics, notamment les pays en développement et les pays dont l'économie est en cours de transformation. Dans ces derniers pays, une proportion importante des marchés émane du secteur public. Une bonne part de ces marchés concerne des projets se rattachant au processus même de développement économique et social. Ces pays en particulier souffrent d'une pénurie de fonds publics; aussi est-il essentiel que la passation des marchés se fasse de la manière la plus avantageuse possible.

3. Les objectifs de la Loi type, consistant à développer au maximum la concurrence, à assurer un traitement équitable à tous les entrepreneurs et fournisseurs candidats à un marché public et à développer la transparence et l'objectivité, sont essentiels si l'on veut promouvoir l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés et supprimer les abus. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prescrites dans la Loi type, un Etat peut instaurer un climat garantissant au public que l'acquéreur dépensera les fonds publics de manière responsable et en sera tenu comptable et obtiendra ainsi une contrepartie équitable; en outre, les parties offrant de vendre au gouvernement sauront qu'elles seront traitées équitablement. La Loi type sera particulièrement utile dans les pays dont le système économique est en pleine transformation, car la réforme du système des marchés publics est une des clefs de voûte de la réforme législative entreprise pour développer l'économie de marché. En outre, une législation nationale des marchés inappropriée entrave le commerce international, dont une proportion importante découle de ces marchés. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux régissant la passation des marchés et les incertitudes qu'elles entraînent empêchent les gouvernements d'obtenir les prix compétitifs et la qualité que l'on peut attendre d'un marché passé à l'échelon international. Dans le même temps, une législation nationale des marchés inadéquate empêche ou dissuade dans de nombreux pays les fournisseurs et entrepreneurs de vendre au gouvernement.

4. La CNUDCI est un organe de l'Assemblée générale des Nations Unies créé pour promouvoir l'harmonisation et l'unification du droit commercial international, de manière à supprimer les obstacles à l'échange international de marchandises imputables aux divergences entre les lois relatives au commerce. Durant les vingt-cinq dernières années, la CNUDCI, composée d'Etats de toutes les régions se situant à tous les niveaux de développement économique, s'est acquittée de son mandat en élaborant des conventions internationales (les Conventions des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg), sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international et sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux), des Lois types (Loi type sur l'arbitrage commercial international et Loi type sur les virements internationaux), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Règlement de conciliation de la CNUDCI et des guides juridiques (sur les contrats de construction et les opérations d'échanges compensés).

Objet du Guide

5. C'est parce qu'elle était consciente du fait que certains aspects de la passation des marchés devraient sans doute être traités différemment selon les Etats et que les Etats adoptant la Loi type devraient l'évaluer compte tenu de leur situation que la CNUDCI a décidé de donner à son œuvre la forme d'une Loi type. Aussi a-t-elle décidé qu'il serait utile de présenter des informations de base aux Etats utilisant la Loi type pour déterminer si leur législation des marchés est appropriée ou pour élaborer une nouvelle législation.

6. En premier lieu, le Guide explique au lecteur les options expressément offertes aux Etats adoptant la Loi type à propos de questions qui devront sans doute être traitées différemment selon les Etats. Ces options portent sur des questions telles que la définition du terme "entité adjudicatrice", qui a des incidences sur le champ d'application de la Loi type; l'approbation par une autorité de tutelle de certaines décisions et certains actes essentiels de la procédure de passation des marchés; les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres dans des cas exceptionnels; et la forme des procédures de recours et les modes de réparation disponibles.

7. En deuxième lieu, étant donné que la Loi type est un "cadre" n'offrant qu'une ossature minimum consistant en des dispositions essentielles et prévoyant la publication d'une réglementation des marchés, le Guide recense et examine les domaines qui pourraient être traités par la réglementation plutôt que par la loi.

8. En troisième lieu, le Guide donne des informations de base sur les procédures prévues dans la Loi type et indique pourquoi ses rédacteurs ont considéré ces procédures comme des éléments essentiels d'une législation moderne des marchés. En effet, on a supposé que la Loi type serait sans doute utilisée par des pays peu familiers de ce type de procédures.

Une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés

9. La Loi type vise à énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation des marchés dans les divers types de circonstances que pourront rencontrer les entités adjudicatrices. Toutefois, il s'agit d'une loi-cadre n'énonçant pas toutes les règles qu'il faudra sans doute adopter pour mettre en œuvre ces procédures dans un Etat. C'est pourquoi elle suppose l'adoption par les Etats d'une "réglementation des marchés" précisant dans le détail les procédures à suivre pour l'application des méthodes autorisées par la Loi type, compte tenu de la situation particulière ou de l'évolution de la situation dans chaque Etat — sans que soient compromis les objectifs de la Loi type. Le Guide vise également à aider les Etats à recenser les domaines dans lesquels la Loi type pourrait être complétée par une réglementation des marchés.

10. On notera que la passation des marchés telle qu'elle est décrite dans la Loi type, outre qu'elle peut poser des problèmes de procédure qui devront être traités dans la réglementation des marchés, peut susciter certaines questions juridiques dont la réponse ne se trouvera pas nécessairement dans la Loi type, mais peut-être dans d'autres textes de loi, par exemple les règles applicables du droit administratif, du droit des contrats ou du droit pénal, ou les règles de procédure judiciaire.

Méthodes de passation des marchés prévues par la Loi type

11. La Loi type présente plusieurs méthodes de passation des marchés afin de permettre à l'entité adjudicatrice de s'adapter aux circonstances qu'elle pourra rencontrer. L'Etat adoptant la Loi type peut ainsi escompter une application aussi large que possible de cette loi. Pour la Loi type, la règle, dans des circonstances normales, est l'appel d'offres, méthode de passation des marchés reconnue par tous comme la plus efficace pour promouvoir la concurrence, l'économie et l'objectivité. Pour les cas exceptionnels dans lesquels l'appel d'offres n'est pas approprié ou est impossible, la Loi type propose d'autres méthodes. Lorsque l'entité adjudicatrice ne peut formuler de spécifications suffisamment précises ou définitives pour organiser un appel d'offres et dans d'autres circonstances particulières, la Loi type offre trois options pouvant être incorporées dans la législation nationale. Il s'agit de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence; ces méthodes donnent à l'entité adjudicatrice la possibilité de négocier avec les fournisseurs et entrepreneurs pour déterminer les spécifications techniques et les conditions contractuelles. Pour les achats de marchandises normalisées d'un prix peu élevé, la Loi type propose la méthode de la sollicitation de prix, qui prévoit une procédure simplifiée et accélérée, adaptée aux montants relativement faibles en jeu. Enfin, dans des circonstances exceptionnelles, par exemple en cas d'urgence ou si les marchandises ne sont disponibles qu'auprès d'un seul fournisseur, la Loi type propose la méthode de la sollicitation d'une source unique.

Administration de la passation des marchés

12. La Loi type n'énonce que les procédures à suivre pour le choix des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels conclure un marché. On a supposé que tout Etat adoptant la Loi type disposerait des structures institutionnelles et administratives appropriées, ainsi que du personnel requis pour gérer et administrer les procédures de passation des marchés décrites dans la Loi type.

13. Pour ce qui est du système administratif requis pour appliquer les procédures de passation des marchés, la Loi type dispose que certains actes et décisions importants de l'entité adjudicatrice

(par exemple, le recours à une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres) devront être approuvés au préalable par une autorité de tutelle. Ce système d'approbation préalable a été conçu pour détecter les erreurs et les problèmes avant que certaines mesures et décisions définitives ne soient prises. En outre, il peut contribuer à uniformiser davantage le système national de passation des marchés, notamment lorsque l'Etat dispose d'un système de passation des marchés décentralisé dans lequel des entités très diverses engagent des procédures de passation des marchés. Toutefois, cette condition énoncée dans la Loi type est optionnelle; en effet, le système d'autorisation préalable n'est pas en usage dans tous les pays, notamment lorsque le contrôle de la conduite des entités adjudicatrices est essentiellement assuré par le biais de la vérification des comptes.

14. Les références dans la Loi type à l'exigence d'une approbation préalable laissent l'Etat libre de désigner l'organe ou les organes chargés de donner les approbations voulues. L'autorité exercée, de même que l'organe exerçant la fonction d'approbation peuvent être différents. Cette fonction peut être confiée à un organe ou à une autorité totalement indépendants de l'entité adjudicatrice (par exemple le Ministère des finances ou du commerce, ou une commission centrale des marchés), ou elle peut être confiée à un organe de supervision distinct appartenant à l'entité adjudicatrice elle-même. Dans les cas où les entités adjudicatrices ne relèvent pas de la structure gouvernementale ou administrative de l'Etat, par exemple certaines entreprises commerciales appartenant à l'Etat, les pays pourront juger préférable que la fonction d'approbation soit exercée par un organe ou une autorité faisant partie de la structure administrative ou gouvernementale, afin de veiller à ce qu'il soit donné effet aux politiques nationales que vise à promouvoir la Loi type. Quoi qu'il en soit, il importe que l'organe ou l'autorité soient suffisamment indépendants des personnes ou services participant à la procédure de passation d'un marché, afin qu'ils puissent exercer leurs fonctions de manière impartiale et efficace. Il semble préférable que la fonction d'approbation soit exercée par un comité, plutôt que par une seule personne.

15. Outre la désignation de l'organe ou de l'autorité chargés de donner les approbations mentionnées au paragraphe précédent, l'Etat adoptant la Loi type pourra juger souhaitable d'impartir les fonctions liées à la supervision et au contrôle d'ensemble de la passation des marchés auxquels s'applique la Loi type. Toutes ces fonctions pourront être confiées à un organe ou une autorité uniques (par exemple au Ministère des finances ou du commerce, ou à une commission centrale des marchés), ou être réparties entre deux organes ou autorités ou plus. Ces fonctions peuvent consister en la totalité ou une partie des fonctions mentionnées ci-dessous :

a) *Contrôle de l'application générale de la législation et de la réglementation des marchés.* Cette fonction peut consister, par exemple, à publier une réglementation des marchés, à contrôler l'application de la législation et de la réglementation des marchés, à faire des recommandations en vue de leur amélioration et à interpréter la législation. Dans certains cas, par exemple pour des marchés de valeur élevée, l'organe peut être habilité à contrôler la procédure de passation des marchés, afin de s'assurer qu'elle est conforme à la Loi type et à la réglementation des marchés, avant que le marché ne puisse entrer en vigueur.

b) *Rationalisation et normalisation de la passation des marchés et des pratiques en la matière.* Il peut s'agir, par exemple, de coordonner la passation de marchés par les entités adjudicatrices et d'élaborer des documents relatifs aux marchés, des spécifications et des conditions contractuelles normalisées.

c) *Contrôle de la passation des marchés et du fonctionnement de la législation et de la réglementation des marchés, compte tenu des grandes orientations politiques nationales.* Il peut s'agir, par exemple, d'étudier les incidences des marchés sur l'économie

nationale, de donner des conseils sur les effets de certains marchés sur les prix et sur d'autres facteurs économiques et de vérifier qu'un marché donné s'inscrit dans le cadre des politiques et programmes nationaux. L'organe ou l'autorité peuvent être chargés d'approuver la passation d'un marché donné avant le début de la procédure.

d) *Formation des agents chargés des marchés.* L'organe ou l'autorité peuvent également être responsables de la formation des agents chargés des marchés et d'autres fonctionnaires participant à l'administration du système de passation des marchés.

On notera qu'un Etat adoptant la Loi type ne s'engage pas par là même à mettre sur pied une structure administrative donnée, non plus qu'il ne s'engage à augmenter les dépenses du secteur public.

16. L'organe ou l'autorité chargés d'exercer des fonctions d'administration et de tutelle dans un Etat donné et le mandat précis confié à l'organe ou à l'autorité dépendront notamment des systèmes gouvernemental, administratif et juridique de l'Etat, systèmes qui varient beaucoup d'un pays à l'autre. Le système de contrôle administratif de la passation des marchés devrait être structuré compte tenu des objectifs d'économie et d'efficacité, car des systèmes excessivement coûteux ou lourds, soit pour l'entité adjudicatrice, soit pour les participants à la procédure, ou les systèmes retardant indûment la passation des marchés iraient à l'encontre du but recherché. En outre, un contrôle excessif des décisions prises par les fonctionnaires responsables de la procédure de passation des marchés risquerait d'entraver l'action de ces derniers.

Marchés de services

17. La Loi type telle qu'adoptée par la CNUDCI à sa vingt-sixième session régit les marchés relatifs à des biens et à des travaux, les seuls services qui entrent dans son champ d'application étant les services connexes au marché. Ayant achevé l'élaboration d'une législation type pour les marchés de biens et de travaux, la CNUDCI a tourné son attention vers l'élaboration de dispositions législatives types relatives aux marchés de services. Il s'agit là d'un domaine dans lequel les méthodes de passation des marchés traditionnellement utilisées sont souvent moins concurrentielles, du point de vue du prix, que les méthodes utilisées pour les marchés de biens et de travaux. En effet, l'accent est généralement mis sur la qualité et sur des facteurs techniques, plutôt que sur les prix, lors de l'octroi de marchés de services. Par exemple, il est souvent d'usage de choisir le fournisseur de services dont les qualifications sont jugées les plus élevées parmi les candidats, puis de négocier le prix avec lui. Du fait de ces pratiques, l'acquéreur du secteur public risque souvent de payer plus qu'il ne faut pour obtenir des services de qualité.

18. On peut supposer que les dispositions relatives aux marchés de services qu'élaborera la CNUDCI, sous forme d'ajouts et de modifications à la Loi type en vue d'en étendre le champ d'application aux services, auront pour objet de promouvoir les objectifs énoncés dans le préambule. On pourrait par exemple prévoir une concurrence en matière de prix entre les fournisseurs de services se situant au-dessus d'un seuil de qualification élevé pour un projet donné.

Assistance du secrétariat de la CNUDCI

19. Dans le cadre de ses activités de formation et d'assistance liées aux conventions et lois types dans le domaine du droit commercial international, le secrétariat de la CNUDCI peut fournir une assistance technique aux gouvernements élaborant une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, comme il le fait pour des gouvernements envi-

sageant d'adopter une législation fondée sur d'autres lois types de la CNUDCI, ou souhaitant adhérer à une des conventions de droit commercial international établies par la CNUDCI.

20. Le secrétariat, dont l'adresse est indiquée ci-dessous, est tout disposé à donner davantage de renseignements concernant la Loi type sur la passation des marchés, ainsi que sur le Guide et sur d'autres lois types et conventions établies par la CNUDCI. Il accueillera avec satisfaction toutes observations relatives à la Loi type et au Guide, ainsi que tous renseignements concernant l'adoption d'une législation fondée sur la Loi type.

Service du droit commercial international
Bureau des affaires juridiques, Organisation des Nations Unies
Centre international de Vienne, B.P. 500
A-1400 Vienne (Autriche)
Téléphone : (43-1) 21131-4060
Télécopieur : (43-1) 237-485
Téléc : 135612 uno a

PRÉAMBULE

Si l'on a inclus dans la Loi type un énoncé des objectifs, c'est pour en faciliter l'interprétation et l'application. Cet énoncé des objectifs ne crée pas en soi de droits ou obligations quant au fond pour l'entité adjudicatrice ou les entrepreneurs ou fournisseurs. Dans les Etats où il n'est pas d'usage d'inclure des préambules, il est recommandé que cet énoncé soit incorporé dans les dispositions mêmes de la loi.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Champ d'application

1. L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. L'approche retenue consiste à prévoir qu'en principe tous les types de passation de marchés seront régis par la Loi type, mais, dans le même temps, à reconnaître que l'Etat adoptant la Loi type pourra souhaiter exclure certains types de marchés. Cette disposition limite les exclusions aux cas prévus soit par la Loi elle-même, soit par une réglementation. Ainsi, les exclusions ne pourront être secrètes ou officieuses. Afin d'élargir autant que possible le champ d'application de la Loi type, le paragraphe 2 de l'article premier permet une application complète ou partielle de la Loi type même aux secteurs exclus.

2. Il est recommandé que le champ d'application de la Loi type soit aussi large que possible. Il faudrait s'attacher à éviter de limiter le champ d'application de la Loi type par le biais de la réglementation des marchés, car les exclusions au moyen de mesures administratives plutôt que législatives risquent d'avoir des incidences néfastes sur les objectifs de la Loi type. En outre, vu la grande diversité des procédures utilisables en application de la Loi type pour s'adapter aux différents types de situations pouvant se produire, on aura sans doute rarement à envisager de ne pas appliquer lesdites procédures.

Article 2

Définitions

1. La loi type régit essentiellement les marchés passés par des services gouvernementaux et autres entités et entreprises du secteur public. Les entités visées différeront d'un Etat à l'autre en fonction de la répartition des compétences législatives entre les

différents niveaux de gouvernement. C'est pourquoi l'alinéa *b i*, où est défini le terme "entité adjudicatrice", présente des options concernant les niveaux de gouvernement à prendre en compte. L'option I place dans le champ d'application de la Loi type tous les départements, organismes, organes et autres services gouvernementaux de l'Etat se rattachant au gouvernement central, ainsi qu'aux subdivisions provinciales, locales ou autres de l'Etat. Cette option serait adoptée par les Etats non fédéraux et par les Etats fédéraux pouvant légiférer pour leurs subdivisions. L'option II serait adoptée par les Etats n'adoptant la Loi type que pour des organes du gouvernement national.

2. Conformément à l'alinéa *b ii*, l'Etat adoptant la Loi type peut en étendre l'application à certaines entités ou entreprises qui ne sont pas considérées comme faisant partie de la structure gouvernementale de l'Etat s'il juge souhaitable qu'elles passent leurs marchés conformément à la Loi type. Pour décider quelles entités, le cas échéant, seront régies par la Loi type, l'Etat pourra tenir compte notamment des facteurs suivants :

a) Le gouvernement fournit-il des fonds publics substantiels à l'entité, fournit-il une garantie ou tout autre type de sûreté visant à garantir un paiement dû par l'entité dans le cadre du marché, ou prend-il en charge de toute autre manière les obligations contractées par l'entité adjudicatrice en vertu du marché ?

b) L'entité est-elle gérée ou contrôlée par le gouvernement ou le gouvernement participe-t-il à la gestion ou au contrôle de l'entité ?

c) Le gouvernement accorde-t-il à l'entité une licence exclusive, un monopole ou un quasi-monopole pour la vente des biens qu'elle offre ou des services qu'elle fournit ?

d) L'entité doit-elle rendre des comptes au gouvernement ou au trésor public en ce qui concerne sa rentabilité ?

e) Un accord international ou toute autre obligation internationale de l'Etat a-t-il des incidences sur le marché proposé par l'entité ?

f) L'entité a-t-elle été créée en application d'une mesure législative spéciale, afin de s'acquitter de fonctions à une fin déterminée par la loi et les règles de droit public applicables normalement aux marchés publics s'appliquent-elles aux marchés conclus par l'entité ?

g) Les activités de l'entité sont-elles intégrées à un plan économique centralisé ?

Article 3

Obligations internationales (du présent Etat) touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)]

1. L'Etat peut être soumis à des accords ou obligations internationaux en matière de passation des marchés. Par exemple, un certain nombre d'Etats sont parties à l'Accord du GATT sur les marchés publics et les membres des Communautés européennes sont liés par des directives relatives aux marchés publics adoptées par le Conseil de la CEE. De même, les membres de groupements économiques régionaux dans d'autres régions du monde peuvent devoir appliquer des directives en matière de marchés publics qui ont été adoptées par leur groupement régional. En outre, de nombreux organismes internationaux de prêt et organismes nationaux de financement du développement ont établi des directives ou règles régissant les marchés passés avec des fonds fournis par eux. Dans les accords de prêt ou de financement conclus avec ces organismes, les pays emprunteurs ou bénéficiaires s'engagent à passer les marchés financés au moyen des fonds obtenus conformément auxdites directives ou règles. Les alinéas *a* et *b* ont pour objet de spécifier que les conditions de l'accord international, ou toute autre obligation

internationale à l'échelon intergouvernemental seront appliquées, mais que, à tous autres égards, la passation des marchés sera régie par la Loi type.

2. La disposition optionnelle énoncée à l'alinéa *c* permet à un Etat fédéral adoptant la Loi type de donner la priorité sur la Loi type aux accords intergouvernementaux concernant les questions régies par la Loi type conclus entre le gouvernement fédéral et une ou plusieurs subdivisions de l'Etat, ou entre deux de ces subdivisions ou plus. Une telle clause pourra être utilisée dans les Etats où le gouvernement national n'est pas habilité à légiférer pour ces subdivisions dans les domaines régis par la Loi type.

Article 4

Réglementation des marchés

1. Comme il est noté au paragraphe 7 de l'introduction, la Loi type est une "loi cadre", énonçant les règles juridiques fondamentales régissant les marchés publics qui doivent être complétées par une réglementation détaillée promulguée par l'organe ou autorité approprié de l'Etat adoptant la Loi type. La technique de la "loi cadre" permet à l'Etat d'adapter les règles détaillées régissant les procédures de passation de marchés à ses propres besoins et à sa propre situation, dans le cadre général établi par la Loi. Ainsi, diverses dispositions de la Loi type doivent expressément être complétées par la réglementation des marchés. En outre, l'Etat pourra souhaiter compléter d'autres dispositions de la Loi type, même s'il n'y est pas fait expressément référence à la réglementation des marchés. Dans ces deux cas, la réglementation devrait être conforme à la Loi type.

2. Les procédures pour lesquelles il serait utile d'élaborer des règles plus détaillées dans le cadre de la réglementation des marchés sont notamment les suivantes : application de la Loi type aux secteurs exclus (article 1-2); procédure de présélection (article 7-3 *e*); limitation (à ce qui est requis pour faire face aux circonstances) du volume du marché passé en cas d'urgence au moyen d'une méthode autre que l'appel d'offres, détails concernant les procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection (article 18); et conditions régissant la préparation et la soumission des offres (article 21 *y*). Dans certains cas, le défaut de publication d'une réglementation des marchés, lorsque cette réglementation est mentionnée dans la Loi type, peut priver l'entité adjudicatrice du pouvoir de prendre les mesures en question. Ces cas sont les suivants : limitation de la participation à la procédure de passation de marchés selon des critères de nationalité (article 8-1); utilisation de la procédure de sollicitation de prix, car celle-ci ne peut être appliquée que pour les marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans la réglementation des marchés (article 15); et pouvoirs de l'entité adjudicatrice et procédures à appliquer en ce qui concerne l'octroi d'une marge de préférence aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux (article 29-4 *d*).

Article 5

Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés

1. Cet article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques concernant les marchés en disposant que ces textes doivent être accessibles au public. L'inclusion de cet article peut être jugée importante, non seulement dans les Etats où cette condition n'est pas déjà énoncée dans les règles de droit administratif en vigueur, mais aussi dans les Etats où cette condition est déjà imposée par la loi applicable. Dans ce dernier cas, l'organe législatif pourra juger qu'une disposition énoncée dans la législation des marchés elle-même contribuera à attirer l'attention tant des entités adjudicatrices que des fournisseurs et entrepreneurs sur cette exigence d'un accès du

public, dans des conditions appropriées, aux textes juridiques traitant des procédures de passation de marchés.

2. Dans de nombreux pays, il existe des journaux officiels dans lesquels sont habituellement publiés les lois, règlements et décisions et directives administratives. Les textes visés dans le présent article pourraient être publiés dans ces journaux. Lorsqu'il n'existe pas de publications pour une ou plusieurs de ces catégories de textes, les textes devraient être promptement portés à la connaissance du public, notamment des entrepreneurs et fournisseurs étrangers, de toute autre manière appropriée.

Article 6

Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

1. Cet article a pour objet d'instaurer un climat propice à la participation de fournisseurs et entrepreneurs qualifiés à la procédure de passation des marchés. Pour ce faire, il spécifie strictement les critères et méthodes que peut appliquer l'entité adjudicatrice pour évaluer les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs. Il s'agit de veiller à ce que les fournisseurs et entrepreneurs soient tous traités équitablement et d'éviter tout arbitraire dans l'évaluation des qualifications.

2. L'alinéa 2 e fait référence à la disqualification d'entrepreneurs et fournisseurs à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation. De telles procédures administratives — dans le cadre desquelles les présumés coupables devraient bénéficier de certains droits en matière de procédure, notamment la possibilité de réfuter les accusations — sont souvent mises en œuvre pour suspendre ou radier des fournisseurs et entrepreneurs jugés coupables d'une faute (comptabilité erronée, non exécution d'obligations contractuelles ou fraude).

Article 7

Procédure de présélection

1. La procédure de présélection a pour objet d'éliminer, dès les premières étapes de la passation d'un marché, les fournisseurs et entrepreneurs qui n'ont pas les qualifications requises pour exécuter le marché et de réduire ainsi le nombre d'offres ou propositions que l'entité adjudicatrice devra évaluer et comparer. Cette procédure peut être particulièrement utile pour les marchés concernant des biens ou travaux complexes ou ayant une valeur élevée; elle est aussi parfois à conseiller pour des marchés d'une valeur relativement faible, mais portant sur des biens ou travaux très spécialisés. En effet, dans ces cas, l'évaluation et la comparaison des offres ou propositions sont beaucoup plus longues, compliquées et onéreuses. En outre, les entrepreneurs et fournisseurs compétents sont parfois réticents à l'idée de se porter candidat à un marché à forte valeur, lorsque le coût de la préparation de leur soumission est élevé, si les concurrents sont très nombreux et s'ils doivent affronter des soumissions fantaisistes émanant d'entrepreneurs et de fournisseurs peu qualifiés ou de mauvaise réputation.

2. La procédure de présélection énoncée à l'article 7 est assortie d'un certain nombre d'importantes garanties. En particulier, cette procédure est soumise aux limitations énoncées à l'article 6, notamment pour ce qui est de l'évaluation des qualifications, et aux procédures énoncées aux paragraphes 2 à 7 de l'article 7. Cet ensemble de garanties a été incorporé afin que la procédure de présélection ne puisse être appliquée qu'à des conditions non discriminatoires, portées intégralement à la connaissance des fournisseurs et entrepreneurs participants, assurant un minimum de transparence et facilitant l'exercice par un entrepreneur ou fournisseur non sélectionné de son droit de recours.

3. L'objet du paragraphe 8 de l'article 7 est de prévoir une confirmation, à un stade ultérieur de la procédure de passation du marché, des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs sélectionnés. Cette procédure de "postsélection" a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de s'assurer que les renseignements fournis par un entrepreneur ou un fournisseur au moment de la présélection sont toujours valables et exacts. Les conditions de procédure applicables à la postsélection visent à garantir les intérêts des entrepreneurs et fournisseurs, qui devront être traités équitablement, et ceux de l'entité adjudicatrice, qui souhaite ne conclure un marché qu'avec un entrepreneur ou fournisseur qualifié.

Article 8

Participation des fournisseurs et entrepreneurs

1. Le fait d'énoncer des dispositions relatives à la passation de marchés internationaux présente des avantages importants. Plus les entrepreneurs et fournisseurs étrangers seront libres de participer, plus grande sera la concurrence et meilleurs seront le prix et la qualité offerts à l'acquéreur. En outre, en exposant les fournisseurs et entrepreneurs locaux à une concurrence internationale, on peut favoriser le développement à long terme des capacités industrielles nationales, tant pour le marché national que pour le marché des exportations. C'est pourquoi l'article 8 dispose que les entrepreneurs et fournisseurs devraient, sous réserve d'exceptions de portée limitée, être autorisés à participer à la procédure de passation des marchés sans distinction de nationalité. Ces exceptions ne peuvent pas être officieuses ou secrètes, mais doivent se fonder soit sur des dispositions d'autres instruments juridiques (par exemple, comme suite à un embargo économique imposé par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou du fait d'obligations internationales de l'Etat adoptant la Loi type, notamment les règles d'un groupement économique régional donnant la préférence, pour la passation de marchés, aux membres du groupement), soit sur des dispositions de la réglementation des marchés.

2. A propos de la "marge de préférence" accordée aux entrepreneurs et fournisseurs locaux en application de l'article 29-4 d, la Loi type offre à l'Etat un mécanisme permettant d'établir un équilibre entre deux objectifs : le caractère international de la passation des marchés et la promotion des capacités industrielles nationales. Cette marge de préférence permet à l'entité adjudicatrice de retenir l'offre la plus basse d'un fournisseur ou entrepreneur local, lorsque la différence de prix entre cette offre et l'offre la plus basse dans l'absolu ne dépasse pas cette marge de préférence. La marge doit inciter les entrepreneurs locaux à offrir des prix se situant près de ceux de la concurrence étrangère. Elle favorise l'industrie nationale sans l'isoler totalement de la concurrence internationale. L'exclusion totale de la concurrence étrangère dans certains secteurs de l'industrie qui ne sont pas compétitifs sur le marché international risque d'avoir pour conséquences, en isolant ces secteurs, de perpétuer leurs faiblesses des points de vue de l'économie, de l'efficacité et de la compétitivité. En outre, elle tendra à relever le coût du marché pour l'acquéreur et risque d'entraver le développement à long terme et la compétitivité internationale de l'industrie locale.

3. On notera que l'article 17 b de la Loi type a été inclus pour régir les cas où il est peu probable que des fournisseurs et entrepreneurs étrangers souhaiteront participer, en raison de la faible valeur ou du faible volume des biens ou travaux en question. Cette disposition permet à l'entité adjudicatrice de ne pas appliquer dans ces cas les procédures de sollicitation d'une participation internationale, sans toutefois exclure toute participation étrangère, le cas échéant. Une exclusion globale de la participation étrangère pour des marchés de faible valeur risquerait de priver sans justification l'entité adjudicatrice de la possibilité d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix.

*Article 9**Forme des communications*

1. L'article 9 vise à éviter toute incertitude quant à la forme requise des communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs prévues par la Loi type. La condition de forme essentielle, sous réserve d'autres dispositions de la Loi type, est la suivante : ces communications doivent être sous une forme assurant que leur contenu est dûment consigné. Cette approche a été retenue afin de ne pas limiter les communications aux communications sur papier. Elle tient compte du fait que les communications sont de plus en plus souvent effectuées par d'autres moyens, tels que l'échange de données informatisées ("EDI").

2. Afin d'éviter tout retard excessif tant pour l'entité adjudicatrice que pour les fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 2 permet que certains types précis de communications soient effectués à titre préliminaire par d'autres moyens, notamment le téléphone, n'assurant pas que leur contenu soit dûment consigné, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication préliminaire soit donnée sous une forme assurant que la confirmation est dûment consignée.

*Article 10**Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs*

Afin de faciliter la participation d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers, l'article 10 interdit l'imposition de conditions quant à l'authentification des pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs pour faire la preuve de leurs qualifications, autres que celles prévues dans la législation de l'Etat relatives à l'authentification de pièces de la nature en question. Cet article n'a pas pour objet d'imposer l'authentification de toutes les pièces soumises par les entrepreneurs et fournisseurs, mais il reconnaît en fait que les Etats disposent de lois concernant l'authentification des pièces et énonce en principe qu'aucune formalité supplémentaire propre à la procédure de passation des marchés ne devra être imposée.

*Article 11**Procès-verbal de la procédure de passation des marchés*

1. L'un des principaux moyens de promouvoir la transparence et la responsabilité financière est d'inclure des dispositions exigeant que l'entité adjudicatrice établisse un procès-verbal de la procédure de passation des marchés. Le procès-verbal résume les principales données de la procédure de passation des marchés; il facilite l'exercice du droit de recours des entrepreneurs et fournisseurs lésés. Ceci a pour effet de contribuer à assurer que la législation des marchés est, dans toute la mesure possible, autocontrôlée. En outre, l'incorporation dans la législation des marchés de conditions appropriées relatives aux procès-verbaux facilitera la tâche des organes gouvernementaux exerçant une fonction de contrôle ou de vérification des comptes et rendra les entités adjudicatrices davantage comptables envers le public des dépenses de fonds publics qu'elles effectuent.

2. A propos des conditions régissant le procès-verbal, il faut spécifier dans quelle mesure le procès-verbal pourra être communiqué et quels en seront les destinataires. Pour déterminer les critères en la matière, il faut tenir compte des facteurs suivants, parfois divergents : intérêt, du point de vue de la responsabilité financière des entités adjudicatrices, d'une divulgation aussi large que possible; nécessité de fournir aux entrepreneurs et aux fournisseurs les informations dont ils ont besoin pour évaluer leurs résultats et déterminer s'ils ont motif à recours; et nécessité de protéger des informations confidentielles de fournisseurs et

d'entrepreneurs. Au vu de ces considérations, l'article 11 prévoit deux niveaux de communication : il impose la communication à quiconque des renseignements visés aux alinéas *a*, *b* et *i* de l'article 11 — informations de base touchant la responsabilité de l'entité adjudicatrice envers le public. La communication d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure est obligatoire envers les entrepreneurs et fournisseurs, car ils ont besoin de ces informations pour juger de leurs résultats dans la procédure de passation des marchés et de contrôler la conduite de l'entité adjudicatrice.

3. Comme il a été mentionné ci-dessus, l'un des objectifs des dispositions en la matière est d'éviter la divulgation d'informations confidentielles des fournisseurs et entrepreneurs. Cela est particulièrement vrai des informations concernant l'évaluation et la comparaison des offres, propositions et prix, car une divulgation excessive risque de porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs et entrepreneurs. Aussi l'alinéa 1 *e* ne mentionne-t-il qu'un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, propositions ou prix, alors que l'alinéa 3 *b* restreint la divulgation d'informations détaillées en sus de ce résumé.

4. Si la Loi type exige une divulgation aux entrepreneurs et fournisseurs au moment où la décision est prise d'accepter une offre ou proposition particulière, c'est pour permettre l'exercice du droit de recours visé à l'article 38. En retardant la divulgation jusqu'à l'entrée en vigueur du marché, on risque de priver les fournisseurs et entrepreneurs lésés d'un recours réel car, dans de nombreux pays, la procédure de passation du marché sera réputée conclue dès l'entrée en vigueur du marché.

5. Le mécanisme de divulgation limitée décrit aux paragraphes 2 et 3 n'interdit pas que l'on applique à certaines parties du procès-verbal d'autres lois de l'Etat conférant au public un droit général d'accès aux documents officiels. La divulgation des informations figurant dans le procès-verbal aux organismes de tutelle législatifs ou parlementaires peut être imposée par la loi applicable de l'Etat.

*Article 12**Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs*

1. L'article 12 offre une garantie importante contre la corruption : l'obligation de rejet d'une offre, d'une proposition ou d'un prix, si le fournisseur ou l'entrepreneur tente d'exercer abusivement une influence sur l'entité adjudicatrice. On ne saurait espérer qu'une loi sur les marchés suffira à éliminer complètement ces pratiques abusives. Toutefois, les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir la transparence et l'objectivité et, partant, à réduire la corruption. En outre, l'Etat devrait disposer d'un système efficace de sanction contre la corruption de fonctionnaires et de fournisseurs et d'entrepreneurs dans le cadre de la procédure de passation des marchés.

2. Afin d'éviter toute application abusive de l'article 12, le rejet est soumis à approbation et doit être consigné dans le procès-verbal et promptement communiqué au coupable présumé. Ce dernier point a pour objet de permettre l'exercice d'un droit de recours.

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

*Article 13**Méthodes de passation des marchés*

1. L'article 13 dispose que l'appel d'offres est la méthode normale de passation des marchés. Cela, parce que cette méthode permet en général d'obtenir les meilleures conditions d'économie

et d'efficacité. Toutefois, la Loi type prévoit également un certain nombre d'autres méthodes pour les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un appel d'offres ne serait pas possible ou, même s'il était possible, ne serait pas la méthode la plus appropriée pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix.

2. Le paragraphe 2 de l'article 13 dispose qu'une décision de recourir à une méthode autre que l'appel d'offres doit faire l'objet dans le procès-verbal d'un exposé des motifs et des circonstances justifiant la décision. En effet, la décision de recourir à une méthode de passation des marchés potentiellement moins concurrentielle que l'appel d'offres ne devrait pas être prise secrètement ou officieusement.

Article 14

Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence

1. Dans les circonstances spécifiées au paragraphe 1 de l'article 14, la Loi type offre à l'Etat un choix entre trois différentes méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres — l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence. On notera en particulier, parmi ces circonstances, le cas où l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler, pour les biens ou les travaux, des spécifications suffisamment détaillées pour pouvoir organiser un appel d'offres dans le cadre duquel tous les fournisseurs et entrepreneurs entreraient en concurrence sur la base d'un ensemble définitif de spécifications. Une telle situation se rencontre dans deux types de cas : premièrement, lorsque l'entité adjudicatrice n'a pas déterminé de quelle manière exactement répondre à un besoin particulier et sollicite donc des propositions entre diverses solutions possibles (par exemple lorsqu'elle n'a pas décidé du matériau à utiliser pour construire un pont); deuxièmement, lorsque le marché porte sur des biens faisant appel à des techniques de pointe, comme de gros avions de transport de passagers ou des équipements informatiques complexes. Dans ces cas limités, du fait de la complexité technique des biens, il peut être jugé peu souhaitable, si l'on souhaite obtenir le meilleur rapport qualité-prix, d'acquérir des biens ou des travaux sur la base de spécifications élaborées en l'absence de toute négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs quant aux capacités exactes et aux modifications possibles des biens ou travaux offerts.

2. Les trois méthodes de passation des marchés visées à l'article 14 ont été retenues car les pratiques varient quant à la méthode à utiliser dans les circonstances susmentionnées. Il n'y a pas d'ordre hiérarchique entre ces trois méthodes, qui sont présentées comme des variantes. Elles font appel à différentes procédures de sélection d'un fournisseur ou d'un entrepreneur. Durant la première étape de l'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice sollicite des propositions de fournisseurs et d'entrepreneurs quant aux divers moyens possibles de répondre aux besoins déterminés, puis elle consulte les entrepreneurs et fournisseurs quant aux détails et modifications possibles des propositions. Après achèvement de la première étape, l'entité adjudicatrice décide ce qu'elle veut exactement acquérir et élabore un ensemble de spécifications définitives qui servent de base, durant la deuxième étape, à un appel d'offres normal. Par contraste, à aucune étape de la deuxième procédure mentionnée à l'article 14 (la sollicitation de propositions), l'entité adjudicatrice ne procède à un appel d'offres. En effet, dans cette méthode, le choix de la proposition à retenir parmi les diverses propositions offrant des solutions différentes se fonde sur l'utilisation de coefficients de pondération permettant d'évaluer l'adéquation des propositions aux besoins de l'entité adjudicatrice et leurs coûts. La troisième méthode, la négociation avec appel à la concurrence, est beaucoup plus flexible et moins structurée que les deux autres, car l'entité adjudicatrice peut, pour

l'essentiel, mener des négociations comme elle le juge bon et bénéficie d'une grande latitude quant aux procédures à suivre si ce n'est qu'elle doit se conformer à la procédure de la "meilleure offre définitive" prévue à l'article 35.

3. Un Etat n'a pas à incorporer chacune des trois méthodes pour les circonstances visées à l'article 14, ni même à en incorporer plus d'une. De fait, cela ne serait peut-être pas souhaitable, car les entités adjudicatrices risqueraient d'éprouver des difficultés à déterminer quelle est la méthode la plus appropriée parmi deux ou trois méthodes similaires. Lorsqu'il décidera laquelle des trois méthodes incorporer, l'Etat pourra se fonder sur le critère décisif suivant : du point de vue de la transparence, de la compétitivité et de l'objectivité du processus de sélection, l'appel d'offres en deux étapes et la sollicitation de propositions sont sans doute supérieurs à la négociation avec appel à la concurrence, qui est extrêmement souple et dans laquelle les risques de corruption sont plus élevés. Au moins une des trois méthodes devrait être incorporée, car les cas en question pourraient, dans le cas contraire, être réglés par le recours à la méthode la moins concurrentielle, la sollicitation d'une source unique.

4. Les alinéas *b* et *c* de l'article 16 (sollicitation d'une source unique), faisant référence respectivement aux cas d'urgence, fondés ou non sur une catastrophe, sont identiques aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 de l'article 14, qui autorisent le recours à la négociation avec appel à la concurrence dans de tels cas d'urgence. Ce chevauchement a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de décider laquelle de ces deux méthodes est la mieux adaptée aux circonstances. Le recours à l'une de ces deux méthodes suppose un cas d'urgence véritablement exceptionnel et ne doit pas être une simple solution de facilité. Lorsque la Loi type est appliquée aux marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et dans le cas de contrats de recherche pour l'acquisition d'un prototype, l'entité adjudicatrice a le choix, pour des raisons similaires, entre les méthodes prévues à l'article 14 et la sollicitation d'une source unique. Ainsi, l'Etat peut prévoir la négociation avec appel à la concurrence dans les circonstances visées au paragraphe 2, même s'il ne le fait pas pour les circonstances visées au paragraphe 1.

Article 15

Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

Cette procédure a été retenue de manière à offrir une méthode de passation des marchés adaptée à l'acquisition pour un montant peu élevé de marchandises normalisées. Dans ces cas, l'organisation d'une procédure d'appel d'offres, qui risque d'être longue et onéreuse, ne sera sans doute pas justifiée. Toutefois, l'article 15-2 limite strictement le recours à cette méthode aux cas où la valeur estimée du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés. Il interdit également la division de marché en marchés séparés afin de contourner cette interdiction. Lorsque l'on incorporera l'article 15, il faudra préciser que le recours à la procédure de sollicitation de prix n'est pas impératif pour les marchés inférieurs au montant fixé. Il peut de fait être souhaitable, dans certains cas où la valeur est inférieure au montant fixé, de recourir à l'appel d'offres ou à l'une des autres méthodes, par exemple lorsqu'un marché initial de faible valeur aura pour conséquence à long terme d'obliger l'entité adjudicatrice à adopter un système technologique donné.

Article 16

Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique

1. Etant donné que cette méthode n'est pas compétitive, l'article 16 limite strictement son utilisation aux circonstances exceptionnelles qui y sont énumérées.

2. L'alinéa g a été inclus afin de permettre le recours à cette méthode dans des cas d'urgence économique grave, lorsque cela permettrait d'éviter de porter un préjudice sérieux à l'économie de l'Etat ou d'une région donnée, par exemple lorsqu'une entreprise donnée employant la majorité de la main-d'œuvre d'une région particulière est menacée de fermeture à moins qu'elle n'obtienne un marché. Cet alinéa est assorti de conditions, afin que le recours à la méthode de la sollicitation d'une source unique reste très exceptionnel.

CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Section I. Sollicitation d'offres et de demandes de présélection

Article 17

Appel d'offres national

Comme il est indiqué aux paragraphes 5 et 6 des observations relatives à l'article 8, on a incorporé l'article 17 afin de préciser dans quels cas exceptionnels les mesures visant à solliciter la participation d'étrangers à l'appel d'offres n'ont pas à être appliquées.

Article 18

Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

1. Afin de promouvoir la transparence et la concurrence, l'article 18 énonce les procédures relatives à la publicité de la sollicitation d'offres et des demandes de présélection auprès d'un public suffisamment large pour assurer une concurrence suffisante. L'inclusion de ces procédures dans la législation des marchés permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés de déterminer, simplement en lisant ladite législation, quelles publications ils doivent suivre pour s'informer des offres de marchés dans l'Etat ayant adopté la Loi type. Etant donné que la Loi type a notamment pour objectif de promouvoir la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs sans distinction de nationalité et de maximiser la concurrence, le paragraphe 2 de l'article 18 dispose que les invitations doivent également être publiées dans une publication de diffusion internationale. On peut citer par exemple l'édition commerciale du *Forum du développement* que publient le Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies et l'Université des Nations Unies.

2. Les conditions énoncées par la Loi type en matière de publicité ne sont que des conditions minimums. La réglementation des marchés peut exiger des entités adjudicatrices qu'elles publient l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection par d'autres moyens permettant au plus grand nombre de fournisseurs et entrepreneurs de prendre connaissance de la procédure de passation du marché. Ces méthodes peuvent par exemple consister à apposer l'invitation sur des panneaux d'affichage officiels ou à l'envoyer aux chambres de commerce, aux missions commerciales étrangères dans le pays de l'entité adjudicatrice et aux missions commerciales de ce pays à l'étranger.

3. Le paragraphe 3 de l'article 18 vise à permettre à l'entité adjudicatrice, dans des cas exceptionnels et pour des raisons d'économie et d'efficacité, de ne solliciter la participation que d'un nombre limité de fournisseurs et entrepreneurs (cette procédure est ci-après dénommée "appel d'offres restreint"). Dans certains cas, l'appel d'offres restreint peut être une méthode plus efficace que l'appel d'offres ouvert, tout en permettant une concurrence réelle, notamment lorsque le temps et l'argent nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient

disproportionnés par rapport à la valeur des biens ou travaux requis; lorsque les biens ou travaux ne sont disponibles qu'auprès de quelques entrepreneurs ou fournisseurs; et, dans le cas de biens ou travaux de valeur élevée, lorsque le coût de l'établissement des offres est élevé et que, statistiquement, les chances d'emporter le marché sont faibles en raison du nombre potentiellement élevé de soumissionnaires, ce qui risquerait de dissuader des fournisseurs ou entrepreneurs compétents de participer à la procédure.

4. Afin d'empêcher tout recours abusif à l'appel d'offres restreint, le paragraphe 3 de l'article 18 est assorti de conditions. Le recours à cette méthode est soumis à approbation préalable, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités doit être suffisant pour qu'il y ait réellement concurrence et les motifs et circonstances du recours à cette procédure doivent être consignés dans le procès-verbal.

Article 19

Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

Afin de promouvoir l'efficacité et la transparence, l'article 19 dispose que les invitations à soumettre une offre et les invitations à présenter une demande de présélection doivent contenir les renseignements dont ont besoin les fournisseurs et entrepreneurs pour déterminer si les biens ou les travaux requis sont d'un type qu'ils peuvent fournir et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer à la procédure d'appel d'offres. Ces conditions spécifiées ne constituent que le minimum requis, de manière à ne pas empêcher l'entité adjudicatrice d'inclure des renseignements supplémentaires si elle le juge approprié.

Article 20

Communication du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation a pour objet de fournir aux entrepreneurs et fournisseurs les renseignements dont ils ont besoin pour préparer leurs offres et de les informer des règles et procédures qui régiront la procédure d'appel d'offres. L'article 20 a été inclus afin que tous les fournisseurs et entrepreneurs ayant exprimé le désir de participer à la procédure et se conformant aux règles fixées par l'entité adjudicatrice reçoivent le dossier de sollicitation. La disposition relative au prix à demander pour le dossier de soumission a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de recouvrer les frais d'impression et de distribution, tout en l'empêchant de demander un prix excessif qui dissuaderait des fournisseurs et entrepreneurs qualifiés de participer à la procédure.

Article 21

Teneur du dossier de sollicitation

1. L'article 21 énonce une liste des renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation. Il est utile d'incorporer ces conditions dans la législation des marchés, afin que le dossier de sollicitation comporte les informations requises pour permettre aux fournisseurs et entrepreneurs de soumettre des offres adaptées aux besoins de l'entité adjudicatrice et pour que cette dernière puisse comparer les offres de manière objective et équitable. Nombre des renseignements énumérés à l'article 21 sont régis ou traités par d'autres dispositions de la Loi type. L'énumération des renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation, y compris ceux dont l'inclusion est expressément demandée dans d'autres dispositions de la Loi type, est utile car elle permet aux entités adjudicatrices d'utiliser cet article comme une "liste de contrôle" lors de l'établissement du dossier.

2. L'une des catégories des renseignements énumérés à l'article 21 concerne les instructions à suivre pour établir et soumettre les offres (alinéas *a*, *i* à *p* et *s*; forme des offres et mode de signature et manière dont le prix des offres peut être formulé, par exemple). L'inclusion de ces dispositions a pour objet de réduire le risque de voir des fournisseurs et entrepreneurs qualifiés être désavantagés, voire rejetés, faute de renseignements clairs sur la manière d'établir les offres.

3. La Loi type admet que, pour l'acquisition de biens ou de travaux séparables en deux éléments distincts ou plus (par exemple l'acquisition de différents types de matériels de laboratoire, l'acquisition d'une centrale hydroélectrique consistant en la construction d'un barrage et la fourniture d'un générateur), l'entité adjudicatrice souhaite autoriser les fournisseurs et entrepreneurs à soumettre des offres, soit pour la totalité des biens ou travaux requis, soit pour une ou plusieurs portions. Ainsi, l'entité adjudicatrice pourra promouvoir au mieux l'économie en s'adressant soit à un fournisseur ou entrepreneur unique, soit à plusieurs, selon que l'une ou l'autre de ces méthodes se révélera plus rentable. En autorisant les offres partielles, on favorise également la participation de petits fournisseurs et entrepreneurs qui ne seraient pas à même de soumettre une offre d'ensemble. L'alinéa *h* a pour objet de rendre l'étape de l'évaluation des offres aussi objective, transparente et efficace que possible, car l'entité adjudicatrice ne saurait être autorisée à diviser à sa convenance l'ensemble des biens ou travaux requis en des marchés séparés après la soumission des offres.

Article 22

Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation

1. L'article 22 a pour objet de préciser que la documentation de présélection et le dossier de sollicitation doivent être formulés de manière claire, complète et objective, notamment pour ce qui est de la description des biens ou travaux requis. Un dossier de sollicitation ainsi établi permettra aux fournisseurs et entrepreneurs de formuler des offres répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et de prévoir les risques et le coût de leur participation à l'appel d'offres et de l'exécution du marché, et donc de proposer les prix et conditions les plus avantageux. Il permettra une évaluation et une comparaison des offres sur une même base, ce qui est l'une des exigences fondamentales de la méthode de l'appel d'offres. Il favorisera en outre la transparence et réduira les risques d'actes ou décisions erronés, arbitraires, voire abusifs de la part de l'entité adjudicatrice. En outre, l'application de la règle disposant que les spécifications seront écrites de manière à ne pas favoriser tel ou tel entrepreneur ou fournisseur contribuera à limiter le recours à des méthodes de passation de marchés moins concurrentielles que l'appel d'offres.

2. Le paragraphe 4 a pour objet de faire en sorte que le dossier de sollicitation soit compréhensible aux entrepreneurs et fournisseurs étrangers. La référence à une langue d'usage courant dans le commerce international n'a pas à être adoptée par un Etat dont la langue officielle entre déjà dans cette catégorie.

3. Dans les Etats où les dossiers de sollicitation sont publiés dans plus d'une langue, il serait souhaitable d'inclure, dans la législation ou la réglementation des marchés, une règle interdisant la publication de dossiers "bilingues", c'est-à-dire de dossiers dans lesquels les deux versions linguistiques ne constituent qu'un seul document. Les différentes versions linguistiques devraient être indépendantes l'une de l'autre. Cela permettra aux fournisseurs et entrepreneurs de fonder leur offre sur les renseignements fournis dans l'une des versions linguistiques. En effet, si les deux

versions linguistiques constituent un seul document, les fournisseurs et entrepreneurs se verront dans l'obligation de vérifier que les deux versions linguistiques sont identiques en substance avant d'y donner suite. Cette disposition offre une garantie importante dans la mesure où il est fort probable que le dossier de sollicitation comporte des renseignements ou des documents qui seront sous une forme ou une autre incorporés dans le marché à conclure.

Article 23

Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. L'article 23 a pour objet d'énoncer des procédures de clarification et de modification du dossier de sollicitation qui favorisent une conduite efficace et équitable de la procédure d'appel d'offres. Il est essentiel que l'entité adjudicatrice ait le droit de modifier le dossier de sollicitation, afin de pouvoir obtenir des biens ou travaux répondant à ses besoins. L'article 23 dispose que les éclaircissements, de même que les questions suscitant des demandes d'éclaircissement et les modifications, doivent être communiqués par l'entité adjudicatrice à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation. Il ne serait pas suffisant de se contenter d'autoriser les entrepreneurs et fournisseurs à obtenir ces éclaircissements sur demande, car ils n'auraient aucun moyen indépendant de vérifier si un éclaircissement a ou non été donné.

2. La règle régissant les éclaircissements a pour objet de garantir que l'entité adjudicatrice répondra à une demande d'éclaircissement, présentée dans les délais voulus, suffisamment à temps pour que ces éclaircissements puissent être pris en compte dans l'élaboration et la soumission des offres. La communication dans les meilleurs délais des éclaircissements et des modifications permet également aux fournisseurs et entrepreneurs d'exercer leur droit, en vertu de l'article 26-3, de modifier ou de retirer leur offre avant la date limite de soumission. De même, le procès-verbal des réunions de fournisseurs et d'entrepreneurs organisées par l'entité adjudicatrice doit être communiqué promptement aux fournisseurs et entrepreneurs, afin de pouvoir être pris en compte dans la préparation des offres.

Section II. Soumission des offres

Article 24

Langue des offres

L'article 24 dispose que les offres peuvent être formulées dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été établi ou dans toute autre langue spécifiée dans le dossier de sollicitation. Cette règle a été incluse afin de faciliter la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers.

Article 25

Soumission des offres

1. Pour promouvoir la participation et la concurrence, il est important de donner aux fournisseurs et entrepreneurs un délai suffisant pour établir leur offre. L'article 25 admet que ce délai peut varier d'un cas à l'autre, en fonction de facteurs tels que la complexité des biens ou travaux requis, le volume des activités de sous-traitance prévues et le délai de transmission des offres. Ainsi, c'est à l'entité adjudicatrice de fixer la date limite de soumission des offres. Un Etat pourra souhaiter fixer dans la réglementation des marchés les délais minimums que l'entité adjudicatrice doit accorder à cette fin.

2. Afin de promouvoir la concurrence et l'équité, le paragraphe 2 dispose que l'entité adjudicatrice doit reporter la date limite dans le cas exceptionnel où elle publie tardivement des éclaircissements ou des modifications du dossier de sollicitation ou du procès-verbal d'une réunion de fournisseurs et d'entrepreneurs. Le paragraphe 3 autorise l'entité adjudicatrice, sans néanmoins l'y contraindre, à reporter la date limite de soumission dans d'autres cas, par exemple lorsqu'un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre en temps voulu en raison de circonstances indépendantes de leur volonté. Cela, afin d'assurer une concurrence suffisante lorsque cette concurrence risquerait d'être fortement réduite.

3. La condition énoncée au paragraphe 5, selon laquelle une offre est soumise par écrit, constitue une exception à la règle générale figurant au paragraphe 1 de l'article 9, selon laquelle les communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs peuvent être sous toute forme assurant que leur contenu est dûment consigné. Si l'on a retenu cette condition de l'écrit, c'est pour réduire les risques de discrimination à l'encontre de fournisseurs et entrepreneurs ne disposant pas de moyens EDI satisfaisants. On a en outre jugé que les techniques EDI ne pouvaient offrir une sécurité aussi grande que la condition traditionnelle selon laquelle les offres doivent être par écrit, dans des enveloppes scellées.

4. Nonobstant la restriction énoncée au paragraphe 5, comme les techniques EDI se développent et sont de plus en plus acceptées, les Etats souhaiteront peut-être inclure dans ce paragraphe une disposition autorisant le recours à l'EDI pour la soumission des offres. Une telle approche exigerait l'élaboration de règles et techniques spéciales, afin de préserver la confidentialité des offres et de prévenir l'"ouverture" des offres avant la date limite de soumission; il faudrait également traiter d'autres questions telles que la forme que prendra la garantie de soumission dans un contexte sans papier. Dans ce cas, il serait également recommandé de prévoir, pour la soumission et l'évaluation des offres relatives à un marché donné, à la fois des offres écrites et des offres électroniques.

5. La règle énoncée au paragraphe 6 interdisant l'examen des offres tardives vise à promouvoir l'économie et l'efficacité de la passation des marchés, de même que l'intégrité de la procédure et la confiance des participants. En autorisant l'examen d'offres tardives, après l'ouverture des autres offres, on permettrait à des soumissionnaires de prendre connaissance de la teneur des autres offres, avant de soumettre la leur, ce qui pourrait avoir pour conséquences un relèvement du prix des offres et une augmentation du risque de collusion entre fournisseurs et entrepreneurs. Cela serait également injuste pour les autres soumissionnaires et risquerait de nuire à l'efficacité et à la régularité de l'ouverture des offres.

Article 26

Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. L'article 26 a été inclus afin qu'il soit bien clair que l'entité adjudicatrice doit préciser dans le dossier de sollicitation la période durant laquelle les offres restent valides.

2. Il est de toute évidence important que cette période soit précisée dans le dossier de sollicitation, compte tenu des circonstances propres à chaque procédure d'appel d'offres. Il ne serait pas bon de fixer dans la législation des marchés une longue période de validité applicable à tous les cas, répondant aux besoins dans le cadre de la plupart sinon de la totalité des procédures d'appel d'offres. Cette solution ne serait pas efficace car, dans de nombreux cas, cette période serait plus longue que nécessaire; et des périodes de validité excessivement longues risqueraient d'entraîner un relèvement des prix des offres, car les

fournisseurs et entrepreneurs devraient augmenter leurs prix pour tenir compte des risques auxquels ils seraient exposés durant cette période (par exemple les risques d'une augmentation des coûts de production ou de construction).

3. Le paragraphe 2 a été inclus afin de permettre à l'entité adjudicatrice, en cas de retard dans la procédure d'appel d'offres, de demander une prolongation de la période de validité. Cette procédure n'est pas impérative, afin que les entrepreneurs et fournisseurs ne soient pas liés par leurs offres pendant une période plus longue que prévu — risque qui dissuaderait les entrepreneurs et fournisseurs de participer ou les inciterait à relever leurs prix. Afin de prolonger également la protection qu'offre la garantie de soumission, il est prévu qu'un fournisseur ou entrepreneur n'obtenant pas une garantie portant sur la période de validité prolongée de l'offre sera considéré comme ayant refusé de prolonger la période de validité de son offre.

4. Le paragraphe 3 est un complément essentiel des dispositions de l'article 23 concernant les éclaircissements et modifications du dossier de sollicitation. Il permet en effet aux fournisseurs et entrepreneurs de donner suite aux éclaircissements et modifications du dossier de sollicitation ou à toute autre modification des circonstances, soit en modifiant leur offre, si nécessaire, soit en la retirant, s'ils le souhaitent. Une telle règle facilite la participation à la procédure, tout en protégeant les intérêts de l'entité adjudicatrice, puisqu'elle prévoit l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait après la date limite de soumission des offres.

Article 27

Garanties de soumission

1. L'entité adjudicatrice peut subir un préjudice si l'entrepreneur ou fournisseur retire son offre ou si un marché avec le fournisseur ou entrepreneur retenu n'est pas conclu par la faute de ce dernier (par exemple, le coût qu'entraîne l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation d'un marché et le préjudice dû au retard dans la passation du marché). L'article 27 autorise l'entité adjudicatrice à exiger des entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure d'appel d'offres qu'ils obtiennent une garantie de soumission afin de couvrir une partie au moins du préjudice possible et de dissuader les fournisseurs ou entrepreneurs de manquer à leurs obligations. Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues d'imposer une garantie de soumission dans toutes les procédures d'appel d'offres. Les garanties de soumission sont en général importantes pour les marchés relatifs à des biens ou des travaux de grande valeur. Dans les autres cas, il peut être important d'exiger une garantie de soumission, mais les risques que court l'entité adjudicatrice et le préjudice possible sont en général peu élevés et le coût de l'obtention d'une garantie de soumission — qui sera normalement répercuté sur le prix du marché — sera moins justifié.

2. Des dispositions ont été incluses afin de veiller à ce que l'exigence d'une garantie de soumission soit imposée de manière équitable et uniquement pour le but recherché, c'est-à-dire garantir l'obligation contractée par les entrepreneurs et fournisseurs de conclure un marché sur la base de l'offre qu'ils ont soumise et d'obtenir une garantie de bonne exécution du marché, le cas échéant.

3. L'alinéa 1 c a été inclus afin d'aplanir d'éventuels obstacles à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers au cas où ils devraient obtenir une garantie émise par une institution de l'Etat adoptant la Loi type. Toutefois, le libellé optionnel à la fin de l'alinéa donne une certaine latitude sur ce point aux entités adjudicatrices des Etats dans lesquels l'acceptation d'une garantie de soumission non émise dans l'Etat en question serait contraire à la loi.

4. La référence à la confirmation de la garantie de soumission a pour objet de tenir compte de la pratique de certains Etats dans lesquels une confirmation locale d'une garantie de soumission émise à l'étranger est nécessaire. L'inclusion de cette référence dans la Loi type n'a pas pour objet d'encourager une telle pratique, notamment parce que l'exigence d'une confirmation locale risque de constituer un obstacle à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers (par exemple, difficultés d'obtention de la confirmation locale avant la date limite de soumission des offres et surcoût pour les fournisseurs et entrepreneurs étrangers).

6.* Le paragraphe 2 a été inclus afin de donner des précisions et d'éviter toute incertitude pour ce qui est du moment après lequel l'entité adjudicatrice ne peut plus réclamer le montant de la garantie de soumission. Si la conservation par le bénéficiaire de l'instrument de garantie au-delà de la date d'expiration de la garantie ne doit pas être considérée comme prolongeant la période de validité de ladite garantie, la condition selon laquelle la garantie doit être retournée revêt une importance particulière lorsque celle-ci a pris la forme d'un dépôt en espèces ou de tout autre article de valeur transférable. Cette précision est également utile car il subsiste des législations nationales dans lesquelles, au contraire de ce que l'on pourrait supposer, une demande de paiement en garantie est présentée à temps, même si elle l'est après l'expiration de ladite garantie, dans la mesure où le fait couvert par la garantie s'est produit avant la date d'expiration.

Section III. Evaluation et comparaison des offres

Article 28

Ouverture des offres

1. La règle énoncée au paragraphe 1 a pour objet d'éviter tout délai entre la date limite de soumission des offres et l'ouverture de ces offres. De tels délais risqueraient de donner lieu à des comportements fautifs (par exemple, divulgation de la teneur des offres avant la date d'ouverture prévue) et priveraient les fournisseurs et entrepreneurs de la possibilité de réduire au maximum ce risque en soumettant leur offre à la dernière minute, immédiatement avant l'ouverture des offres.

2. Le paragraphe 2 énonce la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres ou à leurs représentants d'assister à l'ouverture des offres. Ce faisant, on contribue à garantir la transparence de la procédure d'appel d'offres. Les entrepreneurs et fournisseurs pourront constater que la législation et la réglementation des marchés sont appliquées et ils pourront compter que les décisions ne seront pas prises de manière arbitraire ou inappropriée. Pour des raisons similaires, le paragraphe 3 dispose que, lors de l'ouverture des offres, le nom des fournisseurs et entrepreneurs dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes. A ces mêmes fins, il est également prévu que ces renseignements sont communiqués aux fournisseurs et entrepreneurs participants qui ne sont pas présents ou représentés à l'ouverture des offres.

Article 29

Examen, évaluation et comparaison des offres

1. Le paragraphe 1 a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de demander aux fournisseurs et entrepreneurs des éclaircissements sur leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison, tout en précisant que cela ne doit entraîner aucune modification des offres quant au fond. L'alinéa 1 b, qui

fait référence à la correction d'erreurs purement arithmétiques, ne vise pas par exemple un prix soumissionné anormalement bas semblant résulter d'un malentendu ou d'autres erreurs non apparentes dans l'offre. L'incorporation de la condition selon laquelle un avis doit être donné dans de tels cas est importante car, à l'alinéa 3 b, il est prévu qu'une offre sera impérativement rejetée si la correction n'est pas acceptée.

2. Le paragraphe 2 énonce la règle à suivre pour déterminer si une offre est conforme et il permet de considérer une offre comme conforme si elle comporte des écarts mineurs. En autorisant l'entité adjudicatrice à examiner des offres comportant des écarts mineurs, on favorise la participation et la concurrence dans le cadre de la procédure. Il faut que ces écarts mineurs soient quantifiés, de sorte que les offres puissent être comparées objectivement, d'une manière qui favorise les offres entièrement conformes.

3. Bien que l'évaluation de l'offre à retenir sur la base du prix le plus bas soit la plus objective et la plus automatique, dans certaines procédures d'appel d'offres, l'entité adjudicatrice voudra peut-être choisir une offre en ne se fondant pas que sur le prix. C'est pourquoi la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de retenir "l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée", c'est-à-dire celle qui est retenue sur la base du prix et d'autres critères. Les sous-alinéas ii et iii du paragraphe 4 c énoncent les critères envisagés dans la Loi type. Le sous-alinéa iii, qui fait référence aux objectifs du développement économique, a été inclus parce que, dans certains pays, notamment les pays en développement et les pays dont l'économie est dans une phase de transition, il est important que les entités adjudicatrices puissent se fonder sur des critères permettant d'évaluer et de comparer les offres dans le contexte des objectifs de développement économique. Il est envisagé dans la Loi type que certains Etats souhaiteront énoncer des critères additionnels. Toutefois, il faut faire preuve de prudence lorsqu'on souhaite élargir la liste des critères autres que le prix figurant à l'alinéa iii, car ces autres critères risquent d'entraver les objectifs de la passation des marchés. Des critères de ce type sont en effet parfois moins objectifs et plus discrétionnaires que ceux qui sont visés aux sous-alinéas i et ii du paragraphe 4 c et le recours à ces critères pour l'évaluation et la comparaison des offres risque de nuire à la concurrence et à l'économie dans la passation des marchés et de réduire la confiance en cette procédure.

4. Si la Loi type exige que les critères soient objectifs et quantifiables dans la mesure du possible et soient affectés d'un coefficient de pondération lors de la procédure d'évaluation, ou soient exprimés en termes pécuniaires, c'est pour permettre une évaluation objective et une comparaison des offres sur une base commune, afin de réduire le risque de décisions discrétionnaires ou arbitraires. L'Etat voudra peut-être indiquer dans la réglementation des marchés comment ces critères seront formulés et appliqués. Il est possible par exemple de quantifier en termes pécuniaires les divers aspects de chaque offre en fonction des critères énoncés dans le dossier de sollicitation et de combiner ces quantifications avec le prix soumissionné. L'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée est alors considérée comme l'offre à retenir. On peut également assortir de coefficients de pondération ou de points les divers aspects de chaque offre en fonction desdits critères. L'offre dont la pondération combinée est la plus favorable est alors considérée comme l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée.

5. L'alinéa 4 d autorise l'entité adjudicatrice à accorder une marge de préférence aux offres locales, étant entendu que cette marge doit être calculée conformément à la réglementation des marchés. (Voir le paragraphe 4 des observations relatives à l'article 8 concernant les avantages qu'il y a à appliquer une marge de préférence afin d'atteindre les objectifs économiques nationaux

*Le paragraphe 5 du projet de guide manque en raison d'une erreur de numérotation. Le texte de ce paragraphe reste inchangé.

tout en préservant la concurrence.) On notera toutefois que les Etats qui sont parties à l'Accord du GATT relatif aux marchés publics et les Etats membres de groupes d'intégration économique régionale tels que la Communauté européenne peuvent être moins libres d'accorder un traitement préférentiel. Afin de promouvoir la transparence, la Loi type dispose qu'il n'est possible d'accorder une marge de préférence que si cela est autorisé par la réglementation des marchés et approuvé par l'organe habilité à donner son approbation.

6. La Loi type suppose que la réglementation des marchés fixera les règles relatives au calcul et à l'application de la marge de préférence. Ces règles peuvent également énoncer des critères permettant de qualifier de "nationaux" des entrepreneurs ou fournisseurs et de "produits localement" certains biens (par exemple sur la base d'une teneur ou d'une valeur ajoutée locales minimales) et de fixer le montant de la marge de préférence, qui peut être différent pour les biens et pour les travaux. Quant au mécanisme d'application de la marge de préférence, il peut consister par exemple à déduire du prix soumissionné de toutes les offres les droits et taxes d'importation imposés dans le cadre de la fourniture des biens ou des travaux et à ajouter aux prix ainsi obtenus, autres que ceux des offres qui doivent bénéficier de la marge de préférence, le montant de ladite marge ou le droit d'importation effectif s'il est inférieur.

7. La règle énoncée au paragraphe 5, relative à la conversion dans une même monnaie des prix soumissionnés aux fins de comparaison et d'évaluation des offres, vise à promouvoir le bien-fondé et l'objectivité de la décision de l'entité adjudicatrice (voir l'article 21 r).

8. Le paragraphe 6 a été inclus pour permettre à l'entité adjudicatrice d'exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue qu'il confirme ses qualifications. Cela peut être particulièrement utile dans le cas d'une procédure de passation des marchés de longue durée, dans laquelle l'entité adjudicatrice souhaitera sans doute vérifier si les renseignements relatifs aux qualifications soumis au début de la procédure sont toujours valables. Le recours à la procédure de confirmation est discrétionnaire, car son importance est fonction des circonstances. Afin que la procédure de confirmation soit efficace et transparente, le paragraphe 7 exige le rejet d'une offre lorsque le fournisseur ou entrepreneur ne confirme pas ses qualifications et il énonce la procédure à suivre par l'entité adjudicatrice pour choisir une offre dans de tels cas.

Article 30

Rejet de toutes les offres

1. L'objet de l'article 30 est de permettre à l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres. Cette disposition est importante, parce qu'une entité adjudicatrice peut devoir agir ainsi pour des motifs d'intérêt public, par exemple lorsqu'il semble que la concurrence a été insuffisante ou qu'il y a eu collusion, lorsque l'entité adjudicatrice n'a plus besoin des biens ou travaux requis ou lorsque le marché ne peut plus être passé en raison d'une modification de la politique nationale ou du retrait d'un financement. Le droit public de certains pays peut limiter l'exercice de ce droit, par exemple en interdisant toute mesure constituant un abus de droit ou une violation des principes fondamentaux de la justice.

2. La condition énoncée au paragraphe 3, selon laquelle l'avis de rejet de toutes les offres est communiqué aux entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis une offre, ainsi que la condition énoncée au paragraphe 1, selon laquelle les motifs du rejet sont communiqués sur demande aux fournisseurs et entrepreneurs, visent à promouvoir la transparence et la responsabilité. Le paragraphe 1 n'exige pas de l'entité adjudicatrice qu'elle justifie les motifs de

rejet de toutes les offres. Cette approche se fonde sur la notion suivante : l'entité adjudicatrice devrait être libre d'abandonner la procédure de passation des marchés pour des motifs économiques, sociaux ou politiques qu'elle n'a pas à justifier. Ce pouvoir est confirmé par le fait que la décision de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres n'est pas soumise, conformément à l'alinéa 2 d de l'article 38, au droit de recours prévu par la Loi type; il est également confirmé par le paragraphe 2, qui dispose que l'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les entrepreneurs et les fournisseurs, par exemple le remboursement des frais d'établissement et de soumission des offres, du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1. Les effets potentiellement sévères de l'article 30 sont atténués par le fait que l'entité adjudicatrice n'est habilitée à rejeter toutes les offres que si cette possibilité est prévue dans le dossier de sollicitation.

Article 31

Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs

L'article 31 interdit clairement toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur et entrepreneur à propos d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur. Cette règle a été incluse parce que de telles négociations pourraient aboutir à une sorte de "vente aux enchères", dans laquelle une offre soumise par un fournisseur ou un entrepreneur serait utilisée pour faire pression sur un autre fournisseur ou entrepreneur afin qu'il baisse son prix ou améliore d'autres éléments de son offre. De nombreux fournisseurs et entrepreneurs s'abstiennent de participer à une procédure d'appel d'offres dans laquelle de telles techniques sont utilisées.

Article 32

Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

1. L'objet du paragraphe 1 est d'énoncer clairement que l'offre dont il est déterminé qu'elle est l'offre à retenir en application de l'article 29-4 b est acceptée et que l'avis d'acceptation est promptement donné au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre. Faute d'une disposition sur l'entrée en vigueur du marché, celle-ci sera régie par les règles du droit qui, dans de nombreux cas, ont été élaborées pour régir la formation de relations contractuelles simples et peuvent ne pas indiquer clairement le moment pertinent en ce qui concerne la formation d'un contrat découlant d'une procédure d'appel d'offres.

2. La Loi type prévoit différentes méthodes d'entrée en vigueur du marché, étant donné que les Etats pourront préférer telle ou telle méthode et que, même dans un Etat donné, des méthodes différentes pourront être employées selon les circonstances. Compte tenu de ses préférences et de ses traditions, un Etat pourra souhaiter incorporer une ou plusieurs de ces méthodes.

3. Selon l'une de ces méthodes (énoncée au paragraphe 4), sauf indication contraire du dossier de sollicitation, le marché entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est adressé au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre à retenir. Cette approche peut être satisfaisante lorsque le marché décrit dans le dossier de sollicitation comporte déjà tous les éléments voulus. La deuxième méthode (énoncée au paragraphe 2) lie l'entrée en vigueur du marché à la signature par le fournisseur ou l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue d'un marché écrit conforme à l'offre. Cette approche peut être utile lorsqu'il reste quelques conditions contractuelles mineures à régler par les parties, bien que les principales conditions contractuelles aient déjà été fixées dans le dossier de sollicitation. Le paragraphe 2 comporte une référence optionnelle au "ministère compétent" en tant que signataire du marché, afin de tenir compte du fait que, dans certains Etats, le marché est signé au nom du gouvernement par le ministère auquel

sont destinés les biens ou travaux, même s'il n'a pas lui-même mené la procédure de passation des marchés, ni agi en tant qu'entité adjudicatrice au sens de la Loi type. Dans les Etats où cette pratique est suivie, la procédure de passation des marchés peut être menée par une entité centrale telle qu'une commission centrale des marchés.

4. Une troisième méthode d'entrée en vigueur (décrite au paragraphe 3) prévoit l'entrée en vigueur lorsque le marché est approuvé par une autorité supérieure. Dans les Etats adoptant cette disposition, la réglementation des marchés pourra donner davantage de détails quant au type de circonstances dans lesquelles l'approbation sera requise (par exemple, uniquement pour des marchés dépassant une valeur donnée). La condition selon laquelle le dossier de sollicitation doit indiquer le délai jugé nécessaire pour obtenir cette approbation et la disposition selon laquelle la non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié ne sera pas réputée entraîner une prolongation de la période de validité de l'offre retenue ou de toute garantie de soumission visent à établir un équilibre entre les droits et les obligations des fournisseurs et entrepreneurs. Elles visent notamment à exclure le risque de voir l'entrepreneur ou fournisseur retenu rester engagé envers l'entité adjudicatrice pendant une période indéterminée, sans être assuré que le marché entrera en vigueur.

5. Si l'entrée en vigueur est liée à l'expédition plutôt qu'à la réception de l'avis d'acceptation, c'est parce que cette solution est plus appropriée aux circonstances propres à la procédure d'appel d'offres. Afin de lier l'entrepreneur ou fournisseur par un marché ou de l'obliger à signer un marché écrit, l'entité adjudicatrice doit donner avis de l'acceptation de l'offre pendant que cette dernière est en vigueur. Selon l'approche de la "réception", si l'avis a été correctement transmis, mais qu'il a été retardé, égaré ou mal dirigé, sans qu'il y ait faute de la part de l'entité adjudicatrice, et qu'il est reçu après expiration de la période de validité de l'offre, l'entité adjudicatrice perd son droit de lier le fournisseur ou entrepreneur. Selon l'approche de l'"expédition", ce droit de l'entité adjudicatrice est préservé. Si l'avis est retardé, égaré ou mal dirigé, l'entrepreneur ou fournisseur risque de n'apprendre qu'après l'expiration de la période de validité de son offre que celle-ci a été acceptée; mais, dans la plupart des cas, cette conséquence sera moins grave que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier le fournisseur ou entrepreneur.

6. Afin de promouvoir les objectifs de la passation des marchés, le paragraphe 5 précise que, si le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est retenue ne signe pas de marché écrit conformément au paragraphe 2, le choix d'une autre offre parmi les offres restantes devra se faire conformément aux dispositions normalement applicables en la matière, étant entendu que l'entité adjudicatrice a le droit de rejeter toutes les offres.

CHAPITRE IV. PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Les articles 33 à 37 présentent les procédures à appliquer pour les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres. Comme il est indiqué dans les commentaires relatifs à l'article 14, il y a chevauchement entre les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence. C'est en fonction du choix de la méthode à incorporer que l'on retiendra l'article 33 (appel d'offres en deux étapes), l'article 34 (sollicitation de propositions) ou l'article 35 (négociation avec appel à la concurrence). Pour ce qui est de la sollicitation de propositions, de la négociation avec appel à la concurrence, de la sollicitation de prix et de la sollicitation d'une source unique, le chapitre IV n'indique

pas dans le détail toutes les procédures à suivre comme le fait le chapitre III pour la procédure d'appel d'offres. Cela est dû essentiellement au fait que ces méthodes de passation des marchés sont plus souples que l'appel d'offres. Certaines des questions qui sont traitées à propos de l'appel d'offres dans la Loi type (par exemple l'entrée en vigueur du marché) peuvent être traitées, pour ces autres méthodes de passation des marchés, dans d'autres instruments de la législation applicable. Un Etat pourra juger utile d'incorporer dans la législation des marchés certaines de ces solutions tirées d'autres instruments de la législation applicable et compléter le chapitre IV au moyen de règles énoncées dans la réglementation des marchés. On notera également que les chapitres premier et V seront également applicables dans l'ensemble aux méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres.

Article 33

Appel d'offres en deux étapes

La procédure en deux étapes utilisée dans cette méthode de passation des marchés a pour objet de combiner deux avantages : la souplesse, car l'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, négocier avec les fournisseurs et entrepreneurs afin d'arriver à un ensemble de spécifications définitives pour les biens ou travaux requis et, durant la deuxième étape, le haut niveau d'objectivité et de concurrence qui caractérisent l'appel d'offres. Les procédures utilisées dans l'appel d'offres en deux étapes sont distinctes de celles appliquées dans la méthode de la sollicitation de propositions. Dans ce dernier cas, l'entité adjudicatrice énonce, lors de la sollicitation de propositions, les grands paramètres des biens ou travaux requis et les critères selon lesquels l'adéquation des propositions sera évaluée, elle sollicite des propositions de fournisseurs ou d'entrepreneurs et négocie avec ceux qui soumettent des propositions afin d'obtenir la proposition la plus appropriée. Les deux méthodes diffèrent également en ce sens que, dans l'appel d'offres en deux étapes, qui est soumis à l'article 18, davantage de participants seront en général sollicités.

Article 34

Sollicitation de propositions

1. Si la sollicitation de propositions est une méthode selon laquelle l'entité adjudicatrice sollicite en général des propositions d'un groupe sélectionné relativement peu important de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'article 34 comporte des dispositions ayant pour objet de garantir que suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs auront la possibilité de faire part de leur intérêt à participer à la procédure et que suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs y participeront effectivement, de manière à assurer une concurrence appropriée. A ce propos, le paragraphe 1 exige de l'entité adjudicatrice qu'elle sollicite des propositions d'autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible, mais de trois au moins si possible. Le paragraphe 2 énonce une disposition complémentaire visant à élargir la participation en demandant à l'entité adjudicatrice, à moins que cela ne soit pas souhaitable pour des raisons d'économie ou d'efficacité, de publier dans un journal de diffusion internationale un avis à l'intention des personnes qui seraient intéressées à participer à la procédure de sollicitation de propositions. Afin d'éviter les retards qui pourraient résulter si l'entité adjudicatrice était tenue d'admettre tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant répondu à cet avis, la publication de l'avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs.

2. La réglementation des marchés peut énoncer des règles plus détaillées applicables par l'entité adjudicatrice dans ce type de procédure d'avis. Par exemple, la pratique dans certains pays est

la suivante : la sollicitation de propositions est envoyée en règle générale à tous les fournisseurs et entrepreneurs répondant à l'avis, à moins que l'entité adjudicatrice ne décide qu'elle souhaite n'envoyer la sollicitation de propositions qu'à un nombre limité de fournisseurs et entrepreneurs. Cette approche se fonde sur l'idée selon laquelle les fournisseurs et entrepreneurs ayant fait part de leur intérêt devraient avoir la possibilité de soumettre des propositions. Par contre, une telle procédure risquerait d'imposer une charge supplémentaire à l'entité adjudicatrice à un moment où elle est déjà très occupée.

3. Le reste de l'article 34 décrit les éléments essentiels de la procédure de sollicitation de propositions concernant l'évaluation et la comparaison des propositions et le choix de la proposition à retenir. Ces dispositions visent à promouvoir la transparence, l'équité et la concurrence et l'objectivité lors de la comparaison et de l'évaluation des propositions.

4. La compétence relative du fournisseur ou de l'entrepreneur en matière de technique et de gestion est incluse parmi les facteurs d'évaluation possibles car l'entité adjudicatrice pourra avoir plus ou moins confiance en l'aptitude d'un fournisseur ou entrepreneur donné qu'en celle d'un autre. Cette disposition devrait être distinguée de celle habilitant l'entité adjudicatrice (alinéa 9 d) à ne pas donner suite aux propositions de fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle considère comme non fiables ou incompétents. En effet, cette dernière disposition l'autorise à refuser d'évaluer les propositions émanant de tels fournisseurs ou entrepreneurs.

5. La procédure relative à la "meilleure offre définitive" décrite au paragraphe 8 vise à promouvoir au maximum la concurrence et la transparence en fixant une date à laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent avoir présenté leur meilleure offre définitive. Cette procédure met fin aux négociations et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles offertes par les fournisseurs et entrepreneurs, afin d'atténuer le risque de voir l'entité adjudicatrice se servir de l'offre faite par un fournisseur ou entrepreneur pour exercer des pressions sur un autre entrepreneur ou fournisseur, afin qu'il baisse son prix.

Article 35

Appel à la concurrence

1. L'article 35 est une disposition cadre. Sous réserve des règles énoncées dans la Loi type et dans la réglementation des marchés et de toute règle émanant d'autres instruments de la législation applicable, l'entité adjudicatrice peut organiser et mener les négociations comme elle le juge bon. Les règles énoncées dans le présent article visent à donner cette liberté à cette entité adjudicatrice, tout en s'attachant à promouvoir la concurrence et l'objectivité dans la sélection et l'évaluation.

2. L'Etat vaudra peut-être disposer, dans la réglementation des marchés, que l'entité adjudicatrice doit prendre par exemple les mesures suivantes : énoncer des règles et procédures de base relatives à l'organisation des négociations, afin que celles-ci soient menées de manière efficace; établir divers documents qui serviront de base aux négociations, notamment les documents décrivant les caractéristiques techniques souhaitées des biens ou travaux requis et les conditions contractuelles désirées; prier les fournisseurs et entrepreneurs avec lesquels elle négocie de ventiler leurs prix afin d'être à même de comparer ce qu'offrent les différents entrepreneurs ou fournisseurs durant les négociations.

3. La réglementation des marchés peut indiquer que, notamment dans le cas de biens ou travaux complexes, l'entité adjudicatrice et chaque fournisseur et entrepreneur avec lequel elle négocie doivent garantir, lorsque la loi applicable les y autorise, qu'il

n'existe aucune obligation contractuelle entre les parties en la matière tant que le marché écrit n'a pas été signé par elles. Cette disposition peut être utile, notamment dans les systèmes juridiques où il peut exister une responsabilité "précontractuelle", c'est-à-dire où un document "précontractuel" énonçant toutes les conditions essentielles du marché futur peut être considéré comme un contrat applicable. Les conditions et la date d'entrée en vigueur du marché seront régies par la loi applicable, que les entités adjudicatrices souhaiteront en général être la loi de leur Etat. Lorsque la loi applicable est la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, des questions telles que la formation des contrats seront soumises aux règles internationales uniformes énoncées dans ladite Convention.

Article 36

Procédure de sollicitations de prix

Il est important d'inclure dans la législation des marchés des conditions de procédure minimales pour les procédures de sollicitations de prix du type décrit dans la Loi type. Ces conditions visent à assurer une concurrence suffisante, du point qualitatif et quantitatif.

Article 37

Sollicitation d'une source unique

La Loi type n'énonce pas de procédures à suivre dans le cas de la sollicitation d'une source unique. En effet, cette méthode est soumise à des conditions d'utilisation très particulières et consiste à faire appel à un seul fournisseur ou entrepreneur.

CHAPITRE V. RECOURS

1. Il est essentiel de disposer d'un moyen effectif de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures suivies par celle-ci, afin d'assurer le bon fonctionnement du système de passation des marchés et de promouvoir la confiance en ce système. Ce chapitre rassemble des dispositions établissant ce droit de recours et en régissant l'exercice.

2. Il est clair qu'il existe dans la plupart des Etats des mécanismes et procédures de recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques. Dans certains Etats, des mécanismes et procédures de recours ont été mis en place expressément pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres Etats, de tels litiges sont traités par l'application de mécanismes et procédures généraux de recours contre des actes administratifs. Certains aspects importants de la procédure de recours, tels que l'instance devant laquelle introduire le recours et les réparations pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques fondamentales, tant conceptuelles que structurelles, du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays. De nombreux systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques devant une instance administrative exerçant une autorité ou un contrôle hiérarchique sur l'organe ou l'entité (ci-après dénommé "recours administratif hiérarchique"). Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours administratif hiérarchique, la question de savoir quels organes exerceront cette fonction pour les actes d'organes ou entités particuliers dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'Etat. Dans le contexte de la passation des marchés, par exemple, certains Etats prévoient que cette fonction sera confiée à un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur la passation des marchés de l'Etat (par exemple une commission centrale des marchés); dans d'autres Etats, cette fonc-

tion est assurée par l'organe chargé d'exercer un contrôle financier sur les opérations du gouvernement et de l'administration. Certains Etats prévoient dans certains cas que le chef de l'Etat s'acquittera de cette fonction.

3. Dans certains Etats, pour des types particuliers de cas mettant en jeu des organes administratifs ou d'autres entités publiques, cette fonction est assurée par des instances administratives indépendantes spécialisées dont la compétence est parfois décrite comme "quasi judiciaire". Ces instances ne sont toutefois pas considérées dans ces Etats comme des tribunaux du système judiciaire.

4. De nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un recours judiciaire contre les actes d'organes administratifs et entités publiques. Dans plusieurs de ces systèmes juridiques, un recours judiciaire est possible en sus du recours administratif, alors que dans d'autres systèmes, seul un recours judiciaire est possible. Certains systèmes ne prévoient qu'un recours administratif et non un recours judiciaire. Dans certains de ceux où des recours à la fois administratifs et judiciaires sont possibles, le recours judiciaire n'est possible qu'après qu'ont été épuisées les voies de recours administratif; dans d'autres, les deux moyens de recours sont possibles en tant qu'options.

5. Vu ce qui précède et afin d'éviter d'empiéter sur les aspects fondamentaux, tant conceptuels que structurels, des systèmes juridiques et des systèmes administratifs de l'Etat, les dispositions du chapitre V sont davantage des dispositions cadres que celles des autres sections de la Loi type. Comme l'indique la note de bas de page relative au titre du chapitre V, certains Etats souhaiteront peut-être incorporer les articles sur le droit de recours sans changements, ou avec des changements minimes, alors que d'autres Etats pourront ne pas juger utile de les incorporer, en partie ou en totalité. Dans ces derniers cas, les articles sur les recours pourront servir de références pour évaluer les procédures de recours prévues.

6. Afin que les dispositions puissent être adaptées aux cadres conceptuels et structurels très divergents des systèmes juridiques du monde entier, seules les caractéristiques essentielles du droit de recours et de l'exercice de ce droit y sont traitées. La réglementation des marchés qu'établira chaque Etat pourra comporter des règles plus détaillées portant sur des questions qui ne sont pas traitées dans la Loi type ou dans d'autres règles juridiques de l'Etat. Dans certains cas, des variantes concernant des questions particulières ont été présentées.

7. Le chapitre V ne traite pas de la possibilité de recourir à l'arbitrage, en raison notamment du fait que les types de situations envisagées ne se prêtent pas normalement à l'arbitrage et que l'aptitude des entités adjudicatrices à se soumettre à l'arbitrage sera fonction de la loi applicable.

Article 38

Droit de recours

1. L'objet de l'article 38 est d'énoncer le droit fondamental à introduire un recours. En application du paragraphe 1, le droit de recours n'appartient qu'aux fournisseurs et entrepreneurs, et non au public en général. Toutefois, ne sont pas nécessairement exclus les fournisseurs et entrepreneurs n'ayant pas participé, notamment ceux qui affirment avoir été empêchés illégalement de participer à la procédure de passation des marchés. Les sous-traitants ont été intentionnellement écartés du champ d'application du droit de recours prévu dans la Loi type, cela afin d'éviter un risque de perturbation excessif qui pourrait avoir des incidences néfastes sur l'économie et l'efficacité des marchés publics. L'article ne traite pas de la nature ou de l'importance de l'intérêt en jeu ou du

préjudice subi pour qu'un entrepreneur ou fournisseur puisse introduire un recours, non plus que d'autres questions liées à la capacité du fournisseur ou entrepreneur à introduire un recours. Ces questions doivent être résolues en application des règles juridiques pertinentes de l'Etat.

2. La référence, dans le paragraphe 1, à l'article 43 a été placée entre crochets car la numérotation de l'article sera fonction de l'existence ou non dans l'Etat d'un mécanisme de recours administratif hiérarchique (voir le paragraphe 1 des observations relatives à l'article 40).

3. Les dispositions de la Loi type n'imposent pas toutes des obligations qui, si elles ne sont pas respectées par l'entité adjudicatrice, donnent lieu à un droit de recours en vertu de la Loi type. Le paragraphe 2 dispose que certains types d'actes et de décisions de l'entité adjudicatrice, fondés sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ne peuvent faire l'objet du droit de recours prévu au paragraphe 1. L'exemption de certains actes et décisions se fonde sur une distinction établie entre, d'une part, les conditions et obligations imposées à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne ses relations avec les fournisseurs et entrepreneurs et qui l'engagent juridiquement envers eux et, d'autre part, des exigences qui sont considérées comme purement "internes" à l'administration, qui se rattachent à l'intérêt général ou qui, pour d'autres raisons, ne constituent pas des obligations juridiques de l'entité adjudicatrice envers les fournisseurs et entrepreneurs. Ce droit de recours est en général limité aux cas où le premier type d'exigence n'est pas respecté par l'entité adjudicatrice.

Article 39

Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)

1. L'objet de cette disposition relative à un recours de première instance porté devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle est, pour l'essentiel, de permettre à ce responsable de remédier à des actes, décisions ou procédures erronés. Une telle méthode peut permettre d'éviter d'alourdir la tâche d'instances supérieures de recours et du système judiciaire avec des cas qui auraient pu être résolus plus tôt par une procédure moins perturbatrice. Les références à l'autorité de tutelle au paragraphe 1, ainsi que dans d'autres parties de l'article 39 et d'autres articles relatifs au recours, ont été placées entre parenthèses, car elles ne seront peut-être pas pertinentes dans tous les Etats (voir les paragraphes 13 à 16 de l'introduction).

2. Si le recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne peut être intenté que lorsque le marché n'a pas encore été conclu, c'est pour les raisons suivantes : une fois le marché entré en vigueur, il y a peu de mesures de correction que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle pourra utilement exiger. Un recours administratif hiérarchique ou un recours judiciaire seront possibles pour les réclamations faisant suite à l'entrée en vigueur du marché.

3. L'objet du délai énoncé au paragraphe 2 est de permettre que les réclamations soient enregistrées et réglées de manière à éviter tout retard et perturbation excessifs à un stade ultérieur de la procédure. Le paragraphe 2 ne définit pas la notion de "jours" (jours civils ou jours ouvrables), car la plupart des Etats ont adopté des règles d'interprétation comportant une définition de cette notion.

4. Le paragraphe 3 est une disposition complémentaire du paragraphe 1 et prévoit que, pour les raisons mentionnées au paragraphe 2 des observations relatives au présent article, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle n'a pas à connaître d'une réclamation ou à continuer de connaître d'une réclamation après l'entrée en vigueur du marché.

5. L'alinéa 4 *b* laisse le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle libre de déterminer quelles mesures correctives seront appropriées dans chaque cas (sous réserve de toute règle en la matière figurant dans la réglementation des marchés; voir également le paragraphe 7 des observations relatives au présent article). Les mesures correctives peuvent être notamment les suivantes : demander à l'entité adjudicatrice de réviser la procédure de passation des marchés afin de la rendre conforme à la législation des marchés, à la réglementation des marchés ou à toute autre règle de droit applicable; s'il a été décidé d'accepter une offre donnée et qu'il ressort qu'une autre offre aurait dû être acceptée, demander à l'entité adjudicatrice de ne pas envoyer l'avis d'acceptation à l'entrepreneur ou fournisseur initialement choisi, mais d'accepter l'autre offre; ou résilier la procédure de passation des marchés et ordonner l'ouverture d'une nouvelle procédure.

6. L'Etat devrait prendre les mesures suivantes pour ce qui est des références à l'article "40 ou 43" figurant entre crochets aux paragraphes 5 et 6. Si l'Etat prévoit un recours judiciaire, mais non un recours administratif hiérarchique (voir le paragraphe 1 des observations relatives à l'article 40), il ne faudrait faire référence qu'à l'article figurant dans la Loi type en tant qu'article 43. Si l'Etat prévoit les deux formes de recours, mais exige de l'entrepreneur ou fournisseur présentant une réclamation qu'il épuise son droit à recours administratif hiérarchique avant d'intenter un recours judiciaire, il ne faudrait faire référence qu'à l'article 40. Si l'Etat prévoit les deux formes de recours, mais n'exige pas que le droit à recours administratif hiérarchique soit épuisé avant que ne soit intenté un recours judiciaire, la référence devrait être à l'article "40 ou 43".

7. Certaines règles supplémentaires applicables à la procédure de recours en vertu du présent article sont énoncées à l'article 41. En outre, l'Etat peut inclure dans la réglementation des marchés des règles détaillées relatives aux conditions de procédure auxquelles doit satisfaire l'entrepreneur ou fournisseur afin de pouvoir entamer la procédure de recours. Par exemple, la réglementation peut préciser si une déclaration succincte faite par télex, accompagnée ultérieurement de pièces justificatives, sera considérée comme suffisante. En outre, la réglementation des marchés peut énoncer des règles détaillées relatives à l'organisation de la procédure de recours en vertu du présent article (par exemple, concernant le droit des fournisseurs et entrepreneurs participant à la procédure de passation des marchés, autres que celui qui présente une réclamation, de participer à la procédure de recours (voir l'article 41); la présentation de preuves; la conduite de la procédure de recours; et les mesures correctives que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle peut imposer à l'entité adjudicatrice).

8. Les procédures de recours en vertu de cet article devraient être conçues de manière à permettre un traitement diligent de la réclamation. Si cela n'est pas possible, ces procédures ne devraient pas indûment retarder l'ouverture d'une procédure de recours administratif hiérarchique ou de recours judiciaire. Les paragraphes 4 et 5 ont été inclus à cette fin.

Article 40

Recours administratif

1. Les Etats dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre des actes, décisions et procédures administratifs pourront choisir d'omettre cet article et de ne prévoir qu'un recours judiciaire (article 43).

2. Dans certains systèmes juridiques prévoyant à la fois un recours administratif hiérarchique et un recours judiciaire, une procédure de recours judiciaire peut être entamée alors que la procédure de recours administratif est toujours en cours, ou *vice*

versa, et des règles précisent si — et dans quelle mesure — la procédure de recours judiciaire supplante la procédure de recours administratif. Si le système juridique d'un Etat prévoyant ces deux modes de recours ne comporte pas de telles règles, l'Etat pourra souhaiter en adopter sous forme d'une loi ou d'une réglementation.

3. Un Etat désireux de prévoir un recours administratif hiérarchique, mais ne disposant pas d'un mécanisme à cette fin pour les questions liées aux marchés, devrait confier cette fonction à un organe administratif compétent, soit un organe déjà en place soit un nouvel organe créé par l'Etat. Il peut s'agir, par exemple, d'un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur les marchés publics (par exemple une commission centrale des marchés), un organe dont la compétence n'est pas limitée aux questions de passation des marchés (par exemple, l'organe qui exerce une supervision et un contrôle financiers sur les opérations du gouvernement et de l'administration; le champ de la procédure de recours ne devrait toutefois pas être limité à des questions de supervision et de contrôle financiers), ou un organe administratif spécial ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges relatifs à des questions de passation des marchés, par exemple une "commission d'examen des marchés". Il importe que l'organe exerçant cette fonction soit indépendant de l'entité adjudicatrice. En outre, si cet organe est celui qui, en vertu de la Loi type telle qu'adoptée par l'Etat, approuve certains actes ou décisions de l'entité adjudicatrice ou certaines des procédures qu'elle applique, on veillera à ce que la section de cet organe qui doit exercer cette fonction soit indépendante de la section exerçant la fonction d'approbation.

4. Si l'alinéa 1 *a* établit le délai dans lequel peut commencer la procédure de recours administratif en se fondant sur le moment où le requérant a pris connaissance des circonstances en question, la Loi type laisse à la loi applicable la question de la date limite absolue pour l'ouverture de la procédure de recours.

5. Les fournisseurs et entrepreneurs habilités à introduire une procédure de recours en application de l'alinéa 1 *d* ne sont pas uniquement des entrepreneurs ou fournisseurs ayant participé à la procédure engagée devant les responsables de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (voir l'article 40-2), mais aussi tout autre fournisseur ou entrepreneur se disant lésé par une décision dudit responsable.

6. La condition énoncée au paragraphe 2 vise à permettre à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle de s'acquitter de son obligation en vertu de l'article 41-1, consistant à aviser tous les fournisseurs et entrepreneurs de l'introduction d'un recours.

7. Pour ce qui est du paragraphe 3, les moyens par lesquels le fournisseur ou entrepreneur introduisant un recours établit son droit à réparation sont fonction des règles de fond et règles de procédure applicables à la procédure de recours.

8. Les systèmes juridiques nationaux divergent quant à la nature des réparations que les organes connaissant des recours administratifs hiérarchiques ont pouvoir d'accorder. Lorsqu'il adoptera la Loi type, un Etat pourra inclure toutes les réparations énumérées au paragraphe 3, ou seules celles qu'un organe administratif sera normalement habilité à accorder dans le système juridique national. Si, dans un système juridique particulier, un organe administratif peut accorder certaines réparations qui ne sont pas énumérées au paragraphe 3, celles-ci pourront être ajoutées à ce paragraphe. En effet, le paragraphe devrait énoncer toutes les réparations que l'organe administratif peut accorder. L'approche retenue dans cet article, qui spécifie les réparations que peut accorder l'organe administratif hiérarchique, contraste avec l'approche plus souple retenue pour les mesures correctives que peut exiger le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (article 39-4 *b*). L'approche retenue

dans ce dernier article est justifiée par le fait que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle devrait être à même de prendre toutes les mesures requises pour remédier à une irrégularité commise par l'entité adjudicatrice elle-même ou approuvée par l'autorité de tutelle. Les instances administratives hiérarchiques connaissant des recours administratifs sont, dans certains systèmes juridiques, soumises à des règles plus formalistes et restrictives pour ce qui est des réparations qu'elles peuvent accorder et l'approche retenue à l'article 40-3 vise à éviter d'empiéter sur ces règles.

9. Des variantes sont prévues dans le chapeau du paragraphe 3, afin de tenir compte des Etats dans lesquels les instances administratives ne sont pas habilitées à accorder les réparations prévues au paragraphe 3, mais peuvent faire des recommandations.

10. Pour ce qui est des types de préjudices pour lesquels un dédommagement peut être demandé, l'alinéa 3 f présente deux variantes entre lesquelles pourra choisir l'Etat. Selon l'option I, un dédommagement peut être demandé pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation du fait de l'acte, de la décision ou de la procédure illicites. Ces coûts n'incluent pas le manque à gagner subi du fait de non-acceptation d'une offre ou d'une proposition du fournisseur ou entrepreneur présentant la réclamation. Les types de pertes pouvant faire l'objet d'un dédommagement en vertu de l'option II sont plus larges et peuvent inclure le manque à gagner dans certains cas.

11. S'il est mis fin à la procédure de passation du marché en application de l'alinéa 2 g, l'entité adjudicatrice peut entamer une nouvelle procédure.

12. Dans certains cas, il serait approprié qu'un marché entré en vigueur soit annulé, par exemple lorsqu'un important marché a été octroyé à un fournisseur ou entrepreneur comme suite à une fraude. Toutefois, comme l'annulation d'un marché constitue une mesure particulièrement perturbatrice et le plus souvent contraire à l'intérêt général, cette solution n'est pas prévue dans la Loi type elle-même. Néanmoins, rien n'interdit une annulation en vertu d'autres instruments juridiques. Les cas où une annulation serait appropriée seront sans doute régis par les règles applicables de droit contractuel, administratif ou pénal.

13. S'il n'existe pas dans l'Etat de règles détaillées régissant les procédures de recours administratif hiérarchique, l'Etat peut énoncer de telles règles dans une loi ou dans la réglementation des marchés. Ces règles peuvent notamment porter sur les points suivants : délai d'introduction d'un recours administratif hiérarchique; droit des fournisseurs et entrepreneurs, autres que celui qui introduit la procédure de recours, à participer à ladite procédure (voir l'article 40-2); la charge de la preuve; la présentation de preuves; et la conduite de la procédure de recours.

14. Le délai général de trente jours imposé au paragraphe 4 pourra devoir être modifié dans les pays où la procédure administrative prend la forme d'une procédure quasi judiciaire supposant des audiences ou d'autres mesures de longue durée. Dans ces pays, les problèmes que pose cette question pourront être néanmoins traités, étant donné le caractère optionnel de l'article 40.

Article 41

Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 39 [et de l'article 40]

1. Cet article s'applique uniquement aux procédures de recours engagées devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle et devant une instance administrative hié-

archique, mais non aux procédures de recours judiciaire. Il existe dans de nombreux Etats des règles régissant les questions traitées dans cet article.

2. Les références entre crochets, dans le titre et le texte de l'article, à l'article 40 et à l'instance administrative, seront omises par l'Etat qui ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique.

3. L'objet des paragraphes 1 et 2 de l'article est d'informer les fournisseurs et entrepreneurs qu'une réclamation a été présentée à propos de la procédure à laquelle ils ont participé ou participent et de leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils pourront par exemple intervenir dans la procédure de recours en vertu du paragraphe 2 ou prendre d'autres mesures prévues en vertu des règles juridiques applicables. La possibilité d'une participation élargie à la procédure de recours a été envisagée car il est de l'intérêt de l'entité adjudicatrice que les réclamations soient entendues et que les informations pertinentes soient portées à son attention dès que possible.

4. Alors que le paragraphe 2 accorde aux fournisseurs et entrepreneurs un droit relativement large de participation à une procédure de recours qu'ils n'ont pas engagée, la Loi type ne donne pas d'orientations détaillées quant à la mesure dans laquelle ces tiers pourront participer (par exemple, auront-ils un droit de participation plein et entier, y compris le droit de présenter des déclarations ?). Les Etats devront peut-être déterminer s'il est nécessaire d'établir, dans leur système juridique, des règles régissant ces questions.

5. Au paragraphe 3, les mots "et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé à la procédure de recours" font référence aux fournisseurs et entrepreneurs participant conformément au paragraphe 2 et aux autorités gouvernementales telles que les autorités d'approbation.

Article 42

Suspension de la procédure de passation du marché

1. La solution de la suspension automatique (c'est-à-dire d'une suspension de la procédure déclenchée par la simple présentation d'une réclamation) est retenue dans la législation des marchés de certains pays à titre d'exception à une règle générale de procédure judiciaire ou administrative selon laquelle la charge de la preuve incombe à la partie demandant réparation. La suspension a pour objet de permettre la préservation des droits du fournisseur ou entrepreneur introduisant une procédure de recours en attendant la clôture de cette procédure. Sans cette suspension, l'entrepreneur ou fournisseur présentant une réclamation n'aurait peut-être pas assez de temps pour demander et obtenir des mesures conservatoires. En particulier, il sera en général important pour le fournisseur ou l'entrepreneur d'empêcher l'entrée en vigueur du marché avant l'achèvement de la procédure de recours et, s'il faut établir un droit à des mesures conservatoires, on manquera peut-être de temps pour le faire, tout en évitant l'entrée en vigueur du marché (par exemple, lorsque la procédure de passation du marché en est à son stade final). La solution de la suspension permettra sans doute un règlement de la réclamation plus tôt, sans qu'il ne soit nécessaire d'intenter un recours judiciaire, ce qui devrait permettre un règlement des litiges plus économique et plus efficace.

2. Afin de réduire les risques de déclenchement d'une procédure de suspension, la suspension prévue à l'article 41 n'est pas à strictement parler automatique, mais est soumise à la réunion de conditions relativement simples énoncées au paragraphe 1. La condition relative à la déclaration que doit faire le fournisseur ou l'entrepreneur demandant la suspension n'a pas pour objet de déclencher une procédure accusatoire, avec présentation de preu-

ves, car cela irait à l'encontre de l'objectif qui est de déclencher rapidement le processus de suspension lors de la présentation en temps utile d'une réclamation. Il s'agit plutôt d'un processus unilatéral, fondé sur l'affirmation par le requérant de l'existence de certaines circonstances, circonstances du type de celles qui doivent être avancées dans de nombreux systèmes juridiques pour obtenir des mesures conservatoires. La condition selon laquelle la réclamation ne doit pas être futile a été incorporée car, même dans le contexte d'une procédure unilatérale, l'instance chargée du recours doit être habilitée à examiner la réclamation, afin de rejeter toute réclamation futile.

3. Afin d'atténuer les effets potentiellement perturbateurs d'une suspension, seule une brève suspension initiale de sept jours peut être obtenue par la procédure relativement simple prévue à l'article 42. Cette brève suspension initiale a pour but de permettre à l'entité adjudicatrice ou à toute autre instance connaissant du recours d'évaluer le bien-fondé de la réclamation et de déterminer si une prolongation de la suspension initiale en vertu du paragraphe 3 serait justifiée. Le risque de perturbation est limité encore par le délai maximum de trente jours prévu au paragraphe 3. En outre, le paragraphe 4 prévoit que la suspension sera refusée dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général, par exemple lorsque le marché porte sur des biens requis d'urgence en raison d'une catastrophe naturelle.

4. Le paragraphe 2 prévoit la suspension pendant une période de sept jours de l'exécution d'un marché déjà entré en vigueur lorsqu'une réclamation est présentée conformément à l'article 40

et répond aux conditions énoncées au paragraphe 1. Cette suspension est également soumise à la condition énoncée au paragraphe 4 et au délai maximum de trente jours énoncé au paragraphe 3.

5. Puisque, à part les dispositions figurant à l'article 43, la Loi type ne traite pas des recours judiciaires, l'article 42 ne traite pas de la question d'une suspension ordonnée par les tribunaux, que peut prévoir la législation applicable.

Article 43

Recours judiciaire

L'objet de l'article n'est pas de limiter ou de déplacer le droit à un recours judiciaire que peuvent octroyer d'autres règles juridiques applicables. Il vise simplement à établir ce droit et à donner compétence au tribunal ou aux tribunaux spécifiés pour connaître des actions intentées conformément à l'article 38. Il s'agit notamment d'appels contre les décisions rendues par des instances de recours en application des articles 39 et 40, ou contre le fait que ces instances n'aient pas agi. Les aspects de procédure et autres du recours judiciaire, y compris les réparations pouvant être accordées, seront régis par la loi applicable à la procédure judiciaire, qui régira la question de savoir si, dans le cas d'un appel contre une décision rendue par une instance de recours en application des articles 39 ou 40, le tribunal doit examiner depuis le début l'aspect de la procédure de passation du marché faisant l'objet de la réclamation ou se limiter à examiner la légalité ou la pertinence de la décision rendue par l'instance de recours. Cette approche a été retenue afin de ne pas empiéter sur les lois et procédures nationales relatives à la procédure judiciaire.

D. Loi type sur la passation des marchés : compilation des observations de gouvernements

(A/CN.9/376 et Add.1 et 2)

TABLE DES MATIÈRES

[A/CN.9/376]	<i>Pages</i>
Introduction	130
Compilation des observations	130
Argentine	130
Australie	132
Bolivie	136
Colombie	137
Egypte	138
Espagne	139
Malaisie	139
Pologne	141
Trinité-et-Tobago	141
Turquie	141
Yougoslavie	142
 [A/CN.9/376/Add.1]	
Compilation des observations	143
Canada	143
 [A/CN.9/376/Add.2]	
Compilation des observations	145
Japon	145

[A/CN.9/376]

INTRODUCTION

1. A sa vingt-cinquième session, en 1992, la Commission a prié le Groupe de travail du nouvel ordre économique international de lui présenter à sa vingt-sixième session, en 1993, un projet de Loi type sur la passation des marchés¹. Le Groupe de travail, à sa quinzième session (New York, 22 juin-2 juillet 1992), a adopté le texte du projet de Loi type et l'a présenté à la Commission pour examen (A/CN.9/371, par. 253).

2. Le texte du projet de Loi type tel qu'il a été adopté par le Groupe de travail a été envoyé à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées pour observations. Les observations reçues au 5 mai 1993 de 11 gouvernements sont reproduites ci-après.

COMPILATION DES OBSERVATIONS

Argentine

[Original : espagnol]

Article 1^{er}. Champ d'application

Les mots "*adjudicación*" ou "*adjudicación de contratos*" (passation de marchés) sont employés comme synonymes de sélection du contractant, bien que le sens puisse varier. Or, l'"*adjudicación*" n'est qu'une des étapes de la procédure d'appel d'offres qui, à son tour, ne représente qu'une des méthodes jugées appropriées pour la sélection du contractant.

Article 2. Définitions

Pour des raisons de forme, il serait préférable de faire figurer les définitions dans l'article premier du projet de Loi, compte tenu en particulier du fait que l'on emploie déjà dans cet article, qui concerne le champ d'application, des termes non encore définis.

En ce qui concerne les expressions définies, l'Argentine formule les observations suivantes :

a) Passation d'un marché. On notera tout d'abord, qu'il n'est fait aucune référence à l'objet du marché, qui constitue l'élément normalement utilisé pour caractériser les marchés publics ou administratifs.

Le terme "*adquisición*" (acquisition) employé dans la définition de la passation d'un marché signifie normalement en langue espagnole obtention par achat et non, par exemple, par location. C'est pourquoi nous proposons de remplacer ce terme par le terme "*obtención*" (obtention).

Nous ne voyons pas pourquoi les "services" doivent être limités aux services "connexes à la fourniture des biens ou aux travaux". Il semble préférable d'avoir une définition plus large, incluant tous les services sans restriction, ainsi que toute autre prestation destinée à satisfaire des besoins de caractère général.

Enfin, il convient d'indiquer que la restriction en question limite la portée de la règle envisagée à certains contrats

administratifs — essentiellement les contrats de travaux publics et de location d'objets et de travaux — en excluant d'autres tels que la concession de services publics et la location de services.

Compte tenu de ce qui précède, nous proposons de modifier la définition pour qu'elle se lise comme suit : les mots "passation d'un marché désignent l'obtention par un moyen légal quelconque, y compris l'achat, la concession, la location, le crédit-bail ou la location-vente, de biens, de travaux, et de services visant à promouvoir des intérêts collectifs ou à satisfaire des besoins de la collectivité".

b) Entité adjudicatrice. En espagnol, les termes "*Entidad adjudicadora*" désignent des entités décentralisées ayant la personnalité juridique. Il serait préférable de les remplacer par l'expression plus large "*órgano adjudicador*", en employant le mot "organe" dans son acception juridique d'"ensemble de compétences". Pour dissiper tout doute, on pourrait également inclure dans les définitions le terme "organe adjudicateur". Nous proposons la définition suivante : "organe habilité à conclure des marchés publics".

c) Biens. Nous ne jugeons pas souhaitable de limiter ce terme aux objets matériels dans la mesure où les biens immatériels peuvent aussi faire l'objet de marchés publics. Le marché peut aussi avoir pour objet l'obtention de types d'énergie autres que l'électricité, qui est la seule envisagée dans la définition. C'est pourquoi nous proposons de modifier cette définition comme suit : "le mot 'biens' désigne tout objet matériel (y compris l'énergie) ou immatériel auquel peut être attribuée une valeur pécuniaire".

d) Travaux. La définition donnée dans le projet semble limiter la signification du concept aux travaux de construction, bien qu'il existe de nombreuses autres activités pouvant constituer matière à contrats de travaux publics, de concession de travaux publics ou de location de travaux. Nous proposons une définition plus large : "le mot 'travaux' désigne les activités ayant un objet certain et déterminé, dont l'exécution a été stipulée dans un marché".

e) Fournisseur ou entrepreneur. La définition porte exclusivement sur une des étapes des marchés publics, la ("*adjudicación*"). Il serait préférable de définir le fournisseur ou l'entrepreneur comme "la personne physique ou morale qui, conformément à la réglementation en vigueur, intervient dans un processus de sélection pour la passation d'un marché public ou conclut un marché public avec l'organe adjudicateur".

f) Marché (*Contrato adjudicado*). Là encore, il convient de noter que le processus porte sur la sélection du contractant et non sur l'octroi d'un marché (*adjudicación*), qui n'est qu'une des étapes du processus.

g) Garantie de soumission. Dans cette partie comme dans d'autres parties du projet, on emploie le terme "*licitación*" ("appel d'offres") comme synonyme du mot "*oferta*" ("offre"). Il serait préférable de remplacer "*licitación*" par "*oferta*", compte tenu notamment du fait que le mot "*licitación*" désigne l'une des procédures existantes de sélection du cocontractant avec l'Etat.

Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

On pourrait ajouter à l'alinéa c relatif aux incompatibilités le texte suivant : "Ne sont pas et n'ont pas été non

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17 (A/47/17)*, par. 153.

plus dans le cas de personnes morales, que leurs représentants légaux, leurs préposés ou les actionnaires possédant plus de 5 % du capital, dans les deux années précédant l'ouverture de la procédure de sélection correspondant à la passation d'un marché, des agents de l'Etat, que ce soit de l'Etat d'origine du fournisseur ou de l'entrepreneur, ou de l'Etat où le marché est exécuté.

Chapitre II

Nous proposons de remplacer l'expression "*Metodos de adjudicación*" (Méthodes de passation des marchés) par "*Procedimientos de selección*" (Procédures de sélection), car l'*adjudicación* constitue l'acte qui conclut le processus de sélection du cocontractant avec l'Etat, et non la procédure elle-même.

Il serait souhaitable d'envisager les marchés passés avec l'intervention d'organismes d'achat. Il s'agit, comme on le sait, d'entreprises privées internationales que l'on charge de passer les marchés nécessaires en exigeant des prix internationaux, une qualité standard, etc. Ces entreprises sont rétribuées au pourcentage et ce système est très utilisé dans les procédures modernes de passation de marchés internationaux.

Article 14. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes

Au sous-alinéa 1 a ii il serait utile de remplacer les mots "nature technique des biens ou des travaux" par les mots "nature scientifique, technique ou artistique des biens ou des travaux" étant entendu que l'on peut également, pour ces cas, appliquer la procédure de sollicitation d'une source unique, envisagée à l'article 16.

Article 20. Communication du dossier de sollicitation

Nous proposons de supprimer la dernière partie de cette disposition. "Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de soumission ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs et aux entrepreneurs". Il convient de signaler à cet égard que dans la pratique, en Argentine, le prix du dossier de sollicitation a aussi joué le rôle, dans les marchés d'importance économique, d'élément permettant d'assurer la participation à la procédure d'appel d'offres de futurs soumissionnaires manifestant un véritable intérêt pour ces marchés.

Article 27. Garanties de soumission

Pour les raisons exposées à propos de l'article 2 g, nous proposons de remplacer les mots "*garantías de licitación*" ("garanties de soumission") par les mots "*garantías de oferta*" (garanties d'offre).

Article 32. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

Malgré les arguments du Groupe de travail, nous pensons qu'il est préférable de remplacer les membres de phrase "Entre le moment où ... est expédié" et "a été expédié" à l'alinéa b du paragraphe 2 et au paragraphe 4 respectivement par les mots "Entre le moment où ... est reçu" et "quand ... est reçu", pour ce qui est de l'avis mentionné au paragraphe 1.

Articles 16 et 37. Sollicitation d'une source unique

Il serait souhaitable d'exiger (comme à l'article 8 concernant l'exclusion de soumissionnaires étrangers) que l'autorité compétente décide expressément par un acte écrit que le marché doit être effectué de cette manière. Cet acte devrait indiquer des motifs pertinents et suffisants pour dûment démontrer que dans ce cas particulier les conditions énoncées aux paragraphes a à g de l'article 16 du projet s'appliquent. C'est là la seule façon de prévenir un recours répété et abusif à cette forme de marché, qui aurait pour conséquence de porter atteinte à l'objectif du projet de Loi type qui est de garantir la concurrence, la publicité et la transparence dans les procédures de sélection.

Chapitre V. Recours

De manière générale, nous estimons qu'il vaudrait mieux que cette question soit traitée dans le cadre du droit interne de chaque pays d'autant plus que, comme il est mentionné dans la note de bas de page concernant ce chapitre, pourraient surgir des problèmes d'ordre constitutionnel.

Sans remettre en cause ce qui a été dit, il serait important d'interdire que les dossiers de sollicitation concernant des marchés internationaux contiennent des clauses — délais de contestation beaucoup trop courts et cautionnement élevé — qui limitent le droit de recours des soumissionnaires. En tout état de cause, si le dossier de sollicitation contient un système de recours différent de celui qui s'applique généralement dans le pays concerné, le système énoncé dans ledit dossier devrait être moins sévère que le système général. On pourrait ainsi dûment respecter le droit de recours des soumissionnaires et indirectement, par les arguments et les raisons que ces derniers peuvent avancer, permettre à l'Etat de tirer un meilleur parti du marché, du fait de la sélection de l'offre la plus appropriée.

En ce qui concerne la forme proposée, nous formulons les commentaires suivants :

Article 39. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)

Malgré les avis formulés par le Groupe de travail, nous pensons qu'un délai de dix jours pour la présentation d'une réclamation est suffisant. Il convient de souligner que, même lorsque les soumissionnaires sont étrangers, ils devront logiquement établir leur domicile dans le pays et y avoir une représentation juridique. Le délai de vingt jours semble quelque peu excessif, compte tenu de la nécessité d'éviter les incertitudes aux différents stades de l'appel d'offres.

Article 42. Suspension de la procédure de passation du marché

Nous partageons l'opinion selon laquelle la présentation d'une réclamation doit automatiquement entraîner la suspension de la procédure. A notre avis :

Il ne devrait pas y avoir de limite à la période pendant laquelle l'appel d'offres ou le marché peuvent être suspendus (sept jours prorogables jusqu'à trente). On devrait, soit ne rien mentionner à ce propos, et la durée de suspension dépendrait alors de l'autorité compétente, soit indiquer expressément que la suspension doit durer jusqu'à aboutissement de la réclamation présentée par le soumissionnaire.

En ce qui concerne le paragraphe 4 de cet article, on pourrait ajouter que, dans ces circonstances, l'Administration devrait prévoir une caution suffisante pour les dommages que pourrait subir le soumissionnaire non retenu, si l'on détermine par la suite que ses arguments étaient valides.

Il convient d'indiquer enfin que le projet ne réglemente que le stade de la passation d'un marché (*adjudicación*), sans faire aucune référence à l'exécution.

Il serait souhaitable d'inclure au moins quelques directives essentielles concernant le stade de l'exécution du marché dans la mesure où peuvent exister également à ce stade, bien que dans une moindre mesure, des situations incompatibles avec la transparence qui devrait prévaloir dans toutes les opérations de passation de marchés.

Australie

[Original : anglais]

Afin d'arrêter notre position sur le projet de Loi type, nous avons sollicité les avis, non seulement des organismes compétents du Commonwealth mais également des administrations des Etats et des territoires.

Observations générales

Il convient tout d'abord de préciser que la plus grande partie du projet de Loi type est compatible avec la pratique australienne en matière de passation de marchés et ferait même, à certains égards, double emploi avec la législation existante, notamment avec les textes relatifs au recours contre des décisions administratives. Nous avons cependant quelques inquiétudes concernant certains aspects de cette Loi type, qui reposent dans la plupart des cas sur la question de savoir si une telle Loi est vraiment nécessaire en Australie. Notre opinion en la matière n'est pas encore arrêtée, mais nous n'en restons pas moins attachés aux principes et objectifs de l'harmonisation du droit commercial en général.

Sous la coordination du Commonwealth Department of Administrative Services (DAS), on procède depuis 1988, date à laquelle le gouvernement fédéral a approuvé un programme de réforme des marchés publics, à une réduction du nombre de règles centrales détaillées sur la passation de marchés dans le Commonwealth figurant dans la réglementation financière du *Commonwealth Audit Act* de 1901. Les arrangements adoptés par le Commonwealth en matière de passation de marchés ont été conçus de façon à assurer rationalité et efficacité, tout en laissant les décisions concernant les procédures d'achat, notamment les méthodes de passation de marchés, aux organismes et aux cadres chargés de cette tâche.

Compte tenu de ce qui précède, le caractère "normatif" du projet de Loi type sur la passation des marchés nous cause quelques inquiétudes. Etant donné la souplesse actuelle que permettent nos arrangements en la matière, le projet de Loi type aurait, s'il est adopté, des incidences importantes sur nos procédures de passation des marchés. Nous ne sommes pas convaincus que ces incidences seraient compensées par l'harmonisation internationale que vise cet instrument. Celui-ci ne paraît pas envisager la passation de marchés par "des arrangements contractuels

types". Il semble, a-t-on également fait observer, accorder une importance démesurée à l'appel d'offres aboutissant à l'acceptation d'une offre par une entité adjudicatrice particulière. Il existe divers tests et critères permettant de choisir la méthode de passation de marchés qui convient en fonction des besoins. Un arrangement type pour les offres (ou méthode du contrat type) peut être un moyen rationnel, efficace et économique d'acheter des biens et des services courants.

Nous estimons qu'un cadre général pour la passation des marchés publics, qu'il prenne la forme d'un texte législatif ou d'arrangements administratifs, devrait poser clairement et sans ambiguïté que l'objectif premier des achats de l'Etat est d'appuyer les programmes publics en obtenant le meilleur rapport qualité/prix possible lors de l'acquisition des intrants d'un programme. Il faudrait en outre reconnaître la nécessité d'intégrer la gestion des arrangements en matière d'achats à d'autres activités pour atteindre l'objectif logistique qu'est la fourniture de biens en temps voulu, là où ils sont nécessaires.

Le caractère normatif du projet de Loi type a été mentionné par plusieurs de ceux que nous avons consultés. Ils se sont inquiétés en particulier du fait que l'on pourrait voir dans les chapitres II à IV une approche incompatible avec les réformes récemment adoptées par le Commonwealth qui ont permis une délégation des pouvoirs pour la passation des marchés, en vue d'accroître la souplesse.

Le chapitre V, qui traite des droits et des obligations, porte, quant au fond, sur des questions de procédure. On peut estimer que la prise en considération, dans la Loi type, de telles questions réduit sensiblement les possibilités de libre décision, qui sont souvent jugées nécessaires dans la passation de marchés.

Le projet de Loi type insiste beaucoup sur l'acceptation de l'offre la plus basse, ce qui, peut-on estimer, diminue la valeur de la notion de rapport qualité/prix. L'obligation d'ouvrir les offres en présence des adjudicataires et d'annoncer les prix illustre bien cette démarche. Il est reconnu à l'alinéa 4 c de l'article 29 que, pour déterminer l'offre la plus basse, on tiendra compte de facteurs autres que le prix mais cet alinéa est peut-être trop normatif en ce qui concerne les éléments qu'une entité adjudicatrice peut envisager.

Nous notons par ailleurs que l'interdiction proposée dans le projet de Loi type, de toute négociation après la soumission d'une offre, serait incompatible avec la pratique établie en Australie.

L'un de nos correspondants estime que le projet de Loi type est une illustration des doctrines, principes et pratiques qui avaient cours dans les années 60 pour les marchés publics et qui étaient axés davantage sur la procédure que sur les résultats à obtenir. Des études menées pendant les années 80 ont montré que les fonctionnaires chargés des achats suivaient la procédure à la lettre plutôt que d'essayer d'atteindre les objectifs suivants :

Meilleur rapport qualité/prix

Concurrence ouverte et efficace

Haut degré de responsabilité financière à l'égard du public.

Les textes législatifs récents concernant les marchés publics sont donc moins normatifs. Ainsi, il peut ne pas y avoir obligation de lancer un appel d'offres pour l'achat

d'un bien, *quel qu'il soit*. Il peut être demandé par contre de planifier les achats importants et de déterminer la stratégie la plus rationnelle de passation d'un marché.

En vertu du projet de Loi type, des aspects du processus de passation de marché, qui ne pouvaient auparavant être contestés, pourraient donner lieu à un recours judiciaire, sauf disposition expresse prévoyant l'exclusion de ce type de recours. L'article 43 du projet, lorsqu'il est associé à l'article 38, tente bien de limiter quelque peu le recours judiciaire, mais il pourrait être nécessaire d'aller plus loin. Il faudrait examiner de plus près la situation avant d'entamer la procédure de recours judiciaire, dans la mesure où ce recours réduit considérablement le contrôle des parties contractantes sur le règlement des différends, question que certains peuvent considérer comme étant traitée de façon appropriée dans les contrats individuels.

Toute loi régissant la passation de marchés devrait prévoir une procédure suffisamment souple tout en assurant un contrôle de l'utilisation des fonds. Nous ne sommes pas sûrs que l'on soit parvenu, au stade actuel, à concilier dans le projet de Loi type ces objectifs concurrents.

Observations spécifiques sur certains articles du projet de Loi type sur la passation des marchés

Préambule

Paragraphe a

L'économie et l'efficacité peuvent, dans certains cas, être compromises lorsque les fournisseurs et les entrepreneurs utilisent largement les mécanismes de recours et d'appel prévus au chapitre V du projet de Loi type.

Paragraphe d

La notion de traitement équitable, envisagée au paragraphe *d* est admirable. Elle pourrait cependant amener à placer la barre plus bas qu'il n'est souhaitable si, pour éviter une discrimination sur la base de la nationalité, on n'autorise pas l'entité adjudicatrice à prendre en considération dans l'évaluation d'offres en concurrence le fait qu'une entreprise de tel ou tel pays applique des normes moins rigoureuses en matière d'environnement. En ce qui concerne les façons de fixer des normes, se reporter également aux observations relatives à l'alinéa *2 d* de l'article 6.

Article 1^{er}. Champ d'application

Cet article nous paraît acceptable; il permet à l'Etat adoptant la Loi type de préciser les limites applicables pour divers types de marchés. L'alinéa *2 c* permet de le faire par la réglementation des marchés.

La réglementation pourrait permettre l'exclusion des marchés portant sur des biens nécessaires dans des situations d'urgence touchant la santé et la sécurité publiques. Cependant, il conviendrait peut-être d'envisager ce type de marchés dans le corps du projet de Loi type.

Le projet de Loi type semble contenir une exemption générale pour "la passation de marchés *intéressant* la sécurité nationale ou la défense nationale" à l'alinéa *2 a* de l'article premier. La signification de cette exemption et les différentes façons de l'interpréter sont sujets à conjectures, notamment dans la mesure où, selon l'alinéa *4 c iv* de l'article 29, il peut être tenu compte de considérations liées

à la défense et à la sécurité nationales dans un marché entrant dans le cadre du projet de Loi type.

Article 2. Définitions

"Passation d'un marché"

En vertu du projet de Loi type, les procédures de passation de marchés s'appliquent tant aux biens qu'aux travaux. Or, les stratégies actuelles d'achat mettent les biens et les travaux dans deux catégories assez différentes. Une des différences fondamentales est le fait que les biens sont en général fabriqués à partir des plans du fabricant, alors que les travaux sont en général effectués à partir des plans du client.

Il conviendrait peut-être d'élargir cette définition afin d'y inclure les "services". Dans quelques domaines, tels que les techniques informatiques, il est souvent difficile de faire une distinction entre biens et services. Les contrats de service constituent un élément très important des marchés publics. En élargissant ainsi la définition, on réglerait également le problème que pose l'interprétation du mot "connexes" à l'alinéa *a* de l'article 2.

"Entité adjudicatrice"

Les paragraphes 25 et 26 du document A/CN.9/343 stipulent ce qui suit :

"25. Selon une opinion, le sous-alinéa *a i* devrait viser non seulement les organes de gouvernement de l'Etat qui appliqueraient la Loi type, mais aussi les organes de gouvernement des subdivisions de l'Etat (tels que les organes de gouvernement des différentes unités constituant une fédération ou des collectivités locales). Il a été noté à ce propos que, dans certains systèmes fédéraux, le gouvernement fédéral ne pouvait légiférer en matière de passation de marchés ni pour les unités constitutives de la fédération, ni pour les collectivités locales. *Par contre, les différentes unités constitutives de la fédération pouvaient adopter elles-mêmes la Loi type.* [souligné par l'auteur]

26. Le Groupe de travail a envisagé différentes manières d'inclure au sous-alinéa *a i* les organes de gouvernement de tous niveaux et de tenir compte des besoins des Etats fédéraux qui ne pouvaient légiférer pour les organes de gouvernement de leurs subdivisions, mais aucune solution satisfaisante n'a été trouvée. Finalement, les membres du Groupe de travail sont convenus de proposer deux variantes du sous-alinéa. La première engloberait tous les organes de gouvernement, y compris ceux des subdivisions des Etats fédéraux. Elle serait adoptée par les Etats non fédéraux et par les Etats fédéraux qui pouvaient légiférer pour leurs subdivisions. La seconde ne viserait que les organes du gouvernement central; elle serait adoptée par les Etats fédéraux ne pouvant légiférer pour leurs subdivisions."

En ce qui concerne l'alinéa *b i* de l'article 2 : si l'on prend comme hypothèse que l'option I de cet alinéa vise à couvrir tous les organes de gouvernement, y compris les organes de gouvernement de subdivisions d'une fédération, la définition paraît appropriée.

L'option II peut, en l'état actuel, présenter une difficulté si ce qui est désigné est le "gouvernement" national, car les gouvernements au sein de la fédération constituent des

subdivisions de l'Etat, par exemple de l'Australie, mais non du "gouvernement" australien. Les options devraient peut-être être formulées comme suit "tout département, organisme, organe ou autre service d... (nom de l'Etat) ou toute subdivision d... (nom de l'Etat) qui passe des marchés, sauf...".

En ce qui concerne l'alinéa *b* ii de l'article 2, les pouvoirs publics ont de plus en plus tendance à acheter par l'intermédiaire de courtiers ou de sous-traiter leurs opérations d'achat. Ces deux options sortent virtuellement du champ d'application du projet de Loi type. L'alinéa *b* ii de l'article 2 permet d'inclure des entités spécifiques, mais les agents auxquels il peut être fait appel n'étant pas connus à l'avance, il conviendrait peut-être de préciser que la passation de marchés par une entité adjudicatrice comprend la passation de marchés par l'intermédiaire de courtiers ou de tiers.

Autres définitions

Il faudrait peut-être envisager de définir les mots "offre", "quotation" (traduit par "prix" dans la version française) et "négociation". On utilise dans le corps du texte à la fois les mots "offre" et "prix" ("quotation"). Dans l'usage courant, les deux constituent des offres, la différence résidant dans les procédures employées et le seuil monétaire imposé.

Article 5. Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés

Il faut se féliciter de cet article. Le Commonwealth d'Australie a un système moderne et complet de recours administratif contre des décisions de l'administration, de libre accès à l'information publique et de contrôle judiciaire de la légalité des décisions administratives.

Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

Aucune observation à ce stade. L'alinéa 2 *c* semble cependant limiter potentiellement le sens des termes "ressources financières" à l'alinéa 2 *a*.

L'expression "fausses ou inexactes" au paragraphe 6 devrait être modifiée pour ne conserver que le terme "inexactes". On pourrait sinon se demander si l'un des mots ajoute quelque chose à l'autre.

On peut arguer que le paragraphe 3 est trop restrictif et qu'il devrait être élargi pour donner aux entités adjudicatrices le droit d'obtenir des assurances des soumissionnaires si des doutes surgissent après la fermeture des offres.

Nous rappelons ici nos observations concernant le paragraphe *d* du préambule et ajoutons que, dans la mesure où l'alinéa 2 *d* de l'article 6 traite des obligations en matière de cotisations sociales, il serait également possible d'inclure des dispositions visant à fixer certains critères ou normes internationaux sur l'hygiène et la sécurité sur le lieu de travail et les accords salariaux et conditions d'emploi.

Article 7. Procédures de présélection

En ce qui concerne le paragraphe 7, il serait utile de donner aux soumissionnaires non retenus le motif du rejet de leur offre. En leur expliquant les raisons pour lesquelles ils n'ont pas satisfait aux critères d'évaluation, on pourrait inciter les soumissionnaires prospectifs à présenter à l'avenir de meilleures propositions. Nous reconnaissons certes que la disposition envisage de telles raisons, mais il

y est dit que les entités adjudicatrices ne sont pas tenues d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons, qui les ont amenées à conclure qu'il y avait motif à rejet au stade de la présélection, ce qui diffère de la pratique en Australie.

Article 9. Forme des communications

Il semble qu'on ait tenté, dans cet article, de traiter la question des échanges de données informatisées. On n'y évoque pas, cependant, l'obligation énoncée au paragraphe 5 de l'article 25, de soumettre les offres dans une enveloppe scellée et éventuellement même de les soumettre par écrit. Cet article ne prévoit pas non plus l'authentification de données informatisées ni la signature au titre de l'article 32.

De l'avis de l'un de nos correspondants, il faudrait peut-être envisager de rédiger l'article 9 de manière à ce qu'il soit entendu que fournisseurs et entrepreneurs ne peuvent pas communiquer verbalement sans restrictions. Une telle pratique pourrait être inappropriée si l'on y recourt de manière abusive.

Article 12. Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs

Si l'on inclut les "services" dans le projet de Loi type, il faudrait modifier le mot "emploi" pour couvrir la "sous-traitance" par des entités.

Article 15. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

Le paragraphe 1 de l'article 15 montre la nécessité de donner une définition claire du mot "prix" ("quotation") à l'article 2.

Article 17. Appel d'offres national

Nous notons que la liberté d'appréciation au paragraphe *b* de l'article 17 n'est pas exclue des procédures de recours prévues au chapitre V. L'article 17 reconnaît la nécessité de procédures efficaces pour les petits contrats. Nous notons que le recours, au chapitre V, est exclu pour les décisions prises au titre de l'article 18, en reconnaissance peut-être de l'obligation d'efficacité.

Article 20. Communication du dossier de sollicitation

Le membre de phrase "le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs et aux entrepreneurs" n'est peut-être pas d'une portée assez large pour couvrir les coûts effectifs. On pourrait couvrir davantage par les termes "le coût de reproduction du dossier et de sa distribution". Cependant, le groupe de travail a peut-être décidé d'utiliser le montant le plus faible.

Telle qu'actuellement libellée, la disposition peut vouloir dire que la décision de l'entité adjudicatrice de demander un prix pour le dossier est discrétionnaire en raison de la présence du mot "peut". Mais une fois cette décision prise, le prix demandé "ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs et aux entrepreneurs"; en d'autres termes, l'entité adjudicatrice n'est pas libre de demander un prix inférieur à celui que définit cette formule.

Compte tenu des deux observations précédentes, il conviendrait peut-être de changer le libellé de la disposition

afin de permettre à une entité adjudicatrice de demander pour le dossier de sollicitation un prix qui "ne dépasse pas le coût de sa reproduction et de sa distribution".

Nous notons que rien n'est dit sur la possibilité pour l'entité adjudicatrice de faire payer des prix différents à différents soumissionnaires.

Article 21. Teneur du dossier de sollicitation

On trouve dans la première phrase de l'article 21 les mots "comporte, au minimum" alors qu'au paragraphe 1 de l'article 19 on trouve les mots "doit contenir au moins". Il faudrait aligner les deux formules.

Le paragraphe *q* de l'article 21 devrait faire ressortir clairement que ces procédures ne sont nécessaires que lorsqu'une ouverture publique des offres est exigée.

Article 22. Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation

On nous a fait observer que l'on préférerait aujourd'hui indiquer la fonction à remplir ou la tâche à accomplir plutôt que des données techniques. Lorsque le dossier de sollicitation ne spécifie pas la fonction à remplir ou la tâche à accomplir, c'est au fournisseur qu'il incombe de fournir des biens qui remplissent cette fonction ou permettent d'effectuer cette tâche. On pourrait peut-être tenir compte de ce point en remplaçant la première phrase du paragraphe 2 de l'article 22 par le libellé suivant : "Dans la mesure du possible, toutes spécifications, plans, dessins, modèles et conditions sont fondés sur les caractéristiques techniques et fonctionnelles et normes de qualité objectives et pertinentes des biens ou des travaux requis." Une modification analogue pourrait être apportée à l'alinéa 3 *a*.

Article 25. Soumission des offres

Le paragraphe 1 de l'article 25 devrait aussi préciser un lieu pour la soumission des offres.

Le paragraphe 5, qui énonce qu'une offre doit être soumise dans une enveloppe scellée, semble dépassé par rapport à la pratique actuelle qui consiste pour l'entité adjudicatrice à recevoir des offres par télécopie ou par échange de données informatisées.

Le paragraphe 6 insiste sur le fait que les offres soumises en retard ne sont pas ouvertes et sont renvoyées au fournisseur. Lorsqu'il est prouvé qu'une offre arrive en retard en raison d'une erreur de l'entité adjudicatrice ou d'un service postal ou de télécommunications agréés, des procédures pourraient prévoir l'acceptation d'une offre dans des circonstances particulières.

L'enveloppe peut ne pas comporter suffisamment d'informations pour pouvoir être renvoyée au soumissionnaire sans être ouverte. La pratique est d'ouvrir l'offre parvenue en retard, d'informer le soumissionnaire de ce retard et de lui demander les raisons pour lesquelles elle devrait être examinée. Ces raisons, ainsi que la teneur de l'offre peuvent conduire à rejeter toutes les offres et à faire un nouvel appel. Une telle disposition impliquerait nécessairement des décisions discrétionnaires permettant de demander des réparations au titre des dispositions relatives au recours du chapitre V.

Article 28. Ouverture des offres

Le moment de l'ouverture des offres mentionné au paragraphe 1 de l'article 28 devrait peut-être être le moment le plus proche possible, sur le plan pratique de la date limite de soumission des offres.

En ce qui concerne les paragraphes 2 et 3, la pratique envisagée dans ces paragraphes met l'accent sur le prix comme principal facteur de l'octroi d'un contrat, et l'on pourrait donc considérer qu'elle induit les fournisseurs en erreur. Dans la pratique actuelle, on essaie d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix possible et le prix ne constitue que l'un des facteurs pris en considération. Il est souvent arrivé que le prix le plus bas ait abouti aux résultats les plus coûteux. La procédure qui consiste à annoncer le prix soumissionné semble assez simpliste compte tenu de ce qui précède ainsi que de la taille et de la variété des projets que le projet de Loi type pourrait couvrir. Il pourrait donc être souhaitable d'introduire dans cette disposition un élément de libre appréciation par lequel l'entité adjudicatrice pourrait choisir, le cas échéant, un facteur autre que le prix, qui serait annoncé au moment de l'ouverture des offres. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire pourrait donner lieu à recours au titre du chapitre V.

L'ouverture des offres en présence des soumissionnaires n'est pas la pratique courante en Australie. L'ouverture "publique" des offres met trop l'accent sur le prix le plus bas, notamment si l'offre ne répond pas aux conditions précises posées et est en contradiction avec la politique de prise en compte de tous les facteurs pour la détermination du "meilleur rapport qualité-prix". Cette notion de "rapport qualité-prix" concorde avec les dispositions de l'article 29. L'ouverture publique des offres pourrait aussi aller à l'encontre du principe du secret des affaires.

En outre, la divulgation à l'article 28 est incompatible avec les dispositions de l'article 11. A l'article 11 en effet la divulgation intervient après l'acceptation d'une offre lorsque des précisions sont fournies aux soumissionnaires, mais en sont exclus le prix et d'autres informations si ces dernières sont jugées comme n'étant pas dans l'intérêt général ou pouvant entraver le libre jeu de la concurrence.

Article 29. Examen, évaluation et comparaison des offres

Comme il a déjà été indiqué, le prix peut n'être qu'un des facteurs pris en considération dans l'évaluation des offres et des options d'achat. Le State Supply Board d'un des Etats de la fédération exige par exemple que le coût de chacun des éléments soit calculé sur la durée prévue de leur vie utile, en prenant en considération, outre les facteurs énumérés au sous-alinéa 4 *c* ii de l'article 29, les facteurs suivants :

- Capacité de production
- Valeur résiduelle du matériel
- Durée de vie du matériel
- Taux d'emprunt (à savoir taux d'escompte).

La technique utilisée ici est appelée calcul des coûts sur toute la durée du cycle de vie. Elle permet d'exprimer chaque option sur la même base en vue d'une comparaison rationnelle, soit la valeur actuelle nette (VAN) ou la valeur annuelle équivalente.

D'autres facteurs pris en considération sont notamment les suivants :

Assurance de la qualité fournie par le soumissionnaire
Facteurs liés à l'environnement
Emploi d'une main-d'œuvre syndiquée (contrats de travaux).

L'alinéa 1 *b* de l'article 29 impose à l'entité adjudicatrice une vaste obligation, ceci du fait que les mots "erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre" se prêtent à une large interprétation qui pourrait rendre l'obligation de l'entité adjudicatrice envisagée à cet alinéa extrêmement difficile à remplir, notamment dans les cas d'offres portant sur des travaux importants. Il ne fait guère de doute que cette obligation serait de celles dont un fournisseur ou un entrepreneur déclarant avoir subi une perte pourrait se prévaloir pour introduire un recours au titre de l'article 38, tel que libellé actuellement. On pourrait supposer, d'après l'alinéa 4 *b* de l'article 39, que le responsable de l'entité adjudicatrice a le pouvoir d'énoncer les mesures correctives à prendre, y compris, peut-on penser, le pouvoir d'accorder ou de proposer des dommages-intérêts. Le requérant a d'autres droits au titre de l'article 40. En effet, il est possible, en vertu de l'alinéa 3 *f* de cet article, de demander le versement d'un dédommagement pour perte. Ces réparations peuvent être disproportionnées étant donné la nature du manquement qui en est à l'origine. Elles pourraient donc être jugées inéquitables du fait que c'est le requérant qui a, en premier lieu, fait l'erreur arithmétique. Pour remédier à ce problème, il conviendrait de changer dans la première phrase de l'alinéa 1 *b* de l'article 29 le mot "corrige" par les mots "peut corriger". Il faudrait aussi envisager d'inclure cet alinéa modifié dans la disposition d'exception du paragraphe 2 de l'article 38.

Article 30. *Rejet de toutes les offres*

L'expression "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs" dégage-t-elle l'entité adjudicatrice des obligations en matière de recours au titre du chapitre V ? Si tel est le cas, il faudrait peut-être que l'article 30 soit cité au paragraphe 2 de l'article 38. Les droits de recours devraient être exclus de toutes décisions prises au titre de l'article 30 pour des raisons d'équité et de proportionnalité, ce qui semble être implicitement reconnu, tout au moins en ce qui concerne la responsabilité, au paragraphe 2 de l'article 30 qui exclut toute responsabilité de l'entité adjudicatrice envers les fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis des offres.

Article 31. *Négociations avec les fournisseurs et entrepreneurs*

Un de nos Etats a indiqué que les négociations entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur sont une pratique courante, qui peut de surcroît être nécessaire dans de nombreux cas pour le développement économique, l'investissement national et l'emploi. Dans cet Etat, des négociations sont autorisées, dans des limites très strictes, après la soumission de l'offre.

Article 32. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché*

S'agissant des paragraphes 1 à 3 de l'article 32, on peut se demander si l'avis d'acceptation d'une offre doit être donné avant obtention de toutes les approbations.

Article 36. *Procédure de sollicitation de prix*

Il a été déclaré que l'emploi des termes "un seul prix" portait à confusion et que l'on pourrait en déduire que d'autres propositions concernant des marques et autres éléments n'étaient pas permises.

Recours

Nous pensons que nous aurons, à la session annuelle, certaines observations à faire sur la question du recours, y compris la possibilité pour une partie lésée d'arrêter effectivement un projet pendant l'introduction du recours. Nous examinons encore la question mais, selon une observation formulée, la portée des dispositions relatives au recours et à l'appel est telle que ces dispositions pourraient être utilisées de façon irréflective ou tracassière afin d'entraver ou de retarder des projets de travaux publics.

Article 38. *Droit de recours*

La notion de "violation d'une obligation" pourrait avoir des effets importants sur la responsabilité de l'entité adjudicatrice, compte tenu des divers motifs de recours possibles. On pourrait atténuer ce risque en faisant mention de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans la prise de décisions.

Le paragraphe 2 de l'article 38 devrait être modifié de façon à y inclure les observations formulées en ce qui concerne certains articles.

Nous ne sommes pas sûrs de la façon dont fonctionnera cet article en raison, pour une grande part, des incertitudes concernant ce qu'il faut entendre par violation d'une obligation. Ainsi, peut-on introduire un recours contre le jugement porté par l'entité adjudicatrice au titre de l'alinéa 9 *d* de l'article 34 ? Il ne pourrait probablement y avoir recours que si l'entité adjudicatrice ne jugeait *pas* le fournisseur non fiable ou incompetent mais refusait néanmoins d'évaluer ses propositions. De même, nous ne savons pas exactement dans quelle mesure les décisions au titre du paragraphe 3 de l'article 36 et de certaines autres dispositions peuvent donner lieu à recours.

Article 40. *Recours administratif*

Nous avons des doutes quant à l'ampleur du dédommagement permis au titre de l'option II de l'alinéa 3 *f* de l'article 40, car le lien nécessaire entre la perte et la passation d'un marché n'apparaît pas immédiatement.

Bolivie

[Original : espagnol]

Le projet de Loi type sur la passation des marchés contient des éléments nouveaux et précieux par rapport à la réglementation en vigueur en Bolivie. En conséquence, les dispositions figurant dans ce projet peuvent, après examen comparatif avec la réglementation bolivienne, être utilement prises en considération lors de l'adoption de nouvelles dispositions législatives sur la passation des marchés.

Nous considérons toutefois que le projet de Loi type comporte une restriction fondamentale en ce qu'il devra être soumis aux organes législatifs pour approbation. Or, les organes législatifs des pays membres ont tous pouvoirs

d'analyser, et éventuellement de modifier, le projet de Loi type aux différentes étapes du processus législatif qui, dans le cas de la Bolivie, sont prévues par la Constitution du pays.

Pour cette raison, le projet actuellement élaboré par la CNUDCI n'aura aucun caractère obligatoire et aura donc davantage valeur de référence pour l'adoption éventuelle de dispositions législatives sur le sujet. L'examen d'une convention ou d'un accord multilatéral sur la passation des marchés aura sans doute des limites dans la mesure où ce serait le seul type de texte que le corps législatif approuverait sans avoir à le modifier.

Compte tenu de ce qui précède, le Gouvernement bolivien estime qu'il faudrait tenir compte, lors de l'examen du projet de Loi type, des suggestions suivantes :

1. Il conviendrait de fixer un montant à partir duquel les pays devraient se conformer aux dispositions du projet de Loi type. Il faudrait donc inclure à l'alinéa 2 *b* de l'article premier le texte suivant : "La passation de marchés portant sur des montants auxquels s'appliquent les procédures concernant les acquisitions mineures, conformément à la réglementation interne de chaque pays".

2. S'agissant de l'alinéa 4 *d* de l'article 29, il faudrait apporter une précision concernant l'existence d'une réglementation autorisant une marge de préférence en faveur des soumissionnaires nationaux. Dans le cas de la Bolivie, la marge accordée est de 10 % sur le total des points comptant pour la sélection. Il conviendrait donc de modifier le texte du premier alinéa pour qu'il se lise comme suit : "Si la réglementation interne des marchés le permet, l'entité adjudicatrice ...".

3. En ce qui concerne le chapitre IV intitulé "Passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres", il convient d'indiquer qu'en vertu de la législation bolivienne la seule procédure autorisée pour les acquisitions et les contrats de service à caractère international est la passation de marchés. Cette dernière s'effectue par le biais d'organismes spécialisés avec lesquels l'Etat passe un contrat par l'intermédiaire du Ministère des finances. Ces organismes jouent le rôle de mandataires des entités publiques pour la passation des marchés. Par ailleurs, l'article 209 du décret suprême 21660 énonce six cas faisant exception à cette règle. En conséquence, les dispositions prévues au chapitre IV du projet de Loi type n'allant pas à l'encontre de la législation bolivienne peuvent être adoptées.

Colombie

[Original : espagnol]

En Colombie, les textes législatifs en vigueur sur la passation des marchés tout comme les règles que l'on entend consacrer dans un nouveau projet de Loi actuellement à l'examen établissent des principes spéciaux qui diffèrent considérablement, dans leur essence, de ceux du projet de Loi type que nous devons examiner, encore que ces différences se trouvent sensiblement réduites dans le nouveau projet sur les marchés publics.

Il suffit en effet de rappeler que notre législation prévoit un traitement préférentiel pour les offres d'origine nationales grâce à des principes tels que celui du dégroupage technologique et celui qui consiste, toutes

choses égales par ailleurs, à accorder la préférence à l'offre d'un soumissionnaire national.

Cela dit, certaines de ces restrictions ont été éliminées dans le projet dont est actuellement saisi le Congrès, mais on a gardé, comme principe minimum, l'octroi de la préférence aux soumissionnaires nationaux lorsque, toutes conditions étant par ailleurs égales, ils soumettent des offres en concurrence avec celles d'étrangers.

De même, des procédures prévues dans le projet de Loi type, telles que la "présélection" ou l'appel d'offres en deux étapes, vont à l'encontre de principes considérés comme directeurs tant pour les marchés publics que pour l'Administration en général, où l'on exige notamment économie et rapidité. Dans notre projet, la "présélection" a été remplacée par une simple formalité d'inscription auprès de la Chambre de commerce.

Nos observations concernant la teneur des articles du projet de Loi type sont les suivantes :

Article 2 d : Nous estimons que la liste des activités considérées comme des "travaux" relève d'une approche très descriptive d'où le risque d'oublier ou d'exclure certains types de travaux qui pourraient y être inclus.

Article 6-2 : Il nous paraît dangereux que l'entité adjudicatrice puisse, à quelque stade que ce soit de la procédure de passation d'un marché, exiger des soumissionnaires des renseignements "qu'elle pourra juger utiles", car cette exigence limite le droit de protection de la propriété intellectuelle et des secrets professionnels.

Article 7 : Cet article prévoit la présélection des fournisseurs ou des entrepreneurs. Nous estimons que cette procédure qui précède la sélection n'est pas nécessaire, notamment si l'on tient compte du fait que, dans la législation colombienne, il existe une procédure distincte, à savoir l'inscription au Registre des fournisseurs et des entrepreneurs, dans lequel des renseignements tels que l'existence, la représentation juridique, les qualifications, la capacité doivent être constamment mis à jour. En outre, ajouter au processus de sélection des offres un processus de présélection est très peu pratique et provoquerait des retards, alors que notre système est plus souple et plus simple.

Article 7-8 : D'autre part, il paraît peu pratique et efficace d'exiger, une fois établies les qualifications d'un fournisseur ou d'un entrepreneur déjà présélectionné, que ces derniers reconfirmen leurs qualifications "conformément aux critères utilisés pour la présélection".

Article 8-1 : Cette disposition ne fait pas apparaître clairement si l'entité adjudicatrice peut décider de limiter la participation à la procédure pour des motifs autres que la nationalité.

Article 10 : Il serait souhaitable d'unifier, dans cette disposition, le critère concernant l'"authentification".

Article 11 : Cet article n'expose pas clairement les raisons qui justifient la limitation du droit d'examen tel qu'il y est défini. De même, un des principes fondamentaux de la législation colombienne est la confidentialité concernant les propositions et la sélection avant la passation d'un marché, principe qui diffère de celui qui est établi à l'article 11.

Article 16 : En ce qui concerne la disposition figurant à l'alinéa *a*, les entrepreneurs n'ont aucun droit exclusif dans la législation colombienne.

Article 21 : Cet article prévoit que le dossier de sollicitation doit contenir le contrat qui sera signé une fois l'offre acceptée, ce qui limite le pouvoir de négociation des parties. Nous recommandons d'inclure non pas le contrat mais une note ou un projet de contrat qui ne comprendrait pas de dispositions essentielles telles que valeur, délais et autres clauses particulières.

Article 32 : Cet article prévoit que le contrat entrera en vigueur avant que l'offre ne soit approuvée, ce qui va à l'encontre des principes du droit.

Egypte

[Original : arabe]

En ce qui concerne le paragraphe *b* de l'article 2, qui définit les mots "entité adjudicatrice", nous sommes en faveur de l'option II pour l'alinéa *i* qui se lit comme suit : "Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement" ...), ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...", car le libellé de cet alinéa est plus général que celui de l'option I et couvre donc tous les organismes publics, leurs divisions et subdivisions et les organes qui leur sont subordonnés, y compris les entreprises du secteur privé dans la mesure où elles ont un lien de subordination avec l'Etat.

Le premier membre de phrase du paragraphe 2 de l'article 6, qui se lit comme suit : "Sous réserve du droit qu'ont les fournisseurs et entrepreneurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels", devrait être supprimé, car ces droits visent en général à protéger les inventeurs ou les auteurs eux-mêmes, à l'exclusion des fournisseurs et des entrepreneurs qui exercent des activités telles que la promotion ou la fourniture de biens et de services, qui constituent l'objet d'un marché.

Il faudrait modifier le paragraphe 6 de l'article 6, concernant les cas où "l'entité adjudicatrice peut exclure un fournisseur ou un entrepreneur", en ajoutant que l'entité adjudicatrice (département) peut le faire si elle constate qu'un marché a été antérieurement conclu avec un fournisseur qui a gravement manqué à ses obligations contractuelles et si elle constate qu'un fournisseur ou un entrepreneur a antérieurement été condamné pour un délit — situation prévue dans la législation égyptienne.

Il conviendrait d'ajouter un nouveau point au paragraphe 1 de l'article 6 concernant les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs, indiquant que l'entité adjudicatrice (département) peut, afin de s'assurer de l'intérêt des fournisseurs et des entrepreneurs pour l'appel d'offres, demander un dépôt temporaire conformément à la législation de chaque Etat.

Le paragraphe 5 de l'article 6, selon lequel l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère ... qui entraîne une discrimination à l'encontre ou parmi des fournisseurs et entrepreneurs ou à l'encontre de catégories de fournisseurs et d'entrepreneurs sur la base de la nationalité, devrait être modifié par l'ajout du membre de phrase suivant : "compte tenu de la disposition du paragraphe 1 de l'article 8 concernant le droit de l'entité adjudicatrice (département) de limiter, pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives, la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité".

Le libellé de l'article 12 relatif aux "Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs", qui autorise l'entité adjudicatrice (département) à rejeter une offre, devrait être modifié par l'ajout d'une référence aux cas où un fonctionnaire ou un employé de l'entité adjudicatrice s'abstient d'accomplir une tâche qui devrait être accomplie, ce qui autorisera l'entité adjudicatrice (département) à rejeter l'offre soumise par le fournisseur ou l'entrepreneur ayant incité le fonctionnaire ou l'employé de l'entité adjudicatrice à s'abstenir d'effectuer une tâche.

Il conviendrait d'ajouter à l'article une nouvelle phrase faisant référence au droit de l'entité adjudicatrice (département) de rejeter une offre soumise par un fournisseur ou un entrepreneur qui propose une incitation à un fonctionnaire de l'entité adjudicatrice, même lorsque le fournisseur ne savait pas que ledit fonctionnaire n'avait pas compétence pour la tâche requise, procédure conforme aux dispositions de la législation égyptienne.

Nous proposons par conséquent de reformuler comme suit l'article 12 :

"L'entité adjudicatrice peut rejeter une offre, une proposition ou un prix si le fournisseur ou l'entrepreneur offre ou promet ou convient de donner à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice, que ce fonctionnaire ou cet employé soit ou non compétent, un avantage financier — pécuniaire ou autre — un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour l'inciter à accomplir une tâche ou s'abstenir d'accomplir une tâche qui devrait être accomplie, ou à ne pas s'acquitter des obligations de sa charge."

L'article 42 du projet de Loi type, relatif à la suspension de la procédure de passation du marché en raison de la présentation en temps voulu d'une réclamation, devrait être modifié, étant donné que la suspension de la procédure de passation d'un marché — que ce soit avant ou après la conclusion du marché — résultant de la présentation d'une réclamation ne sera pas conciliable avec l'exécution de marchés importants conclus par le département, exécution qui doit être rapide du fait que ces marchés sont associés à l'intérêt de l'Etat, notamment lorsque entre en jeu le fonctionnement d'un service public. Selon la règle qui s'applique à cet égard dans le droit égyptien, le fonctionnement normal et permanent de services publics exclut l'interruption tant de l'exécution d'un marché que de la procédure de passation d'un marché. En vertu d'une règle établie, un entrepreneur qui a passé un marché avec une entité adjudicatrice (département) ne peut se soustraire à ses obligations en alléguant que l'entité adjudicatrice (département) ne s'est pas acquittée de ses propres obligations contractuelles, sauf si l'entrepreneur ne peut, pour cette raison, remplir ses obligations — puisque, selon la réglementation, l'exécution des décisions concernant des différends administratifs, y compris des marchés, ne peut être suspendue que dans des circonstances exceptionnelles, si le tribunal en décide ainsi ou si l'entrepreneur ne peut remplir ses obligations en raison de la négligence de l'entité adjudicatrice (département) dans l'acquiescement de ses propres obligations. Nous proposons par conséquent de modifier comme suit l'article 42 :

"La présentation d'une réclamation en application de l'article 39 n'entraîne la suspension de la procédure de passation du marché que s'il est établi que cette suspen-

sion ne sera pas incompatible avec la bonne marche des travaux entrepris par l'entité adjudicatrice et si la réclamation n'est pas futile et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou l'entrepreneur subira un dommage irréparable s'il n'y a pas suspension de procédure, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs et entrepreneurs."

Nous proposons également, pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus, de supprimer le paragraphe 2 du même article.

Nous proposons en outre, en ce qui concerne le libellé, de changer les mots "la réclamation ne soit pas futile" au paragraphe 1 de l'article 42 par "la réclamation soit sérieuse".

Il conviendrait de modifier l'article 43 relatif au recours judiciaire, car cette expression peut être comprise différemment dans le projet et dans la législation de certains Etats dont le système juridique prévoit des actions récursoires. Il s'agit là d'un moyen exceptionnel de contestation de décisions, qui autorise le tribunal compétent à réviser des jugements antérieurs, même lorsqu'ils sont définitifs et exécutoires, si de nouveaux facteurs et de nouvelles circonstances, non connus auparavant, impliquent une modification des décisions rendues par les tribunaux. La disposition figurant dans le projet de Loi type sur la passation des marchés, cependant, a pour objectif de déterminer, dans chaque Etat, quel est le tribunal compétent pour connaître des actions récursoires intentées contre des décisions administratives concernant des marchés publics.

Espagne

[Original : espagnol]

Après examen du projet de Loi type sur la passation des marchés élaboré par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, nous formulons les observations suivantes :

1. Le "projet" analysé, qui s'inspire manifestement, dans ses principes, des directives de la Communauté européenne en matière de marchés publics, semble conçu pour établir des bases uniformes dans le domaine des marchés publics, susceptibles de servir de modèles à tous les Etats (essentiellement d'Europe orientale et d'Afrique) qui, pour une raison ou pour une autre, n'ont pas de réglementation ou d'expérience appropriées en la matière. Etant donné l'importance que revêt la passation de marchés dans tous les pays qui doivent développer ou reconstruire leur économie, le projet a pour objectif d'être un moyen adéquat, grâce à son incorporation dans les législations nationales — de disposer d'une "norme" qui donne aux entreprises de tous les pays la possibilité de participer aux procédures de passation de marchés, avec la meilleure sécurité juridique possible.

Cela dit, il convient de formuler deux observations plus précises : la première pour rappeler que le "projet" n'a pas caractère contractuel et que l'objectif n'est pas de le transformer en traité international; en conséquence, sur le plan formel et juridique, il n'aura, une fois approuvé, aucune force obligatoire pour les Etats : il s'agit uniquement,

comme son nom l'indique, d'une Loi type susceptible d'influer sur les législations nationales. Il n'a donc, de ce point de vue, aucune répercussion sur l'administration espagnole ou, du point de vue du droit international, sur l'Etat espagnol.

On peut noter en second lieu que la "norme" susmentionnée, contenue dans le projet, est donc bien moins rigoureuse que celle des directives communautaires et de la législation espagnole (tant la loi sur les marchés de l'Etat en vigueur que le projet de loi sur les marchés des collectivités publiques), si bien que le projet, outre le fait qu'il n'a pas force obligatoire, n'ajoute rien, sur le fond, à la législation espagnole en vigueur.

2. Pour ce qui est du texte proprement dit du projet, nous formulons les observations suivantes :

2.1. L'article 2 exclut du champ d'application de la loi les contrats de gestion de services publics, se limitant aux contrats de travaux, de fourniture et, dans la mesure où ils sont connexes aux précédents, au crédit-bail ou à la location-vente et la location. Compte tenu de l'importance des marchés portant sur la gestion de services publics, et en l'absence de motifs particuliers qui en justifient l'exclusion, dont nous n'avons pas connaissance faute d'informations à ce propos, on pourrait inclure ce type de marché dans le projet. La cession partielle de la puissance publique (ainsi que, au sens large, dans une certaine mesure, de la souveraineté) que pourraient impliquer de tels marchés, par lesquels la gestion d'un service est confiée à un tiers, est compensée par les précautions suffisantes prévues dans le projet de Loi type concernant les conditions que doit remplir l'entrepreneur, y compris en matière de nationalité (voir l'article 8-1).

2.2. Il serait possible d'améliorer le libellé de l'article 17 [dans le texte espagnol] en séparant plus clairement les paragraphes *a* et *b* et la proposition principale se rapportant aux deux, qui actuellement semble faire partie du paragraphe *b*.

2.3. L'obligation, au paragraphe 2 de l'article 18, de publier les invitations dans un journal de diffusion internationale semble excessivement onéreuse pour les Etats et même pour les entrepreneurs, s'ils doivent supporter le coût de cette publication. Il devrait être suffisant de faire publier les invitations dans des publications ou journaux officiels appropriés, dont la consultation par des parties intéressées ne peut être considérée comme une tâche trop lourde ou disproportionnée.

3. Pour le reste, nous n'avons aucune observation de fond à formuler concernant le projet qui, comme nous l'avons déjà indiqué, s'inspire des principes concernant les marchés sur lesquels se fonde le droit communautaire et qui sont eux-mêmes communs aux pays les plus évolués en la matière, à l'intérieur comme à l'extérieur de la communauté.

Malaisie

[Original : anglais]

1. Le projet de Loi type sur la passation des marchés énonce les règles juridiques de base applicables aux procédures de passation des marchés, notamment aux procédures de sélection de l'entrepreneur ou fournisseur auprès duquel doivent être obtenus les biens, travaux ou services connexes, aux méthodes de passation des marchés

et à leurs conditions d'utilisation, aux procédures d'appel d'offres et aux recours des participants lésés par des actes ou décisions de l'entité adjudicatrice qui sont contraires aux règles et procédures applicables. La Loi type a été rédigée de manière à être applicable tant aux marchés nationaux qu'aux marchés internationaux.

2. Le champ d'application de la Loi type se limite aux marchés de biens et de travaux et exclut les marchés de services, à l'exception des services connexes à la fourniture de biens ou aux travaux faisant l'objet du marché. Les entités adjudicatrices auxquelles s'applique la Loi type sont les départements ou organismes de l'Etat et toute autre entité qui sera déterminée par chaque Etat appliquant ladite loi. On notera que, bien que la Loi type vise tous les types de marchés de biens et de travaux de manière à uniformiser au maximum les lois relatives à la passation des marchés, certains types de marchés ont été exclus, par exemple ceux qui intéressent la sécurité nationale ou la défense nationale. Toutefois, l'entité adjudicatrice pourra appliquer la Loi type aux marchés exclus si elle le souhaite. Afin de promouvoir la transparence, l'attention des entrepreneurs et fournisseurs sera dans ce cas appelée, par le biais du dossier de sollicitation, sur le fait que la Loi type sera applicable.

3. Il est important de noter que la Loi type, dans son préambule, énonce plusieurs objectifs en matière de passation des marchés. Un examen des dispositions de Loi type fait apparaître qu'elles sont structurées de manière à permettre la réalisation de ces objectifs.

4. La Loi type énonce clairement la mutualité des obligations de l'entité adjudicatrice et des fournisseurs et entrepreneurs participants. Dans un certain nombre de cas, les fournisseurs et entrepreneurs ont le droit d'exiger que l'entité adjudicatrice se conforme à la loi. A ce propos, le chapitre V de la Loi type donne aux fournisseurs et aux entrepreneurs un droit de recours au cas où l'entité adjudicatrice ne se serait pas conformée à la législation des marchés. Par contre, l'entité adjudicatrice a le droit de rejeter toutes les offres à tout moment avant l'acceptation d'une offre et le fournisseur ou entrepreneur ne pourra dans ce cas se faire rembourser par l'entité adjudicatrice les frais d'établissement et de soumission d'une offre (article 30).

5. Afin d'atteindre l'objectif de la transparence, la Loi type énonce clairement les règles et procédures à suivre par l'entité adjudicatrice et par les fournisseurs et entrepreneurs participant à la procédure de passation des marchés. En vertu de l'article 6, par exemple, l'entité adjudicatrice est tenue d'énoncer dans la documentation de présélection les conditions régissant les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs. L'entité adjudicatrice est également tenue, en vertu de l'article 11, d'établir un procès-verbal de la procédure de passation des marchés où figurent tous les éléments d'information énumérés dans ledit article. La Loi type énonce également clairement les procédures à suivre par l'entité adjudicatrice pour la sollicitation d'offres, ainsi que la teneur requise des dossiers de sollicitation.

6. Afin de promouvoir l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés, la Loi type énonce des procédures visant à promouvoir la concurrence entre fournisseurs et

entrepreneurs et à instaurer un climat favorable à la participation à la passation des marchés. La méthode préconisée par la Loi type est l'appel d'offres. Les dispositions relatives à l'appel d'offres sont clairement énoncées au chapitre III de la Loi type. D'autres méthodes telles que la sollicitation de propositions, la négociation avec appel à la concurrence, la sollicitation de prix et la sollicitation d'une source unique peuvent certes être utilisées, mais elles ne doivent l'être que dans des circonstances précises. La Loi type a énoncé certains critères permettant à l'entité adjudicatrice de choisir la méthode la plus appropriée dans un cas donné. Une fois qu'elle a décidé d'appliquer une méthode donnée, l'entité adjudicatrice doit se conformer aux règles relatives à cette méthode énoncées dans la Loi type.

7. Pour ce qui est de l'objectif consistant à encourager, le cas échéant, la participation à la procédure de la passation des marchés de fournisseurs et d'entrepreneurs de toutes nationalités, la Loi type dispose à l'article 8 que les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés à participer à la procédure de passation des marchés sans distinction de nationalité. L'entité adjudicatrice ne pourra limiter la participation sur la base de la nationalité que pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives.

8. La Loi type donne, au chapitre V, un droit de recours aux participants à la procédure de passation des marchés qui ont été lésés par des actes ou décisions de l'entité adjudicatrice contraires à la loi. Ces dispositions sont nécessaires afin de promouvoir la confiance en la procédure et l'intégrité de cette dernière. On notera que la détermination de l'instance compétente pour connaître un tel recours dépendra de la structure juridique et administrative de l'Etat. Aussi la Loi type propose-t-elle des variantes de caractère général entre lesquelles un Etat pourra choisir celle qu'il veut appliquer. Ainsi, les Etats dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre l'article 40 relatif au recours administratif et ne conserver que l'article 43 qui concerne le recours judiciaire.

9. Compte tenu des paragraphes ci-dessus, l'adoption par la Malaisie de la Loi type sur la passation des marchés suppose que les objectifs de sa politique en matière de passation des marchés soient conformes aux objectifs énoncés dans la Loi type. En effet, les dispositions de la Loi type sont structurées de manière à permettre la réalisation de ces objectifs. Comme il a déjà été noté ci-dessus, les dispositions de la Loi type sont "transparentes" en ce sens que les règles et procédures à suivre par l'entité adjudicatrice et par les participants sont portées à la connaissance des fournisseurs et entrepreneurs participants. Cette participation ne devrait pas, sauf disposition contraire expresse de la législation et de la réglementation applicables aux marchés, être limitée à une certaine nationalité seulement. En outre, afin de promouvoir l'économie dans la passation des marchés, tous les fournisseurs et entrepreneurs intéressés devraient être autorisés à se concurrencer pour la fourniture de biens ou de travaux et la Loi type dispose que la procédure d'appel d'offres est la méthode privilégiée de passation des marchés.

10. Même si la Malaisie choisit de ne pas adopter la Loi type, elle pourra se fonder sur elle pour restructurer ou améliorer sa législation et ses procédures de passation des marchés. On notera toutefois que, si la Loi type est adoptée par d'autres pays, cela permettra de renforcer la confiance en la passation des marchés à l'échelon international, ce qui aurait pour effet de favoriser le commerce international.

Pologne

[Original : anglais]

Article 2 : La liste n'est pas complète. Il conviendrait de tenir compte des marchés de services (services d'experts ou analyse, par exemple).

Article 8 : La participation à une procédure de passation de marchés ne peut être limitée que selon des critères de citoyenneté et non des critères de nationalité (au sens de l'appartenance à une communauté ethnique ou à une nation).

Trinité-et-Tobago

[Original : anglais]

Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

Modifier le paragraphe 7 pour qu'il se lise comme suit :

"Sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection, un fournisseur ou un entrepreneur affirmant qu'il satisfait aux critères de qualification n'est pas écarté de la procédure de passation d'un marché au motif qu'il n'a pas fourni la preuve qu'il est qualifié conformément au paragraphe 2 du présent article, s'il s'engage à fournir cette preuve *dans les sept (7) jours suivant une demande émanant de l'entité adjudicatrice*, et si on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit en mesure de le faire."

Article 7. Procédure de présélection

Modifier la première phrase du paragraphe 4 pour qu'elle se lise comme suit :

"L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou d'un entrepreneur dans un délai de *sept (7) jours*."

Modifier la première phrase du paragraphe 7 pour qu'elle se lise comme suit :

"L'entité adjudicatrice communique sur demande aux fournisseurs et entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés *leur classement et le nombre de points attribués au titre de chaque critère*."

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

Modifier la première ligne du paragraphe 3 pour qu'elle se lise comme suit :

"La partie du procès-verbal visée aux alinéas *c, e, f et g* du ..."

Article 21. Teneur du dossier de sollicitation

Modifier l'alinéa *x* en insérant après les mots "ainsi que" et avant les mots "l'approbation" à la troisième ligne, les mots " , s'il y a lieu".

Article 25. Soumission des offres

Modifier le paragraphe 5 en ajoutant à la fin les mots " , après l'ouverture des offres".

Article 28. Ouverture des offres

Modifier le paragraphe 2 en ajoutant à la fin la nouvelle phrase ci-après :

"En outre, d'autres personnes peuvent être autorisées, en fonction des places disponibles."

Article 29. Examen, évaluation et comparaison des offres

Modifier l'alinéa *b* du paragraphe 1 pour qu'il se lise comme suit :

"Nonobstant les dispositions de l'alinéa *a* du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice *indique* les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre. L'entité adjudicatrice *en* avise le fournisseur ou l'entrepreneur qui a soumis l'offre."

Remplacer l'alinéa *b* du paragraphe 3 par le texte suivant :

"Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise en modifie le prix pour quelque raison que ce soit."

Ajouter, à la fin du paragraphe 5, les mots " , monnaie qui est indiquée par l'entité adjudicatrice".

Article 34. Sollicitation de propositions

Supprimer à l'alinéa *c* du paragraphe 4 les mots "exprimés dans la mesure du possible en termes pécuniaires,".

Turquie

[Original : anglais]

Article 2. Définitions

Etant donné le champ d'application et le caractère international du projet de Loi type, il conviendrait de remanier cet article de façon à y définir les mots "location" et "crédit-bail ou location-vente" mentionnés à l'alinéa *a*.

Article 18. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

Il conviendrait de prévoir pour les réponses aux invitations à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection, une date limite pourrait être déterminée conformément aux usages internationaux.

Article 27. Garanties de soumission

Il serait utile d'ajouter un paragraphe visant à établir, comme condition préalable à la participation à une procédure de passation d'un marché, "un certain pourcentage de la valeur de l'offre pour garantir la soumission".

Il serait aussi utile de définir l'expression "dossier de sollicitation".

Yougoslavie

[Original : anglais]

Remarques générales

Le projet de Loi type sur la passation des marchés comporte des dispositions qui seront très utiles dans de nombreux pays — notamment ceux qui ont besoin de technologie, de savoir-faire, de matériel et de biens d'équipement internationaux. Néanmoins, le projet dans son ensemble est orienté à l'excès sur la participation de fournisseurs et entrepreneurs internationaux et les exceptions en faveur des fournisseurs et entrepreneurs nationaux sont vraiment marginales. Dans de nombreux pays, la situation exigera souvent que l'on recrute des entrepreneurs et fournisseurs nationaux — vu notamment la pénurie de ressources financières dans de nombreux pays en développement.

Il y a disproportion dans le projet entre la partie consacrée aux dispositions de fond et celle qui traite des recours. La partie relative aux procédures de recours ne comporte que cinq articles, dont certains sont rudimentaires (voir par exemple l'article 43; dans de nombreux pays, le recours judiciaire serait en fait la seule solution au cas où une méthode illégale aurait été appliquée). C'est pourquoi il est proposé :

- a) De supprimer entièrement la partie traitant de la question des recours; ou
- b) De soumettre cette question à la loi applicable; ou
- c) De détailler davantage certains des droits que pourrait avoir la partie lésée au cas où l'entité adjudicatrice commettrait un acte illégal entraînant une perte ou un préjudice pour les fournisseurs et entrepreneurs.

De nombreuses dispositions du projet sont trop détaillées (voir, par exemple, l'article 21 qui énumère les renseignements que doit comporter le dossier de sollicitation).

On peut se demander pourquoi le chapitre II (Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes, art. 13 à 16) n'est pas rattaché au chapitre IV (Passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres, art. 33 à 37). Il y a sans doute de bonnes raisons à cela, mais, pour le lecteur et l'utilisateur de la Loi type, il serait mieux que les dispositions pertinentes soient réunies. Si cette remarque était considérée comme justifiée, le seul article à déplacer serait l'article 13, qui serait sans doute mieux placé au chapitre III qui traite de la procédure d'appel d'offres.

Remarques particulières

Article 2. Définitions

L'option II pour l'alinéa i est meilleure, car elle est plus détaillée et serait utile notamment dans les cas où il n'est pas facile de déterminer qui entre dans le cadre de la définition de l'"entité adjudicatrice". Si cette option est retenue par la majorité, il faudrait alors supprimer les parenthèses entourant l'alinéa ii.

Par ailleurs, on peut se demander pourquoi la définition de l'"entité adjudicatrice" n'est pas simplifiée. Une définition unique pourrait englober tous les organes et entités (entreprises) publiques que l'Etat adoptant la Loi type définit comme entités adjudicatrices (auquel cas les alinéas i et ii pourraient être fusionnés en une définition unique).

Une définition simplifiée serait de l'intérêt d'un Etat adoptant la Loi type, car les organes, départements ou autres services gouvernementaux soumis à la Loi type peuvent varier d'un Etat à l'autre; aussi l'Etat devrait-il être totalement libre de déterminer quelles entités sont des "entités adjudicatrices" aux fins de la Loi type.

Article 12. Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs

Cet article est bien rédigé et devrait être conservé dans la Loi type. Son utilité est évidente et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Il devrait même être complété par un autre paragraphe disposant que, si une pratique illégale est découverte, l'ensemble de la procédure sera annulé et une nouvelle procédure entamée. La deuxième phrase de l'article 12 est insuffisante à cette fin.

On pourrait répondre à cela qu'il existe une disposition au paragraphe 3 e de l'article 40, mais on devrait reprendre cette idée à l'article 12 également.

Article 17. Appel d'offres national

Puisque la Loi type dans son ensemble vise en fait les appels d'offres internationaux, l'article 17 ne devrait pas commencer par décrire un cas considéré comme une exception plutôt que la règle. Nous ne suggérons pas que l'on supprime cette disposition, car elle est très importante pour tous les Etats, mais peut-être devrait-elle faire l'objet d'un article distinct, après un article qui soulignerait le principe énoncé dans le préambule, à savoir que la procédure d'appel d'offres doit s'adresser à tous les participants "sans distinction de nationalité". Puisque l'objectif suprême de la Loi type est de promouvoir le commerce international, ce qui est d'ailleurs la tâche de la CNUDCI, l'appel d'offres national devrait être considéré comme une exception et cela devrait ressortir de la structure des articles pertinents.

Article 29. Examen, évaluation et comparaison des offres

Selon le paragraphe 2 b, "l'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas matériellement les caractéristiques ... énoncées dans le dossier de sollicitation ...". Sans mettre en doute la nécessité d'une telle disposition, nous noterons toutefois qu'elle donne une latitude importante à l'entité adjudicatrice, qui pourra considérer une offre comme conforme, même dans les cas où les écarts sont plus que "mineurs". La disposition devrait être conservée, car elle contribuera à la bonne marche de la procédure d'appel d'offres et, dans la pratique, les abus de pouvoir de l'entité adjudicatrice en la matière sont rares, mais il faudrait appeler l'attention sur les possibilités d'abus dans un commentaire.

Article 30. Rejet de toutes les offres

Selon le droit yougoslave des obligations, le rejet de toutes les offres "si le dossier de sollicitation le prévoit" ne sera pas considéré comme un appel d'offres réel, mais plutôt comme un appel d'offres conditionnel. Toutefois, puisque cette règle figure dans de nombreux dossiers de sollicitation, elle devrait être conservée dans la Loi type. Le fait que l'entité adjudicatrice ne soit pas tenue de justifier les motifs de son rejet est clair et ne saurait être remis en

cause. Nous suggérons toutefois que l'on explique clairement ce droit de l'entité adjudicatrice dans un commentaire.

Article 31. Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs

Cet article devrait être modifié de manière à interdire à l'entité adjudicatrice de négocier avec un fournisseur ou entrepreneur avant que l'offre ne soit acceptée, tout en reconnaissant que des négociations ultérieures sont nécessaires et utiles pour les deux parties. L'idée sur laquelle se fonde l'article est claire, mais peut-être de légères modifications permettraient d'établir une distinction entre la période précédant l'acceptation de l'offre et la période la suivant.

Articles 40 et 43. Recours administratif et judiciaire

Notre remarque générale (que nous avons déjà mentionnée plus haut) est la suivante : l'ensemble de cette section concernant la procédure de recours n'est pas suffisant pour protéger comme il convient les parties contre toute procédure illégale. C'est pourquoi (malgré les difficultés que cela risque d'entraîner) il faudrait s'efforcer de définir les "actes (ou procédures) illégaux" au sens de la Loi type. Si cela se révèle trop difficile, peut-être un commentaire pourrait-il donner des exemples de tels actes. Il est donc proposé :

- a) De définir les "actes (ou procédures) illégaux";
- b) De définir les circonstances dans lesquelles une instance administrative ou un tribunal ont le droit d'annuler la procédure de passation des marchés;
- c) De spécifier quand et dans quels cas l'instance administrative ou un tribunal peuvent décider d'un dédommagement et si le dédommagement doit être accordé à tous les participants ou seulement à ceux qui ont subi un préjudice du fait de l'acte illégal.

[A/CN.9/376/Add.1]

COMPILATION DES OBSERVATIONS

Canada

[Original : anglais et français]

Le Gouvernement canadien 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 quinzième 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 de 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, cette 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 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 à 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 qui 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 général). 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'en-

tendre 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.

Articles 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 le 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 au 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.

[A/CN.9/376/Add.2]

COMPILATIONS DES OBSERVATIONS

Japon

[Original : anglais]

Le Japon estime que le projet de Loi type sur la passation des marchés, lorsqu'il aura été adopté, contribuera grandement à l'harmonisation et à l'uniformisation des lois nationales sur la passation des marchés et facilitera ainsi les opérations commerciales internationales. A cette fin, la Loi type devrait être formulée de manière à être acceptable au plus grand nombre de pays possible et à être conforme aux principes juridiques généraux de ces pays. Toutefois, à part certaines dispositions, notamment celles énoncées au chapitre V, qui ne sauraient être incorporées dans la législation japonaise, le texte actuel du projet de Loi type comporte des dispositions qui pourraient, semble-t-il, être encore améliorées, compte tenu de l'existence d'un instrument international, ainsi que de lois nationales sur la passation des marchés. A ce propos, le Japon présente les observations ci-après.

Article 2. Le mot "travaux", tel que défini à l'alinéa *d*, englobe parfois divers types de services. Il semble difficile, dans de tels cas, d'établir une distinction entre les services connexes et les services non connexes aux travaux. Les mots "ou aux travaux", à la quatrième ligne de l'alinéa *a*, ne sont donc peut-être pas nécessaires.

Article 6. Le Japon ne s'oppose pas à la substance de cet article. Toutefois, selon les paragraphes 2 et 3 actuels, l'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à imposer des conditions autres que celles prévues au paragraphe 2 relatives aux qualifications des fournisseurs et entrepreneurs. Cette approche semble par trop restrictive car, dans certains cas, l'entité adjudicatrice voudra peut-être énoncer des conditions différentes de celles visées au paragraphe 2, en fonction notamment de l'objet du marché, de son importance et de la nature de l'entité adjudicatrice. L'idée à la base de ces paragraphes serait similaire à celle énoncée à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article V de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics, qui est libellé comme suit : "Les conditions de participation aux procédures d'appel d'offres seront limitées à celles qui sont indispensables pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le marché en question." Aussi les paragraphes 2 et 3 actuels devraient-ils être libellés de manière à permettre à une entité adjudicatrice d'ajouter toute autre condition à celles qui sont énoncées au paragraphe 2, dans la mesure où ces conditions sont conformes aux directives énoncées dans l'Accord relatif aux marchés publics mentionné ci-dessus; les conditions détaillées relatives aux qualifications figureraient toujours dans la réglementation des marchés.

Article 9. En vertu de la législation japonaise, une entité adjudicatrice peut interdire la soumission d'offres par courrier, si cela est nécessaire pour des raisons administratives. Il ne ressort pas clairement du paragraphe 3 de l'article 9 si l'entité adjudicatrice peut ou non interdire certains modes de communication, bien que le paragraphe 1 dudit article semble y autoriser l'entité adjudicatrice.

Article 18. Afin de promouvoir la transparence des procédures d'appel d'offres sélectives prévues au paragraphe 3, il est proposé que, même dans le cas où une telle procédure est appliquée, un avis de projet de marché soit publié de la manière prescrite au paragraphe 1. Cette suggestion est également conforme au paragraphe 4 de l'article V de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics.

Article 26. Le paragraphe 3 de cet article n'est pas conforme à la législation japonaise, en vertu de laquelle les fournisseurs et entrepreneurs ne sont pas autorisés à modifier ou retirer leur offre une fois qu'ils l'ont soumise à l'entité adjudicatrice. Cette politique a notamment pour objet d'assurer une concurrence équitable, d'exclure les offres injustifiées, d'inciter les fournisseurs et entrepreneurs à bien réfléchir avant de soumettre leur offre et de diligenter la procédure d'appel d'offres, ce qui nous semble tout à fait raisonnable. Le paragraphe 3 de l'article 26 devrait donc être modifié, afin d'autoriser une entité adjudicatrice à limiter ou interdire la possibilité de modifier

ou de retirer une offre après sa soumission, à condition que ces restrictions ou interdictions soient clairement énoncées dans le dossier de sollicitation.

Article 29. L'acceptation des éléments énoncés à l'alinéa 4 c en tant que critères de choix de l'offre à retenir risquerait d'aller à l'encontre de l'objet même de la Loi type et de la transparence des procédures d'appel d'offres, rendant le processus d'évaluation des offres obscur, voire injuste. Il serait préférable de supprimer cet alinéa 4 c. A tout le moins, la liste des éléments énoncés à cet alinéa devrait être exhaustive et non indicative.

Article 32. Pour ce qui est du paragraphe 6, l'avis d'attribution du marché ne devrait pas seulement être communiqué aux autres fournisseurs et entrepreneurs, mais, afin de promouvoir la transparence, être aussi publié. En outre, cette obligation de publicité devrait, pour la même raison, être étendue aux autres méthodes de passation des marchés, y compris la sollicitation d'une source unique. Cette suggestion est conforme au paragraphe 1 de l'article VI de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics.

E. Modifications proposées au projet de loi type sur la passation des marchés : note du Secrétariat

(A/CN.9/377) [Original : anglais]

On trouvera ci-après une liste, établie par le Secrétariat, de modifications au projet de loi type sur la passation des marchés que la Commission voudra peut-être envisager durant son examen et son adoption du projet de loi type, outre les suggestions faites par les gouvernements dans leurs observations qui figurent dans le document A/CN.9/376 (et Add.1).

Titre

Il est proposé de modifier comme suit le titre intégral "Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés", afin de l'aligner sur ceux des autres lois types élaborées par la Commission.

Il serait utile d'ajouter une note de bas de page faisant référence au *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type*.

Article 2 g

On pourrait envisager d'élargir ce paragraphe à deux autres fonctions de la garantie de soumission qui ne sont pas actuellement mentionnées. Ces fonctions sont les suivantes : couvrir le retrait ou la modification d'une offre après la date de soumission des offres et garantir l'obligation de fournir une garantie de bonne exécution, le cas échéant (voir l'article 27-1 f de la Loi type qui énumère ces fonctions additionnelles de la garantie de soumission). Au lieu de faire référence expressément à ces fonctions additionnelles, ce qui risquerait d'alourdir la définition, on pourrait recourir à un libellé plus général dans la définition, tel que "garantir l'exécution de certaines obligations".

Article 6, paragraphe 6 et article 7, paragraphe 8

On pourra préciser qu'il n'y aura exclusion que dans le cas d'une inexactitude "substantielle"; prévoir une exclu-

sion pour toute inexactitude donnerait à l'entité adjudicatrice trop de liberté en lui permettant d'exclure pour des motifs injustifiés.

Article 9, paragraphe 2

La référence à l'article 11-3 devrait être remplacée par une référence à l'article 18-3. En outre, on peut se demander si le paragraphe 2 devrait faire référence à l'article 32-1, car cette dernière disposition traite de l'avis d'acceptation d'une offre et peut donc avoir des incidences directes sur l'entrée en vigueur du marché. De ce fait, il peut être préférable qu'une telle communication ne soit permise que sous une forme assurant que son contenu est dûment consigné.

Article 11, paragraphe 1

On pourrait envisager d'ajouter aux éléments devant figurer dans le procès-verbal un résumé des demandes d'éclaircissement et des éclaircissements correspondants.

Article 11, paragraphe 3

Il est envisagé dans le texte actuel qu'un tribunal pourra ordonner la divulgation des informations visées aux alinéas f et g du paragraphe 1 de l'article 11 avant la clôture de la procédure de passation des marchés. Toutefois, ces deux alinéas traitent de circonstances qui ne peuvent pas se produire avant la clôture de la procédure. Aussi est-il proposé de modifier comme suit le paragraphe 3 :

"... sans aboutir à la conclusion d'un marché. La divulgation de la partie du procès-verbal visée aux alinéas c à e peut être ordonnée par un tribunal compétent. Toutefois, sauf ..."

Afin d'établir une distinction entre les informations visées à l'alinéa 3 b et le résumé visé à l'alinéa 1 e, on pourrait ajouter le libellé suivant à l'alinéa 3 b :

"... montant des offres, des propositions ou des prix, si ce n'est le résumé visé à l'alinéa e du paragraphe 1."

Article 14, alinéa 1 a

Dans le chapeau, l'expression "est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées" est sans doute trop restrictive, car une entité adjudicatrice, dans certains cas, peut être à même de formuler des spécifications, mais peut néanmoins souhaiter, pour des raisons légitimes, solliciter des propositions visant à répondre à son besoin. Les mots "préfère ne pas formuler de spécifications détaillées" seraient peut-être plus appropriés.

La Commission voudra peut-être envisager de remplacer le libellé actuel du sous-alinéa ii par un texte s'inspirant du libellé ci-après :

"... en raison de la nature des biens ou des travaux, des spécifications ne peuvent être formulées avec suffisamment de précision pour permettre l'attribution du marché par la sélection de l'offre à retenir conformément aux procédures énoncées au chapitre II."

Article 14, alinéa 1 c

On pourra juger que l'alinéa c est superflu, puisque le paragraphe 2 de l'article premier permet l'application de la Loi type aux secteurs exclus "dans la mesure où" l'entité adjudicatrice peut décider que cela est approprié.

Article 14, alinéa 1 d

Pour plus de clarté et afin d'éviter tout litige quant à la décision de l'entité adjudicatrice sur une question ne relevant que de son seul jugement, il pourrait être utile de remplacer les mots "lorsqu'il est improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres" par les mots "lorsque, de l'avis de l'entité adjudicatrice, il est improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres".

Article 16, alinéa f

On peut également se demander si cette disposition est nécessaire, comme c'était le cas pour l'alinéa c de l'article 14.

Article 16, alinéa g

On notera que la condition d'une approbation énoncée à l'alinéa g n'est pas présentée en tant qu'option, à la différence des autres références à l'approbation dans la Loi type.

Article 17

La référence à l'article 11-2 devrait être remplacée par une référence à l'article 18-2.

Article 19 alinéa 1 d

La référence à l'article 8-1 a devrait être remplacée par une référence à l'article 6-2.

Article 19, paragraphe 2

Le paragraphe 2 exclut le lieu et la date limite de soumission des offres des informations devant figurer dans

l'invitation à présenter une demande de présélection. Toutefois, le paragraphe 3 de l'article 7 dispose que ces informations doivent figurer dans la documentation de présélection. Comme, dans certains cas, la documentation de présélection sera prête au moment de l'émission de l'invitation à présenter une demande de présélection, le paragraphe 2 de l'article 19 pourra être modifié et disposer que l'invitation à présenter une demande de présélection doit indiquer le lieu et la date limite de soumission des offres, si ces informations sont connues à ce moment-là.

Article 20

Il semblerait souhaitable d'élargir l'application de la règle, énoncée à la troisième et dernière phrase, au prix pouvant être demandé pour la documentation de présélection. Dans ce cas, les mots "peut demander pour le dossier de sollicitation" seraient remplacés par les mots "peut demander pour la documentation de présélection et le dossier de sollicitation". Le titre de l'article serait alors modifié comme suit : "Communication du dossier de sollicitation; prix de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation".

Article 21, alinéa f

Il n'est peut-être pas souhaitable de disposer que, dans tous les cas où un marché peut être signé en application du paragraphe 2 de l'article 32, le dossier de sollicitation doit comporter le texte intégral du marché à signer, car, dans certains cas, divers détails mineurs ne pourront sans doute pas être déterminés au moment de l'émission du dossier de sollicitation. Cette disposition pourrait plutôt faire référence aux conditions principales du marché.

Article 21, alinéa g

Actuellement, la Loi type n'exige pas expressément de l'entité adjudicatrice sollicitant des variantes qu'elle indique dans le dossier de sollicitation de quelle manière ces variantes seront examinées (par exemple, un fournisseur ou entrepreneur soumettant une variante devra-t-il également soumettre une offre conforme aux spécifications pour que sa variante puisse être examinée ?). On pourrait remédier à l'absence d'une règle expresse sur cette question en ajoutant le libellé suivant à la fin de l'alinéa g : "et une description de la manière dont les variantes seront évaluées et comparées".

Article 22

On pourrait envisager de déplacer l'article 22 au chapitre premier, car le principe de l'objectivité de la description des biens ou des travaux dans le dossier de sollicitation serait également applicable aux procédures de passation des marchés au moyen de méthodes autres que l'appel d'offres.

Article 22, alinéa 3 b

On pourra juger que cette disposition, interprétée littéralement, exige le recours à des termes commerciaux normalisés et retire aux parties le droit de varier ces termes. On pourrait donner davantage de souplesse à cette disposition en remplaçant les mots "Des termes commerciaux normalisés sont utilisés" par les mots "Une importance

particulière est accordée à l'utilisation de termes commerciaux normalisés".

Article 25, paragraphe 5

On pourrait envisager d'ajouter une condition selon laquelle les offres doivent être signées ou authentifiées de toute autre manière.

Article 26, alinéa 2 b

Il est suggéré de supprimer les mots "si cela est impossible", car ils laissent entendre qu'un fournisseur ou entrepreneur acceptant de prolonger la période de validité de son offre ne peut fournir une nouvelle garantie de soumission que si la prolongation de la garantie en vigueur est impossible. Cela serait malencontreux, car le fournisseur ou entrepreneur peut avoir de bonnes raisons de fournir une nouvelle garantie et pourra sans doute le faire sans nuire aux intérêts d'entité adjudicatrice.

Article 29, alinéa 1 b

On pourrait envisager de remplacer le mot "avise" par les mots "avise promptement".

Article 29, alinéa 4 d

La Commission voudra peut-être envisager d'ajouter une condition expresse selon laquelle l'utilisation d'une marge de préférence doit figurer dans le procès-verbal. Cette condition serait également énoncée au paragraphe 1 de l'article 11.

Article 29, paragraphe 5

Le libellé ci-après pourra être ajouté à la fin du paragraphe, afin de préciser que le taux de change utilisé doit être celui qui est prescrit dans le dossier de sollicitation : "... et de la comparaison des offres conformément au taux

indiqué dans le dossier de sollicitation en application de l'alinéa 1 de l'article 21."

Article 32, paragraphe 3

Afin que soit précisé le rôle du dossier de sollicitation, on pourra remplacer les mots "Lorsque le marché doit être approuvé" par les mots : "Lorsque le dossier de sollicitation dispose que le marché doit être approuvé".

Article 32, paragraphe 6

Afin de promouvoir la transparence du processus de passation des marchés, la condition relative à la communication énoncée au paragraphe 6, qui est actuellement limitée aux fournisseurs et entrepreneurs, pourrait être élargie au public en général. Pour ce faire, on pourra exiger la publication de l'avis d'attribution du marché, en tant qu'obligation distincte de l'avis qui doit être donné aux fournisseurs et entrepreneurs.

Article 35, paragraphe 4

Afin de préciser l'obligation de l'entité adjudicatrice, on pourra ajouter à la fin du paragraphe 4 le libellé suivant : "... de leurs propositions. L'entité adjudicatrice choisit l'offre à retenir sur la base des meilleures offres définitives."

Article 36, paragraphe 1

On pourra ajouter le libellé suivant à la fin du paragraphe 1, afin de préciser encore avec quel degré de précision l'entité adjudicatrice doit décrire les éléments du prix : "... doivent être inclus dans le prix et est informé des frais, droits de douane et taxes du pays du fournisseur qui doivent être exclus."

Article 38, alinéa 2 d

La référence à l'article 28-1 devrait être remplacée par une référence à l'article 30-1.

II. GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 30 novembre-11 décembre 1992) (A/CN.9/372) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-12
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	13-14
II. EXAMEN DES ARTICLES D'UN PROJET DE CONVENTION SUR LES LETTRES DE GARANTIE INTERNATIONALES	15-138
CHAPITRE PREMIER. DOMAINE D'APPLICATION	15-76
Article 1 ^{er} . Champ d'application quant au fond	15-25
Article 2. Lettre de garantie	26-55
Article 3. Indépendance de l'engagement	56-66
Article 4. Internationalité de la lettre de garantie	67-76
CHAPITRE II. INTERPRÉTATION	77-110
Article 5. Principes d'interprétation	77-80
Article 6. Règles d'interprétation et définitions	81-110
CHAPITRE III. EFFETS DE LA LETTRE DE GARANTIE	111-138
Article 7. Etablissement de la lettre de garantie	112-117
Article 8. Modification	118-138
III. TRAVAUX FUTURS	139-141

INTRODUCTION

1. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt et unième session¹, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux s'est attaché, à sa douzième session, à examiner le projet de Règles uniformes en matière de garanties établi par la Chambre de commerce internationale (CCI) et à déterminer s'il était souhaitable et possible de parvenir à une plus grande uniformité de la législation relative aux garanties et aux lettres de crédit stand-by (A/CN.9/316). Le Groupe de travail a recommandé que l'on commence à élaborer une loi uniforme, que ce soit sous la forme d'une loi type ou d'une convention.

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17), par. 22.

2. A sa vingt-deuxième session, la Commission a accepté la recommandation du Groupe de travail tendant à ce que l'on commence à élaborer une loi uniforme, et a chargé le Groupe de travail de cette tâche².

3. A sa treizième session (A/CN.9/330), le Groupe de travail a commencé ses travaux en examinant les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme, telles qu'elles étaient présentées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65). Ces questions touchaient le champ d'application de la loi uniforme quant au fond, l'autonomie des parties et ses limites et les règles d'interprétation possibles. Le Groupe de travail s'est aussi engagé dans un échange de vues préliminaire sur les questions touchant la

²Ibid., quarante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/44/17), par. 244.

forme de la lettre de garantie ou de la lettre de crédit stand-by et le moment de leur établissement. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de lui présenter à sa quatorzième session un premier projet d'articles, avec des variantes possibles, concernant ces questions, ainsi qu'une note sur d'autres questions auxquelles pourrait se rapporter la loi uniforme.

4. A sa quatorzième session (A/CN.9/342), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 7 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67). Celui-ci a été prié d'établir, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, une version révisée de ces projets d'articles. Le Groupe de travail a également examiné les questions présentées dans une note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, une première série de projets d'articles sur ces questions. On a également relevé que le Secrétariat présenterait au Groupe de travail, à sa quinzième session, une note sur de nouvelles questions auxquelles se rapporterait la loi uniforme, y compris la fraude et autres motifs de non-paiement, les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires, le conflit de lois et la juridiction compétente.

5. A sa quinzième session (A/CN.9/345), le Groupe de travail a examiné certaines questions relatives aux obligations du garant. Ces questions étaient présentées dans la note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Cette note avait été soumise au Groupe de travail à sa quatorzième session mais n'avait pas été examinée, faute de temps. Le Groupe de travail est ensuite passé à l'examen des questions traitées dans la note du Secrétariat concernant la fraude et autres motifs de non-paiement et les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires (A/CN.9/WG.II/WP.70). Le Groupe de travail a également examiné les questions traitées dans la note du Secrétariat relative au conflit de lois et à la juridiction compétente (A/CN.9/WG.II/WP.71). Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base des délibérations et des conclusions du Groupe de travail, un premier projet d'articles sur les questions examinées.

6. A sa seizième session (A/CN.9/358), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 13 et, à sa dix-septième session (A/CN.9/361), les projets d'articles 14 à 27 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1). Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, un projet de texte révisé.

7. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa dix-huitième session à Vienne du 30 novembre au 11 décembre 1992. Y ont assisté les représentants des Etats suivants : Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Autriche, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Egypte, Equateur, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Iran (République islamique d'), Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Nigéria, Pologne, Tchecoslovaquie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Thaïlande et Uruguay.

8. Ont également assisté à la session des observateurs des Etats suivants : Australie, Bolivie, Brésil, Finlande, Grèce, Indonésie, Liban, Malaisie, Nicaragua, Pays-Bas, Pérou, Philippines, République de Corée, Roumanie, Suède, Suisse et Ukraine.

9. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après : Association internationale du barreau, Conférence de La Haye de droit international privé, Fédération bancaire de la Communauté européenne, Fonds monétaire international (FMI) et Union internationale d'assurances transports.

10. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. J. Gauthier (Canada)

Rapporteur : M. A. Faridi Araghi (République islamique d'Iran).

11. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.75), note du Secrétariat contenant les articles révisés du projet de convention sur les lettres de garantie internationales (A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1) et une note contenant une proposition des Etats-Unis d'Amérique concernant le projet de règles relatives aux lettres de crédit stand-by (A/CN.9/WG.II/WP.77).

12. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Election du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Elaboration d'un projet de convention sur les lettres de garantie internationales.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

13. Il a été noté que le projet de règles relatives aux lettres de crédit stand-by proposé par les Etats-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.77) était fondé sur l'hypothèse que les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by seraient traitées dans des parties séparées de la future convention. De l'avis général, on ne pouvait déterminer de façon appropriée la nécessité de procéder de la sorte que lorsque l'on saurait avec exactitude la nature et le nombre des dispositions qui s'appliqueraient exclusivement aux garanties bancaires ou aux lettres de crédit stand-by. Le Groupe de travail a donc axé ses délibérations sur les projets d'articles établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.76), en s'attachant tout particulièrement à déterminer si telle ou telle règle s'appliquait aux deux types d'engagement ou à un seul.

14. Les délibérations et les conclusions du Groupe de travail sur les projets d'articles premier à 8 du projet de convention sont présentées ci-après au chapitre II. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, une version révisée des projets d'articles premier à 8.

II. EXAMEN DES ARTICLES D'UN PROJET DE CONVENTION SUR LES LETTRES DE GARANTIE INTERNATIONALES

Chapitre premier. Domaine d'application

Article premier. Champ d'application quant au fond

15. Le texte du projet d'article premier examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"La présente Convention s'applique aux lettres de garantie internationales [émises dans un Etat contractant]."

16. Le Groupe de travail a réaffirmé la décision qu'il avait prise à sa dix-septième session, à savoir qu'il partirait de l'hypothèse que le texte définitif prendrait la forme d'une convention, sans exclure pour autant la possibilité de revenir à la formule plus souple d'une loi type lors de la phase ultime des travaux (A/CN.9/361, par. 147).

17. Des avis divergents ont été exprimés quant au terme "lettres de garantie internationales" utilisé à l'article premier pour délimiter le champ d'application quant au fond du projet de convention. Selon un avis, il fallait retenir ce terme, car il englobait, tout en restant suffisamment concis, les deux types d'engagement que devait régir la convention, c'est-à-dire les garanties sur demande et les lettres de crédit stand-by. En outre, il était conforme à l'approche retenue pour le moment consistant à énoncer des dispositions communes aux deux types d'engagement, à moins que, dans certains cas particuliers, il ne soit nécessaire de ne faire référence qu'à un de ces types. Toutefois, on pourrait envisager d'utiliser la dénomination commune, en tant qu'expression synthétique, dans les dispositions du projet de convention, mais non dans son titre où, en désignant nommément les deux types d'engagement, on indiquerait plus clairement au lecteur quel doit être le champ d'application de la convention.

18. Selon un autre avis, ce terme n'était pas approprié, car il n'était pas conforme à la terminologie utilisée. Il devrait être donc remplacé par des termes tels que garanties bancaires (ou garanties sur demande) et lettres de crédit stand-by. Si, toutefois, il fallait utiliser une dénomination commune simplifiée, on devrait retenir un terme véritablement neutre, tel qu'"engagement" ou "assurance financière", qui aurait pour avantage de ne pas orienter le texte vers l'un ou l'autre des deux types d'engagement.

19. On s'est demandé si l'utilisation du terme "lettres de garantie" dans le titre et à l'article premier de la convention ne risquait pas de suggérer une préférence pour les garanties indépendantes par rapport aux garanties accessoires; aussi faudrait-il ajouter l'épithète "indépendantes" dans le titre et à l'article premier. Il a été répondu que l'article 2 précisait que seules les garanties indépendantes étaient régies par la convention.

20. Le Groupe de travail a convenu que l'importance d'une dénomination commune serait fonction, du moins dans une certaine mesure, de la structure définitive de la convention. Si l'on retenait l'approche actuelle, consistant à énoncer dans une large mesure des dispositions com-

munes (comme il ressort des documents A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1), il serait peut-être préférable de retenir une seule expression du point de vue de la rédaction; si, toutefois, les garanties bancaires et les lettres de crédit stand-by devaient être traitées dans des sections distinctes (comme il est suggéré dans la proposition des Etats-Unis publiée sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.77), il ne serait pas vraiment nécessaire d'utiliser une dénomination commune.

21. Au vu de ces divergences et ayant conscience que cette question était liée à la structure définitive de la convention, le Groupe de travail a décidé de réexaminer cette question de terminologie à un stade ultérieur.

22. Le Groupe de travail a discuté du libellé entre crochets "émises dans un Etat contractant", qui pourrait constituer un critère possible pour la détermination du champ d'application territorial de la convention. Il a été noté que ce libellé se fondait sur l'une des diverses approches retenues dans les conventions de droit commercial, en ce sens qu'il déterminait le champ d'application territorial au moyen d'un facteur permettant de rattacher de manière autonome l'opération à un Etat contractant, sans référence à une règle de conflit de lois. Il serait possible, selon une autre approche, de ne pas prévoir un tel facteur de rattachement et de laisser exclusivement les règles de conflit de lois (droit international privé) déterminer l'applicabilité de la convention. Selon une autre approche encore, on pourrait énoncer un ou peut-être deux facteurs de rattachement et prévoir en outre que la convention sera applicable dans les cas où les règles de conflit de lois aboutissent à l'application de la loi d'un Etat contractant. Enfin, il était possible, comme cela est suggéré dans le projet soumis au Groupe de travail, d'inclure dans la convention des règles de conflit de lois et de compétence.

23. Diverses questions ont été posées quant à la délimitation du champ d'application territorial en général, sur la base des approches mentionnées ci-dessus. On a demandé si la convention traiterait de manière satisfaisante des cas où seul le garant, mais non le bénéficiaire, était dans un Etat contractant ou des cas où seul le contre-garant, mais non la seconde banque émettant une garantie indirecte, était dans un Etat contractant. A ce sujet, on a proposé que, à l'instar de l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée Convention des Nations Unies sur les ventes), la Convention s'applique lorsque les parties en cause ont leur établissement dans des Etats contractants différents. On s'est aussi demandé si les parties d'Etats non contractants pouvaient choisir la convention comme loi applicable et dans quelle mesure les parties pouvaient déroger aux dispositions de la convention, dont certaines d'entre elles seulement étaient actuellement désignées comme non impératives.

24. Pour ce qui est des différentes approches visant à déterminer le champ d'application territorial, il a été noté que le critère proposé à l'article premier était le même que celui qui était suggéré à l'article 27 pour déterminer la loi applicable aux lettres de garantie en absence d'un choix des parties. Si cet argument a été avancé en faveur de la non-stipulation d'un facteur de rattachement à l'article premier,

il a toutefois été noté qu'un facteur territorial tel que celui qui était proposé vaudrait sans aucun doute pour les dispositions de fond de la convention, mais pas nécessairement pour les dispositions sur les conflits de lois et certainement pas pour les dispositions relatives aux règles de procédure, puisque ces dernières étaient adressées aux tribunaux des Etats contractants.

25. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de poursuivre sa discussion sur le champ d'application territorial lors de l'examen des projets d'articles sur la compétence et les conflits de lois, étant donné le lien entre ces deux questions.

Article 2. Lettre de garantie

26. Le texte du projet d'article 2 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Une lettre de garantie est un engagement indépendant [, sous la forme d'une garantie sur demande ou d'une obligation, ou sous la forme d'une lettre de crédit stand-by,] pris par une banque ou une autre institution ou personne ([«émetteur»] [«garant»]) de payer à une autre personne («bénéficiaire») [ou, si cela est énoncé dans l'engagement, à lui-même en tant que fiduciaire ou par l'intermédiaire d'une autre succursale] un certain montant ou un montant déterminable d'une monnaie ou unité de compte spécifiée [ou de tout autre article de valeur] [ou d'accepter une lettre de change pour un montant spécifié] conformément aux termes et aux conditions [à toute condition documentaire] de l'engagement dès réception d'une demande présentée de la manière prescrite dans l'engagement.

2. L'engagement peut être pris :

a) à la demande ou sur les instructions du client ("donneur d'ordre") de l'émetteur ("lettre de garantie directe");

b) sur les instructions d'une autre banque, établissement ou personne ("partie ordonnatrice") agissant sur la demande de son client ("donneur d'ordre") ("lettre de garantie indirecte"); ou

c) au nom de l'émetteur lui-même ("lettre de garantie au nom de l'émetteur")."

Paragraphe 1

27. Le Groupe de travail a entrepris un examen approfondi des divers éléments figurant dans la définition de la "lettre de garantie". On a fait observer que la définition et en particulier les premiers mots étaient essentiels pour définir le champ d'application de la Convention quant au fond.

"un engagement indépendant [, sous la forme d'une garantie sur demande ou d'une obligation, ou sous la forme d'une lettre de crédit stand-by,]"

28. Diverses suggestions ont été faites traduisant deux approches divergentes. L'une consistait à introduire dans la définition, en tant que caractéristique essentielle des engagements visés, l'objet de l'engagement. Cet objet pourrait être exprimé par des mots tels que ceux qui sont

utilisés de manière indirecte et non exclusive à l'article 3, à savoir "garantir le bénéficiaire contre la non-exécution de certaines obligations de la part du donneur d'ordre ou contre toute autre éventualité" ou par les mots "garantir l'exécution d'une obligation sous-jacente".

29. Les tenants de cette approche ont indiqué que le libellé introductif de l'article 2-1 définissait la "lettre de garantie" par référence à des expressions qui n'étaient pas définies dans la Convention et ne délimitait donc pas clairement les types d'engagements indépendants qui seraient régis par la Convention. Si l'on n'introduisait pas la notion de fonction de garantie, la définition serait trop large et engloberait par exemple les lettres de crédit commerciales et autres engagements indépendants de paiement sur présentation de documents. Si la fonction de garantie ne devait pas nécessairement figurer dans le texte de chaque engagement, elle était nécessaire en tant qu'élément descriptif commun à tous les engagements indépendants régis par la Convention. On a noté que la fonction de garantie était un point de référence commode et compréhensible sur lequel pourrait se fonder la définition. On a également avancé que, dans certains pays, on considérait que les lettres de crédit stand-by étaient émises dans le but de garantir ou de cautionner une obligation sous-jacente et qu'on comprendrait mal que les lettres de crédit stand-by qui n'étaient pas émises à cette fin soient automatiquement régies par la Convention.

30. Selon les tenants de l'autre approche, opposés à l'inclusion, de la fonction de garantie comme condition essentielle, il fallait décrire les engagements régis par la Convention en recourant à la terminologie utilisée dans la pratique pour désigner ces engagements. On pourrait ainsi faire référence aux engagements désignés comme garanties bancaires, lettres de crédit stand-by ou autres engagements d'appellation similaire, ou sans qu'une telle désignation soit requise, faire simplement référence aux garanties sur demande et aux lettres de crédit stand-by telles qu'elles sont comprises et utilisées sur le marché.

31. On a défendu cette approche en disant que l'objet de l'engagement était davantage une considération psychologique ou économique qu'un élément juridique objectif et que le fait d'exiger une fonction de garantie introduirait un degré inacceptable d'incertitude quant à l'applicabilité de la Convention. En outre, on trouvait dans la pratique des stand-by et des garanties des engagements qui n'étaient pas pris à des fins de garantie au sens strict, mais qui avaient pour objet d'améliorer la réputation de solvabilité ou d'offrir un mécanisme sûr de paiement des sommes dues par une autre personne (ce que l'on appelle les stand-by ou garanties à paiement direct). On a également avancé que le fait d'exiger une fonction de garantie pourrait être interprété comme imposant au garant ou à un tribunal le devoir de vérifier cette fonction, ce qui risquerait de porter atteinte à l'indépendance de l'engagement. Même si la fonction ne devait pas être précisée dans l'engagement, les conséquences que pourrait avoir toute déclaration inexacte relative à la fonction d'une lettre de garantie restaient incertaines.

32. S'il a été reconnu que les garanties sur demande et les lettres de crédit stand-by étaient normalement émises pour

garantir une obligation, certains ont appuyé l'approche selon laquelle la Convention s'appliquerait à ces engagements sans que leur fonction particulière doive être un élément de leur définition déterminant pour l'applicabilité de la Convention. Néanmoins, il n'a pas été jugé approprié de ne faire dépendre cette applicabilité que de l'utilisation dans l'engagement de l'appellation "garantie sur demande" ou "lettre de crédit stand-by". Il a été déclaré que la Convention devrait reconnaître les engagements ayant le même objet qu'une garantie sur demande ou une lettre de crédit stand-by mais non désignés comme tels. Conformément à cette opinion, il a été avancé qu'il faudrait énoncer à l'article 2 que les engagements visés sont des engagements indépendants désignés sous l'appellation de garantie sur demande (ou garantie bancaire), lettre de crédit stand-by ou instrument équivalent normalement émis pour garantir le bénéficiaire contre la non-exécution de certaines obligations par le donneur d'ordre ou contre toute autre éventualité. A propos de cette modification à apporter à l'article 2, il a été jugé bon de disposer à l'article premier que la Convention s'applique aux garanties sur demande et aux lettres de crédit stand-by.

33. Selon une autre suggestion, il ne faudrait pas faire référence à telle ou telle fonction normale de l'instrument, mais énumérer les engagements indépendants qui ne devraient pas être régis par la Convention. Ces engagements étaient par exemple les contrats d'assurance et en particulier les lettres de crédit commerciales, que le Groupe de travail a une nouvelle fois décidé de ne pas inclure dans le champ de la Convention, sans pour autant exclure d'étudier à un stade ultérieur si les dispositions finalement adoptées pourraient s'appliquer aux lettres de crédit commerciales.

34. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétaire de proposer un libellé, assorti éventuellement de variantes, pour l'article 2 et l'article premier qui, accompagné d'une éventuelle référence à la fonction de garantie qui n'en ferait pas une condition exclusive, établirait une distinction entre, d'une part, les lettres de crédit commerciales et les autres engagements qui ne seraient pas couverts et, d'autre part, les garanties sur demande et les lettres de crédit stand-by, ainsi que les engagements similaires qui pourraient apparaître sur le marché.

"pris par une banque ou une autre institution ou personne (["émetteur"] ["garant"])"

35. On a craint que la référence à une "personne" ne soit interprétée comme établissant le droit pour un consommateur d'émettre des garanties indépendantes ou des lettres de crédit stand-by. Dans le même temps, il a été noté que le critère d'internationalité énoncé dans le projet d'article 4 limiterait sans doute les conséquences pratiques d'une telle interprétation erronée. En outre, il était entendu que la Convention, en tant que texte de droit privé, n'était pas conçue pour régir des questions réglementaires telles que l'autorisation ou l'interdiction de certaines activités et n'était d'ailleurs pas à même de le faire. Toutefois, si l'on jugeait ultérieurement que des éclaircissements étaient nécessaires, on pourrait envisager d'inclure par exemple une indication similaire à la note relative à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux.

36. Selon un avis, il serait peut-être bon que le projet de Convention énonce des règles différentes pour les cas où les lettres de garantie étaient émises par des banques et des institutions financières dans le cadre normal de leurs activités et pour les cas où une lettre de garantie était émise occasionnellement par un non-professionnel. Selon l'avis qui a prévalu, le régime juridique applicable à la lettre de garantie ne devrait pas dépendre du caractère professionnel ou non de l'émetteur et le projet de Convention devrait laisser à d'autres règles juridiques applicables le soin de déterminer la capacité juridique que peuvent avoir des entités ou personnes d'émettre des lettres de garantie.

37. Pour ce qui est de la référence à l'"émetteur" ou au "garant" figurant entre crochets, on a jugé que le terme "émetteur" était préférable. Outre qu'il était courant dans la pratique des lettres de crédit stand-by, on a estimé qu'il était suffisamment neutre pour être applicable également aux garanties bancaires, alors que le terme "garant" pourrait être compris comme englobant l'émetteur d'une garantie accessoire. Selon un autre avis, le terme "garant" devrait être retenu, car il faisait mieux apparaître l'objet même de l'engagement visé.

38. Il a été jugé que, s'il fallait utiliser un terme neutre unique pour désigner l'entité émettrice, la même chose devait être faite pour ce qui est de la désignation du client demandant l'émission de la lettre de garantie. Aucun accord n'ayant pu se faire sur une terminologie commune, le Groupe de travail a décidé de conserver dans le projet de Convention des mots provenant tant de la terminologie des lettres de crédit stand-by que de la terminologie des garanties bancaires et d'utiliser la double expression "garant ou émetteur" et "donneur d'ordre ou client", en attendant que le groupe de rédaction qui serait constitué à la session suivante se penche sur la question.

"de payer à une autre personne ("bénéficiaire") [ou, si cela est énoncé dans l'engagement, à lui-même en tant que fiduciaire ou par l'intermédiaire d'une autre succursale]"

39. Pour ce qui est des mots "de payer à une autre personne ("bénéficiaire")", il a été proposé de remplacer le mot "personne" par les mots "banque ou une autre institution ou personne", mots utilisés dans le libellé retenu pour décrire l'émetteur ou garant. Par souci de simplicité et de concision, le Groupe de travail a décidé de ne pas retenir cette suggestion.

40. Des avis divergents ont été exprimés quant au libellé entre crochets ("ou, si cela est énoncé dans l'engagement, à lui-même en tant que fiduciaire ou par l'intermédiaire d'une autre succursale"). Selon un avis, ce libellé devrait être supprimé car son sens n'était pas clair et la pratique qu'il visait suscitait de sérieux doutes. On a indiqué que ni la référence à l'émetteur agissant en tant que "fiduciaire" (ou *trustee*) ni la référence à "une autre succursale" n'étaient claires. Pour ce qui est de cette dernière référence, on a noté qu'aucune disposition n'était requise pour le cas où l'autre succursale était une entité juridique distincte.

41. Les doutes exprimés quant à la pratique en question étaient les suivants : le rôle de l'émetteur en tant que fiduciaire risquait d'entrer en conflit avec ses responsabilités

envers le donneur d'ordre ou le client, et il fallait se prémunir contre de tels conflits d'intérêts potentiels en énonçant des normes de conduite fiduciaire élevées, comme celles qui étaient imposées par les autorités de tutelle dans certains pays. Toutefois, le projet de convention ne devrait pas entériner une telle pratique sans lui-même imposer de telles normes et sans énoncer des règles opérationnelles appropriées pour de tels cas. Aussi serait-il préférable de ne retenir que les mots "de payer à une autre personne", conformément à l'approche retenue dans les RUU et dans les RUGD. Une suggestion de moindre portée a été faite consistant à utiliser l'expression "de payer au bénéficiaire", ce qui permettrait aux États d'interpréter le terme de bénéficiaire comme englobant le fiduciaire.

42. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le projet de convention devrait tenir compte de cette pratique, que l'on rencontrait non seulement dans le contexte des lettres de crédit stand-by, mais aussi, à l'occasion, dans celui des garanties bancaires. A la différence des RUU et des RUGD, qui étaient des règles opérationnelles, le projet de convention devait énoncer des règles juridiques claires quant aux droits et obligations des parties et devrait donc faire expressément référence à cette pratique. On pourrait adopter un libellé plus clair, tel que "agissant pour une autre personne et en son nom" ou "agissant en faveur d'une autre personne", au lieu d'utiliser la notion floue de "fiduciaire" et la référence peu claire à "une autre succursale". Afin que la disposition énoncée à l'article 2-1 reste concise et lisible, il suffirait peut-être de faire référence au paiement, ou au paiement du bénéficiaire, puis d'inclure le libellé relatif à cette pratique soit dans un paragraphe séparé de l'article 2, soit à l'article 6.

43. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un libellé révisé en se fondant sur l'avis qui a prévalu.

"un certain montant ou un montant déterminable d'une monnaie ou unité de compte spécifiée [ou de tout autre article de valeur] [ou d'accepter une lettre de change pour un montant spécifié]"

44. D'emblée, le Groupe de travail a convenu que, de quelque manière que l'objet de l'obligation de paiement soit finalement décrit dans le projet de convention, la référence à "un certain montant ou un montant déterminable" était nécessaire afin d'éviter toute incertitude. Il a également convenu qu'il serait peut-être bon de faire référence à la possibilité de prévoir une unité de compte spécifiée, vu le nombre de plus en plus grand de lettres de garantie libellées en unités de compte.

45. Des avis divergents ont été exprimés quant au maintien ou à la suppression des mots "ou de tout article de valeur", qui feraient entrer dans le champ du projet de convention les lettres de garantie prévoyant un paiement sous une forme autre que monétaire. Il a été proposé de les supprimer au motif qu'ils étaient trop vagues et risquaient par exemple d'englober les services et que toute référence à un mode de paiement non monétaire risquerait de compromettre la fonction essentiellement monétaire de l'engagement. Il a été déclaré que, si le paiement sous une forme autre que monétaire pouvait être acceptable lorsque la lettre de garantie était conçue essentiellement comme un

instrument de crédit, un tel mode de paiement n'était pas acceptable lorsque l'engagement était pris à des fins de garantie. Le fait de devoir, au moment du paiement, convertir un montant d'un article de valeur non monétaire en un montant exprimé dans une monnaie donnée risquerait d'aller à l'encontre de l'objet de la lettre de garantie, qui était d'assurer un paiement prompt (caractéristique décrite sous le nom de "liquidité"). Si l'on a jugé que les paiements en métaux précieux constituaient une pratique qui pourrait se développer et qui devait être traitée par le projet de convention, on a estimé qu'un paiement en produits de base supposerait sans doute une vérification de la qualité, ce qui compromettrait l'indépendance de l'engagement du garant. Le paiement en produits de base risquerait d'être soumis à des règlements nationaux pouvant, par exemple, interdire le transfert de certains produits.

46. On a répondu que l'inclusion de tels instruments dans le champ d'application du projet de convention n'aurait pas d'incidence sur l'applicabilité des règlements en question. Les partisans du maintien des mots "ou de tout autre article de valeur" ont fait observer que des lettres de crédit stand-by en vertu desquelles le paiement devait être effectué sous une forme autre que monétaire étaient effectivement utilisées et qu'elles allaient sans doute se répandre. Le projet de convention devrait donc englober de tels instruments dans son champ d'application afin de ne pas restreindre le choix des parties et de se maintenir en phase avec les nouveaux modes de paiement qui pourront apparaître dans les années à venir. On a par ailleurs estimé qu'une interprétation large des termes "unité de compte" ne suffirait pas à englober ces types d'instruments. Selon l'avis qui a prévalu, la question des modes de paiement devait être laissée au choix des parties.

47. S'agissant de la référence à l'acceptation d'une lettre de change, il a été indiqué qu'un tel mode de paiement était rarement utilisé lorsque l'engagement avait principalement pour objet de garantir. Il a été indiqué par ailleurs que l'on irait à l'encontre de l'objet même de la garantie si on autorisait le garant (ou émetteur) à accepter une lettre de change au lieu de payer une fois la demande formulée. En outre, lorsqu'une lettre de change était escomptée avant sa date d'échéance, des faits pouvaient intervenir (mesure d'interdiction ordonnée par le juge, par exemple) qui empêcheraient le paiement à la date d'échéance; en pareil cas, il pourrait y avoir doute sur le point de savoir si l'obligation née de la lettre de garantie avait été dûment exécutée. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, étant donné que les paiements par acceptation de lettres de change étaient effectivement utilisés, le projet de convention devait entériner cette pratique.

48. Le Groupe de travail s'est demandé si le paragraphe 1 devait contenir une disposition traitant des cas où l'émetteur devait donner suite à la demande formulée en application de la lettre de garantie après expiration d'un délai donné à compter de la demande de paiement. Les mots "ou d'assumer une obligation de paiement différé", qui figurent au paragraphe 5 des remarques sur le projet d'article 2 et à l'article 2-1 de la proposition américaine, ont été mentionnés comme une formulation permettant de couvrir le cas en question. Si certains ont souhaité que ces mots soient incorporés au texte au motif qu'ils reflétaient une

pratique suivie par certaines banques à la demande de leurs clients, d'autres ont fait observer que ces mots pourraient être interprétés comme exigeant de l'émetteur qu'il assume vis-à-vis du bénéficiaire une obligation de paiement dont la nature n'était pas claire, et se sont demandé en particulier si l'émetteur aurait une obligation distincte et supplémentaire après la présentation de la demande. Cette dualité d'obligations serait une source de difficultés, notamment en cas d'obstacle à l'exécution de l'obligation énoncée par la lettre de garantie.

49. Après délibération, le Groupe de travail a décidé que dans une disposition sur le paiement différé, on ne devait pas stipuler que l'émetteur assumerait une obligation de paiement qui serait distincte de l'obligation énoncée par la lettre de garantie. Toutefois, cela n'empêcherait pas que soit stipulée dans la lettre de garantie une modalité de paiement telle que "X jours après réception d'une demande conforme".

50. Si, dans l'ensemble, on a estimé que toute pratique bancaire acceptable devait être entérinée par le projet de convention, il a été indiqué que, d'un point de vue rédactionnel, il serait peut-être préférable de ne pas faire figurer de considérations pratiques quant à l'objet de l'obligation de paiement dans la définition de la lettre de garantie, qui devait se borner à en énoncer les éléments essentiels.

51. Des vues divergentes se sont exprimées sur le point de savoir si les différents objets possibles de l'obligation de paiement devaient être énoncés ailleurs dans le projet de convention. Selon un avis, le projet de convention devait simplement faire référence à l'obligation de payer le bénéficiaire conformément aux termes de l'engagement. Par une déclaration générale de ce type, on ouvrirait la voie dans la pratique commerciale à tout mode de paiement approprié, alors qu'une tentative d'énumération des modes de paiement acceptables pourrait être considérée comme trop restrictive. Selon un autre avis, le projet de convention devait faire place à la pratique d'une manière expresse et libérale. Tout silence du projet de convention sur les moyens par lesquels l'obligation de paiement née d'une lettre de garantie pouvait être exécutée serait vraisemblablement interprété comme par trop restrictif et pourrait engendrer une situation dans laquelle le projet de convention, faute d'avoir expressément consacré un mode de paiement donné, serait interprété comme écartant des modes de paiement dont auraient pu convenir les parties. Il a été proposé qu'un texte s'inspirant de la formulation ci-après figure à l'article 2-2 ou à l'article 6.

"Le paiement peut être effectué sous toute forme énoncée dans l'engagement, y compris :

- a) Un paiement différé;
- b) Une monnaie ou unité de compte spécifiée;
- c) L'acceptation d'une lettre de change d'un montant spécifié; ou
- d) Tout autre article de valeur."

52. Après délibération, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer, à la lumière des propositions dont il est rendu compte ci-dessus, un projet révisé de disposition

sur les modes de paiement acceptables, pour examen par le Groupe de travail.

"conformément aux termes et aux conditions [à toute condition documentaire] de l'engagement dès réception d'une demande présentée de la manière prescrite dans l'engagement"

53. Le Groupe de travail a approuvé ce membre de phrase, sous réserve de la possibilité de réexaminer ultérieurement l'expression "à toute condition documentaire" (notamment l'adjectif "toute"), qui était liée à la manière dont les conditions non documentaires seraient traitées dans le projet d'article 3.

Paragraphe 2

54. Le Groupe de travail a approuvé les alinéas *a* et *b*.

55. Quant à l'alinéa *c*, selon un avis, dans l'acception traditionnelle de la garantie, le garant répond de la dette d'une autre personne et l'engagement pris par le garant à l'appui de sa propre obligation principale ne saurait véritablement être considéré comme une lettre de garantie. Une réserve particulière a été émise à propos de la possibilité qu'une entreprise commerciale, par opposition à une banque, émette une lettre de garantie pour elle-même. Le Groupe de travail, toutefois, rappelant qu'il avait examiné cette question à sa seizième session (A/CN.9/358, par. 24 et 25), a approuvé l'alinéa *c* quant au fond. Selon un avis, il serait peut-être plus approprié de prévoir la possibilité d'émettre une lettre de garantie pour soi-même dans la définition de la lettre de garantie; si on optait pour cette approche, le projet de convention ne mettrait pas sur le même plan l'émission de tels engagements et l'émission des engagements visés aux alinéas *a* et *b*.

Article 3. Indépendance de l'engagement

56. Le texte du projet d'article 3 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. [Aux fins de la présente Convention,] un engagement est [réputé] indépendant :

a) s'il prévoit un paiement sur demande et sur présentation de tous documents spécifiés [, sans vérification de faits n'entrant pas dans le domaine de compétence de l'émetteur];

ou

b) s'il comporte [dans son titre et] dans son libellé les mots "Lettre de crédit stand-by" ou "Garantie sur demande" [ou "Promesse documentaire indépendante" ou "Lettre de garantie internationale"].

2. Lorsqu'un engagement visé à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article dispose que le paiement sera effectué lorsque se produira un événement futur incertain, sans spécifier les moyens documentaires d'établir la survenance de cet événement, le paiement est dû uniquement sur attestation par le bénéficiaire [ou le donneur d'ordre] de la survenance de l'événement, à moins que la vérification n'entre dans le domaine de compétence de l'émetteur. La même règle vaut pour toute condition non

documentaire relative aux effets de la lettre de garantie ou à [la réduction ou l'augmentation] [l'ajustement] de son montant.

3. Si l'objet d'un engagement régi par la présente Convention [serait normalement] [peut être] de garantir le bénéficiaire contre la non-exécution de certaines obligations de la part du donneur d'ordre ou contre toute autre éventualité, ledit engagement n'est pas subordonné à l'opération sous-jacente ou à toute autre relation, ni restreint par elles, même si celles-ci sont mentionnées dans l'engagement, et l'obligation de paiement n'est pas subordonnée à la détermination [ultime] de la survenance de cette éventualité, mais seulement à la présentation de tous documents requis dans l'engagement ou au paragraphe 2 du présent article. [La même règle s'applique à une lettre de contre-garantie dans l'éventualité où le bénéficiaire de la lettre de contre-garantie serait requis de payer en vertu de sa propre lettre de garantie.]

Indépendance de l'engagement (paragraphe 1 a)

57. Le Groupe de travail a décidé de conserver les mots "Aux fins de la présente Convention" et de supprimer le mot "réputé".

58. Des avis divergents ont été exprimés quant à la manière dont l'alinéa *a* définissait un engagement indépendant. Selon un avis, il n'était ni approprié ni utile d'assimiler le caractère indépendant au caractère documentaire, car ce dernier offrait un critère précis, alors que la notion d'indépendance était vague en ce sens qu'il y avait différents degrés d'indépendance. Il a été répondu que, selon le type et le nombre de documents requis, le bénéficiaire aurait dans certains cas davantage de difficultés que dans d'autres à obtenir les documents en question, mais que l'engagement était indépendant puisque le paiement ne dépendait que de la présentation de documents conformes en apparence.

59. Selon un autre avis, la notion d'indépendance devrait être retenue à l'alinéa *a* et la définition de cette notion au paragraphe 3 donnait des indications utiles. Selon un avis similaire, qui a finalement prévalu, la notion d'indépendance devrait non seulement être retenue à l'alinéa *a*, mais aussi être précisée dans ladite disposition. Il a été proposé que cette disposition s'inspire du projet d'article 3-2 de la proposition des Etats-Unis (A/CN.9/WG.II/WP.77), qui est libellée comme suit :

"L'engagement est indépendant si l'exécution de l'obligation de l'émetteur envers le bénéficiaire n'est pas soumise ni conditionnée à l'existence ou à la validité d'une opération sous-jacente ou de tout terme autre que ceux figurant sur l'engagement ou de toute condition, acte ou fait autres que la présentation des documents spécifiés."

60. Diverses suggestions ont été faites pour améliorer cette formulation. Selon une proposition, il faudrait préciser la distinction entre termes et conditions, par exemple en définissant la "condition" comme un fait futur et incertain. Pour ce qui est de la référence à "toute condition, acte ou fait autres que la présentation des documents spécifiés", on

s'est demandé si ce libellé ne risquait pas d'être interprété comme autorisant l'émetteur à agir imprudemment en négligeant des faits pertinents dont il avait connaissance.

61. La même préoccupation, fondée sur des considérations d'ordre public, a été émise quant au libellé figurant entre crochets à l'alinéa *a*. Selon un autre avis, l'expression "domaine de compétence" était incertaine et inappropriée, car ce domaine pouvait varier selon l'émetteur. Selon un autre avis, la référence au domaine de compétence n'était pas nécessaire, car le caractère documentaire était décrit avec suffisamment de clarté par les mots "sans vérification de faits".

62. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée de l'alinéa *a* fondée sur le projet d'article 3-2 de la proposition des Etats-Unis.

Règle dite du "safe-haven" (paragraphe 1 b) et traitement des "conditions non documentaires" (paragraphe 2)

63. Le Groupe de travail a examiné l'alinéa *b* en vertu duquel les parties pourraient s'assurer que la Convention s'appliquerait en désignant l'engagement d'une certaine manière (règle dite du "safe-haven"), et a examiné en outre la question suivante : quel traitement doit-on réserver dans la Convention aux conditions non documentaires énoncées dans une lettre de garantie ainsi désignée. On a estimé que si l'on jugeait acceptable de laisser de côté les conditions non documentaires ou de les traiter comme des conditions documentaires, la règle de protection pourrait constituer un critère sûr et simple de l'applicabilité de la Convention. Si, toutefois, on estimait que les conditions non documentaires ne devaient ni être laissées de côté, ni être converties en conditions documentaires, la règle de protection n'avait aucun intérêt pratique.

64. Selon un avis, la règle du "safe-haven" était utile car elle rendait certaine l'applicabilité de la Convention. Sans une telle disposition, il serait nécessaire de scruter chaque lettre de garantie pour y rechercher une éventuelle condition non documentaire afin de déterminer si la Convention s'appliquait. En outre, il n'y aurait pas lieu de refuser que la Convention soit applicable si, en raison d'un oubli ou d'une mauvaise rédaction, l'engagement comportait une condition non documentaire. Certains partisans de cette solution étaient d'avis qu'il fallait ne tenir aucun compte des conditions non documentaires (projet d'article 3-3 de la proposition des Etats-Unis, A/CN.9/WG.II/WP.77) car la conversion requise posait des problèmes pratiques délicats. D'autres estimaient qu'il fallait traiter la condition non documentaire comme une condition documentaire (projet d'article 3-2 établi par le Secrétariat, A/CN.9/WG.II/WP.76) car c'était là une solution moins draconienne que celle qui consistait à ne tenir aucun compte d'une condition née de la volonté des parties.

65. Selon l'avis qui a prévalu, la règle du "safe-haven" ne devait pas être adoptée car elle donnait la priorité à une désignation et non au fond ou au contenu de l'engagement. Rien ne justifiait que l'on fasse échec à la volonté des parties en ne tenant pas compte d'une condition non docu-

mentaire ou en exigeant que la réalisation de cette condition soit certifiée par le bénéficiaire. On a fait observer que, dans la pratique, les conditions non documentaires pouvaient se situer dans le domaine de compétence ou hors du domaine de compétence de l'émetteur. Des partisans de cette position ont estimé que certaines conditions non documentaires moins importantes pourraient être laissées de côté ou bien considérées comme des conditions documentaires, mais qu'une règle générale de protection n'était pas acceptable. Aussi le Groupe de travail a-t-il décidé de supprimer les paragraphes 1 *b* et 2.

Paragraphe 3

66. En raison de la décision d'incorporer au paragraphe 1 la référence à l'indépendance de l'opération sous-jacente, le Groupe de travail a décidé de ne pas conserver le paragraphe 3.

Article 4. Internationalité de la lettre de garantie

67. Le texte du projet d'article 4 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Une lettre de garantie est internationale :

a) Si les établissements spécifiés dans la lettre de crédit de deux des parties suivantes sont situés dans des Etats différents : émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice [, notificateur] ou confirmateur; ou

b) S'il est expressément indiqué dans la lettre de garantie que celle-ci est internationale ou qu'elle est soumise aux règles ou usages internationaux [généralement reconnus] relatifs à la pratique en matière de garanties ou de lettres de crédit.

2. Aux fins du paragraphe précédent :

a) Si la lettre de garantie indique plus d'un établissement pour une partie donnée, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la lettre de garantie;

[b) Si la lettre de garantie ne spécifie pas d'établissement pour une partie donnée, mais spécifie son lieu de résidence habituelle, ce lieu de résidence est pertinent pour la détermination du caractère international de la lettre de garantie.]"

Paragraphe 1

68. Dans l'ensemble, on a estimé que le champ d'application du projet de convention devait être large. A propos du débat sur l'éventuelle nécessité d'élargir le champ de la définition de l'internationalité, on a rappelé que le Groupe de travail s'était précédemment demandé si le projet de convention devait être élargi aux opérations nationales et n'avait pas pris de décision définitive en la matière. On s'est demandé si, même dans le cadre d'opérations strictement nationales, l'essor des techniques modernes de télécommunication faisant appel aux ordinateurs parfois exploités dans des pays étrangers ne risquait pas d'accentuer la difficulté qu'il y avait à distinguer les opérations internationales des opérations nationales. Il a en outre été indiqué que si le champ d'application du projet de

convention était restreint aux opérations internationales, les divergences éventuelles entre les dispositions du projet de convention et les règles générales du droit interne risquaient d'être moins acceptables.

69. Si certains se sont prononcés en faveur de l'incorporation des opérations nationales, d'autres ont mis en garde contre une réglementation trop poussée des opérations nationales qui risquerait de compromettre l'acceptabilité du projet de convention. En tout état de cause, les Etats resteraient libres d'appliquer le texte définitif aux opérations nationales. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de continuer à privilégier dans ses travaux les opérations internationales et de différer toute décision définitive quant à l'application du projet de convention aux opérations nationales jusqu'à ce qu'il ait achevé l'examen des dispositions de fond du projet de convention.

Alinéa a

70. Le Groupe de travail a estimé que le critère objectif énoncé dans cet alinéa pour déterminer l'internationalité d'un engagement était généralement acceptable. Toutefois, des réserves ont été exprimées à propos de la référence au "notificateur" d'une lettre de garantie car le rôle du notificateur était secondaire. Il a été répondu que les notificateurs pouvaient avoir des fonctions importantes en tant que agents de paiement ou banques négociatrices et que la référence au notificateur aurait dans une certaine mesure pour effet d'élargir le champ d'application. Le Groupe de travail a décidé de laisser le mot "notificateur" entre crochets pour examen à une session ultérieure.

Alinéa b

71. Le Groupe de travail a ensuite examiné les avantages qu'il y aurait à garder les critères subjectifs énoncés à l'alinéa *b* pour déterminer l'internationalité d'un engagement. S'agissant de la possibilité pour les parties de satisfaire à l'obligation d'internationalité par le simple fait d'indiquer que l'instrument est international, on s'est demandé, comme cela avait déjà été le cas à la seizième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/358, par. 70) s'il était bien approprié de conserver l'alinéa *b* jugeant en particulier qu'il ne convenait pas de décrire comme international un instrument purement national. Le recours à un tel procédé pourrait être considéré comme une ingérence dans la législation nationale. Diverses suggestions ont été faites pour atténuer ces conséquences sur la législation nationale. Il a été proposé d'ajouter à l'alinéa un autre facteur de rattachement qui permettrait d'exiger l'existence d'un lien entre l'objet d'une lettre de garantie donnée et une opération commerciale internationale. Il a été objecté cependant qu'il serait impossible de déterminer au vu de l'instrument si une telle condition était respectée, ce qui entraînerait un degré d'incertitude inacceptable. Selon une autre suggestion, on ne pourrait recourir à des critères subjectifs pour établir l'internationalité d'un engagement que lorsque les Etats contractants avaient la possibilité de veiller en émettant une réserve à ce que les parties qui optent pour l'application de la convention soient contraintes d'appliquer les règles impératives d'ordre public (règles sur la compétence, par exemple) dans les cas où l'opération faisait intervenir uniquement des ressortissants d'un même Etat.

72. A l'issue d'un débat, les membres du Groupe de travail sont convenus qu'il faudrait inclure dans le projet de convention une disposition permettant aux parties d'opter pour l'application de la convention. On s'est accordé à penser qu'il faudrait le faire de manière directe plutôt que par un élargissement quelque peu artificiel du critère d'internationalité. Le Groupe de travail a décidé qu'il conviendrait, à cet effet, d'ajouter à l'article premier une clause assez simple d'option ainsi rédigée : "et à toute lettre de garantie dans laquelle il est indiqué qu'elle est soumise à la présente convention". Il a donc été décidé de supprimer l'alinéa *b*. On pourrait toutefois examiner ultérieurement la possibilité de permettre aux Etats contractants de limiter, au moyen d'une réserve, la possibilité donnée à leurs ressortissants de soumettre leur relation aux dispositions de la Convention. Il conviendrait aussi, à propos du champ d'application territorial, d'examiner ultérieurement si les parties devraient avoir la possibilité de renoncer à l'application de la Convention.

Alinéa a du paragraphe 2

73. Diverses suggestions ont été faites concernant la façon dont le projet de convention devrait traiter du cas où la lettre de garantie indiquait deux établissements pour une partie, par exemple lorsqu'un garant ayant des établissements multiples émettait une lettre de garantie dont l'entête énumérait plusieurs établissements. Selon une première suggestion, une lettre de garantie devrait être soumise aux dispositions du projet de convention si l'un au moins des établissements d'une partie mentionnés sur la lettre de garantie répondait aux critères objectifs énoncés à l'alinéa *a* du paragraphe 1. Une telle approche serait conforme à la solution ayant la préférence du Groupe de travail, à savoir un champ d'application étendu de la Convention, et constituerait une solution claire et simple. Il a été objecté toutefois que l'établissement d'une partie ne devrait être pertinent pour déterminer le caractère international d'un engagement que s'il était d'une façon ou d'une autre lié à cet engagement.

74. Selon une deuxième suggestion, il serait préférable, comme il est actuellement prévu à l'alinéa *a*, d'exiger un lien fonctionnel entre l'établissement à prendre en considération et la lettre de garantie. Les difficultés que peut présenter la détermination de la relation la plus étroite ont été jugées acceptables, car il était peu probable que les banques émettent des engagements indiquant plusieurs établissements. On a aussi déclaré, en faveur du maintien de l'alinéa, que celui-ci était fondé sur des dispositions analogues qui avaient été incorporées dans un certain nombre de conventions internationales et qui étaient par conséquent largement acceptées et comprises. Enfin, selon une troisième suggestion, en cas de doute quant à l'établissement d'une partie à prendre en considération, le principal établissement de cette partie devrait être le critère décisif. Il pourrait, a-t-on cependant objecté, exister une incertitude quant à ce qui constitue le principal établissement d'une partie.

75. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver l'alinéa quant au fond.

Alinéa b du paragraphe 2

76. On a demandé si une règle relative au lieu de résidence habituelle était nécessaire. Il a été répondu que le projet de convention devrait traiter des cas, aussi rares soient-ils, où une partie (par exemple une partie non professionnelle) n'avait pas d'établissement. Il a également été noté que l'indication d'un lieu ou l'adresse d'une partie donnée ne faisaient pas toujours apparaître s'il s'agissait d'un établissement ou d'une résidence habituelle. Il a été proposé de résoudre cette difficulté en remplaçant le mot "établissement" à l'article 4 par le mot "lieu". Après un débat, le Groupe de travail a adopté cette proposition et, partant, a décidé de supprimer l'alinéa *b*.

Chapitre II. Interprétation

Article 5. Principes d'interprétation

77. Le texte du projet d'article 5 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale en matière de garantie et de lettre de crédit stand-by."

78. On s'est demandé s'il était vraiment nécessaire d'inclure une disposition sur l'interprétation du projet de convention, étant donné que les principes généralement applicables en matière d'interprétation étaient déjà énoncés dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. On a toutefois estimé dans l'ensemble que, comme cela avait été fait dans d'autres instruments internationaux tels que la Convention des Nations Unies sur les ventes, il était préférable d'inclure dans le projet de convention une disposition relative à l'interprétation.

79. Quant au libellé de cette disposition, on s'est demandé si la "bonne foi" n'était pas plus appropriée en tant que norme de conduite pour les parties à une opération de garantie qu'en tant que norme d'interprétation d'un texte juridique. On s'est également demandé si la référence à la notion de "bonne foi" ne poserait pas de sérieux problèmes d'interprétation dans certaines juridictions. Toutefois, il a été dans l'ensemble convenu qu'une disposition du type de l'article 5, qui figurait dans de nombreuses conventions internationales comparables, était utile. Quant au libellé de cette disposition, on a estimé qu'il n'était pas nécessaire que le respect de la bonne foi soit limité à la pratique internationale en matière de garantie et de lettre de crédit stand-by. Il faudrait, plus généralement, faire référence au "respect de la bonne foi dans le commerce international", comme c'est le cas à l'article 7-1 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Il a également été suggéré de simplifier le texte et de ne faire référence qu'à la nécessité de promouvoir l'uniformité et la bonne foi dans la pratique internationale en matière de garantie et de lettre de crédit stand-by.

80. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver tel quel l'article 5.

Article 6. Règles d'interprétation et définitions

81. Le texte du projet d'article 6 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Aux fins de la présente Convention et sauf disposition contraire dans ladite Convention, ou à moins que le contexte ne s'y oppose :

a) le terme "lettre de garantie" inclut les "lettres de contre-garantie" et les "confirmations des lettres de garantie", et le mot "garant" inclut le "contre-garant" et le "confirmateur";

b) toute référence à la lettre de garantie ou à l'engagement de l'émetteur, ou à ses termes et conditions, constitue une référence au texte tel qu'initialement établi conformément à l'article 7 ou, si ce texte a été ultérieurement modifié conformément à l'article 8, au texte sous sa dernière forme modifiée;

c) lorsqu'une disposition de la présente Convention fait référence à un accord ou une stipulation possibles des parties, les parties visées sont l'émetteur et le bénéficiaire de la lettre de garantie en question;

d) le terme "lettre de contre-garantie" désigne une lettre de garantie donnée à l'émetteur d'une autre lettre de garantie par sa partie ordonnatrice [ou à l'émetteur d'une autre garantie ou lettre de crédit] et prévoyant un paiement sur demande et sur présentation de tout document spécifié indiquant que le paiement [en vertu de cette autre lettre de garantie ou de cet autre engagement] a été demandé au bénéficiaire de la "lettre de contre-garantie" ou effectué par ce dernier;

e) le terme "contre-garant" désigne l'émetteur d'une lettre de contre-garantie;

f) le terme "confirmation d'une lettre de garantie" désigne un engagement indépendant s'ajoutant à celui de l'émetteur et donnant au bénéficiaire la possibilité de demander paiement et, sauf disposition expresse contraire, de présenter tout document requis au confirmateur [au lieu de l'émetteur];

g) le mot "confirmateur" désigne la personne confirmant une lettre de garantie;

h) le mot "document" désigne une communication faite sous une forme permettant d'en préserver un enregistrement complet [et dont la source est authentifiée par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue avec le destinataire]."

Alinéa a

82. On s'est demandé si le texte de l'alinéa *a* ne risquait pas d'être interprété comme mettant sur un même plan, du point de vue juridique, la confirmation d'une lettre de garantie et une lettre de contre-garantie. Il a été expliqué qu'alors que la confirmation d'une lettre de garantie donnerait au bénéficiaire la possibilité de demander le paiement soit à l'émetteur de la lettre de garantie originale soit au confirmateur, le paiement en vertu d'une lettre de contre-garantie ne pouvait être demandé qu'au contre-garant. Il a été répondu que la différence entre une lettre de contre-garantie et une confirmation ressortait clairement des définitions figurant aux alinéas *d* et *f*. En outre, l'ali-

néa *a* ne faisait qu'énoncer une règle d'interprétation selon laquelle les dispositions faisant référence à une "lettre de garantie" étaient également applicables à la lettre de contre-garantie et à la confirmation d'une lettre de garantie, sauf disposition contraire du projet de convention ou à moins que le contexte ne s'y oppose. Il a été dans l'ensemble convenu que l'alinéa *a* n'avait pas d'incidence sur le caractère juridique de la lettre de contre-garantie.

83. Après un débat, le Groupe de travail a jugé que le texte de l'alinéa *a* était dans l'ensemble acceptable.

Alinéa b

84. Si l'on a estimé que la règle énoncée à l'alinéa *b* pouvait être considérée comme allant de soi, on a néanmoins jugé qu'elle devait être conservée dans le projet de convention. Toutefois, selon un autre avis, cette disposition risquait de poser des problèmes, notamment dans le cas où le paiement en vertu d'une lettre de garantie était effectué au moyen d'un effet de commerce négocié avant une modification de la lettre de garantie. Il a été déclaré que le projet de convention devrait expressément traiter de ce cas, afin qu'un porteur de bonne foi de l'effet puisse fonder sa demande de paiement sur le montant figurant sur la lettre de garantie telle qu'elle était libellée au moment où l'effet a été négocié. La même remarque a été faite à propos des cas où les droits en vertu de la lettre de garantie étaient transférés avant une modification.

85. Si certains se sont prononcés pour la suppression de l'alinéa *b*, il a été dans l'ensemble convenu que les préoccupations exprimées ne devraient pas être traitées dans le contexte de l'article 6, qui ne faisait qu'énoncer une règle d'interprétation et autorisait expressément des exceptions, mais plutôt lors du débat sur les règles de fond énoncées aux articles 8 et 9 relatifs à la modification et au transfert des droits. En outre, il a été déclaré que des questions telles que la date pertinente pour la détermination des droits et obligations des parties seraient normalement traitées dans le texte de la modification.

86. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de placer le texte de l'alinéa *b* entre crochets, étant entendu qu'il reviendrait sur cette question après avoir examiné les dispositions de fond du projet de convention.

Alinéa c

87. Selon un avis, l'alinéa *c* devait être supprimé car il pourrait se révéler trop restrictif et être source d'incertitude au cas où des parties autres que l'émetteur et le bénéficiaire de la lettre de garantie seraient visées dans une disposition du projet de convention. Par exemple, il a été déclaré que si l'émetteur et le bénéficiaire étaient les parties normales à l'engagement, des éléments tels la modification, la cession du produit, le transfert des droits et la notification de la présentation d'une demande de paiement au titre de la lettre de garantie feraient intervenir des "parties" autres que l'émetteur et le bénéficiaire de la lettre de garantie.

88. Selon un autre avis, la référence à une possible "stipulation des parties" devait être traitée séparément de l'"accord des parties". Si le mot "accord" renvoyait à juste

titre tant à l'émetteur qu'au bénéficiaire d'une lettre de garantie, le mot "stipulation" lui devait être interprété comme englobant les dispositions énoncées dans le texte de la lettre de garantie et ne renvoyait donc qu'au garant. Le texte actuel devrait donc être remanié afin qu'une interprétation erronée n'aboutisse pas à ce que le consentement du bénéficiaire soit exigé à propos des stipulations de l'engagement.

89. Pour les partisans du maintien de l'alinéa *c*, en visant un "accord ou une stipulation . . . des parties", cet alinéa ne traitait que de la relation entre le garant et le bénéficiaire, qui était distincte de toutes les autres relations juridiques envisagées dans le projet de convention et qui avait été placée par le Groupe de travail au centre du projet de convention. Il a par ailleurs été noté que l'alinéa *c* ne faisait qu'énoncer une règle générale d'interprétation à laquelle des exceptions pouvaient être faites. En outre, du point de vue rédactionnel, la seule formulation pouvant remplacer une disposition de caractère général, comme celle qu'énonce l'alinéa *c*, consistait à désigner expressément les parties intéressées dans chaque disposition du projet de convention comportant une règle applicable aux "parties". Il a été noté que le texte ainsi rédigé risquait d'être par trop maladroit, mais le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble que l'alinéa *c* devait être supprimé et que les parties devaient être désignées expressément dans chaque disposition pertinente du projet de convention, sous réserve d'un réexamen de la question par le Groupe de travail à une session ultérieure.

Alinéa d

90. Selon un avis, la définition énoncée à l'alinéa *d* devait se contenter d'indiquer qu'une lettre de contre-garantie désignait une lettre de garantie donnée à l'émetteur d'une autre lettre de garantie par sa partie ordonnatrice. Quant à la disposition selon laquelle le paiement au titre de la lettre de contre-garantie ne pourrait avoir lieu qu'à condition que soit présenté un document indiquant que le paiement en vertu de l'autre lettre de garantie avait été demandé au bénéficiaire de la lettre de contre-garantie ou effectué par ce dernier, on a indiqué qu'une telle disposition risquait de compromettre l'indépendance de la lettre de contre-garantie vis-à-vis de l'autre lettre de garantie.

91. Certains ont préconisé la suppression de la dernière partie de l'alinéa *d*, mais selon l'avis qui a prévalu, le texte actuel établissait de manière suffisamment claire que, dans tous les cas, l'obligation du contre-garant en vertu de la lettre de contre-garantie devait être considérée comme légalement indépendante non seulement de la relation commerciale sous-jacente entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, mais aussi de l'autre lettre de garantie émise pour l'ultime bénéficiaire. Le Groupe de travail a, en outre, estimé que la fonction de remboursement acquittée par la lettre de contre-garantie dans le cadre de relations interbancaires devait faire l'objet d'une formulation concrète dans le projet de convention, comme cela est le cas dans la dernière partie du texte actuel de l'alinéa *d*.

92. Après délibération, le Groupe de travail a jugé que le texte de l'alinéa *d* était dans l'ensemble acceptable.

Alinéa e

93. Le Groupe de travail a accepté l'alinéa *e*.

Alinéa f

94. Il a été proposé d'ajouter à l'alinéa *f*, qui définit "la confirmation", la condition suivante : une confirmation doit être autorisée par l'émetteur. Il a été précisé que certaines banques avaient pour politique de ne pas faire confirmer leurs garanties ou leurs lettres de crédit stand-by, mais que, néanmoins, les bénéficiaires demandaient à leur banque, et parfois obtenaient d'elle, un engagement réputé être une confirmation sans que l'émetteur n'en soit informé ni n'ait autorisé l'engagement pris par la banque du bénéficiaire. Ces confirmations non autorisées étaient parfois appelées dans la pratique "confirmations silencieuses". Il a en outre été déclaré que les banques émettrices n'appréciaient pas, pour des raisons de principe, la pratique des confirmations silencieuses, notamment parce que cela les mettait en contact avec des banques avec lesquelles elles n'auraient pas traité en temps normal.

95. Selon un avis, il ne faudrait pas modifier l'alinéa *f* et traiter, dans les dispositions de fond du projet de convention, des conséquences de la confirmation silencieuse. L'une de ces conséquences serait qu'un confirmateur agissant sans autorisation n'aurait pas droit à remboursement de la part de l'émetteur.

96. Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, il faudrait inclure la notion d'autorisation dans la définition; ainsi, une confirmation silencieuse ne serait pas une confirmation en vertu du projet de convention et c'est en fonction de ses termes que l'engagement silencieux serait ou non considéré comme un engagement indépendant et documentaire régi par le projet de convention. On a décidé d'examiner ultérieurement la question de savoir si les confirmations silencieuses devaient ou non être mentionnées dans le projet de convention.

97. Il a été proposé de traiter dans le projet de convention d'autres questions régissant la relation entre l'émetteur et le confirmateur (notamment la question du remboursement). Le Groupe de travail a réservé sa position sur le point de savoir s'il serait utile que la Convention traite de ces questions.

Alinéa g

98. Le Groupe de travail a accepté l'alinéa *g*.

Alinéa h

99. Selon un avis, la notion de "communication faite sous une forme permettant d'en préserver un enregistrement complet" n'était pas claire et pouvait être confondue avec la notion d'archivage des documents. On a demandé si les communications orales enregistrées sur certains types de supports tels que les disques laser, qui étaient un support inaltérable, étaient englobées dans cette notion. Si l'objet de la définition était de valider le recours à l'échange de données informatisées (EDI), il serait plus approprié de faire directement référence à l'EDI, comme c'était par exemple le cas à l'article 2 *d* des RUGD. Il a été répondu que la notion d'EDI même n'était pas claire du tout. Le

Groupe de travail, approuvant l'approche rédactionnelle retenue pour ce qui est de la forme des documents, a noté que, s'il était fait référence à "une communication faite sous une forme permettant d'en préserver un enregistrement complet", c'était pour exclure du champ du projet de convention les communications purement verbales. Il a été noté que la disposition sur la forme des documents devait être interprétée comme exigeant des enregistrements sous une forme tangible, tout en étant suffisamment large pour englober des formes équivalentes qui pourraient apparaître ultérieurement.

100. Il a été proposé d'inclure dans la définition du "document" les lettres de change, billets à ordre et demandes de paiement, afin d'éviter toute incertitude quant à l'applicabilité de la Convention aux lettres de crédit stand-by simples et aux garanties sur simple demande. Le Groupe de travail n'a pas examiné cette proposition.

101. Il a été proposé que le libellé entre crochets soit supprimé. Il a été noté que l'authentification et, en particulier, la forme qu'elle prenait dépendaient des termes et conditions de l'engagement et de la loi applicable; ainsi, la simple exigence d'une authentification n'était pas un élément à incorporer dans la définition du "document". Selon un avis opposé, il fallait conserver ce libellé sans changement, étant donné qu'il était généralement accepté que les documents à présenter en vertu d'une lettre de crédit devaient être authentiques. On a en outre proposé que soit précisée dans l'alinéa la nature de la condition d'authentification. Certains des tenants de cette proposition ont estimé que l'alinéa devrait se limiter à exiger une authentification "le cas échéant" ou "lorsqu'elle est requise en vertu des termes et conditions de l'engagement", sans faire référence à la loi applicable; il a été déclaré que le respect de la loi applicable allait de soi et qu'il n'était pas nécessaire à ce propos que le projet de convention traite de cette question. D'autres ont estimé qu'il fallait préciser dans l'alinéa que les documents devaient être authentifiés si la loi applicable ou les termes et conditions de l'engagement l'exigeaient et sous la forme prescrite. Après un débat, le Groupe de travail a fait sienne cette dernière proposition.

102. On a jugé que la référence à des "méthodes généralement acceptées" d'authentification n'était pas claire, en ce sens qu'elle n'indiquait pas avec suffisamment de précision quelles normes d'authentification étaient requises, et il a été proposé, soit de remplacer les mots "et dont la source est authentifiée par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue avec le destinataire" par les mots "et qui est authentifiée", soit de préciser la norme d'authentification. Afin d'éclaircir cette question, il a été proposé de recourir à la notion de "méthode d'authentification commercialement raisonnable" utilisée à l'article 5-2 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux.

Ajout proposé d'une définition du mot "condition"

103. Il a été rappelé que, lorsque le Groupe de travail avait décidé d'adopter une définition de l'engagement indépendamment fondée sur une distinction entre les termes et les conditions de l'engagement, il avait été proposé de préciser dans le projet de convention la distinction entre les termes

et les conditions (voir plus haut les paragraphes 59 et 60). Il a été suggéré que l'on définisse à l'article 6 le mot "condition" comme faisant référence à un fait futur et incertain. Une telle définition était certes courante dans la législation de nombreux pays, mais elle aurait sans doute son utilité pour les autres pays, et elle serait particulièrement utile dans tous les pays où le mot "condition" est également utilisé pour désigner toute clause ou stipulation de l'engagement. On a dans l'ensemble jugé que, si le projet de convention définissait le mot "condition", il faudrait également définir le mot "terme".

104. Si certains se sont prononcés en faveur des définitions proposées, d'autres ont néanmoins douté de l'intérêt de telles définitions générales. Il a été noté que, sauf à l'article 3-1 a, où une distinction entre les notions de "terme" et de "condition" serait essentielle, l'expression "termes et conditions" était utilisée indistinctement dans tout le projet de convention en tant qu'équivalent du mot "stipulations". Après un débat, le Groupe de travail a convenu que, puisque les mots "termes" et "conditions" étaient utilisés dans une acception précise à l'article 3-1 a, il faudrait s'efforcer d'incorporer dans cet article la notion selon laquelle une "condition" est un fait futur et incertain, car elle y joue un rôle essentiel pour la définition de l'indépendance de l'engagement en plaçant hors du champ de projet de convention les engagements soumis à des conditions non documentaires. Si cette tentative échouait, on pourrait alors envisager de donner une définition générale des mots "terme" et "condition".

Proposition tendant à l'ajout d'une définition de la "lettre de crédit stand-by"

105. On a rappelé que, lors d'une précédente session, le Groupe de travail avait accepté une proposition tendant à ce que soit ajoutée une définition du terme "lettre de crédit stand-by" au projet de convention (A/CN.9/358, par. 74). Une telle définition aurait notamment pour objet de distinguer la lettre de crédit stand-by non seulement de la garantie bancaire, mais aussi de la lettre de crédit commerciale. On a noté que la définition de la lettre de crédit stand-by énoncée à l'article 2 de la proposition des Etats-Unis différait peu sur le fond de la définition de la lettre de garantie du projet de convention. En outre, l'article 6-2 de la proposition des Etats-Unis comportait une description d'un certain nombre de catégories de lettres de crédit stand-by caractérisées par leur but dans un contexte commercial ou financier donné tel qu'il ressort du contenu des documents requis.

106. Selon un avis, une définition de la lettre de crédit stand-by serait particulièrement utile si les différences de nature entre la lettre de crédit stand-by et la garantie bancaire étaient telles que le projet de convention doive traiter de ces deux instruments dans deux jeux séparés de dispositions, auquel cas une définition de la garantie bancaire serait également nécessaire. Si la plupart des dispositions du projet de convention se révélaient applicables indifféremment aux deux instruments, l'intérêt de telles définitions serait sans doute moindre.

107. Quant à une éventuelle distinction entre la lettre de crédit stand-by et la lettre de crédit commerciale, on a noté que, dans les pays où ces deux instruments étaient d'usage

courant, le même régime juridique leur était appliqué et qu'il n'y avait pas de définition abstraite de la lettre de crédit stand-by. La seule distinction connue, fondée sur l'évaluation des différents risques de crédit propres aux deux catégories d'instruments était celle qu'opéraient les autorités de tutelle des banques pour des raisons liées au niveau requis de fonds propres. On a estimé qu'une définition s'appuyant sur l'objet de l'engagement pourrait être utile et qu'une telle définition pourrait assimiler la lettre de crédit stand-by à une lettre de crédit émise à des fins de garantie (ou à un engagement de garantie donné sous la forme d'une lettre de crédit). Selon un autre avis, toutefois, une définition de cet ordre ne serait pas utilisable concrètement, car il existait dans la pratique des standbys (et dans les garanties) des engagements qui n'étaient pas donnés à des fins de garantie au sens strict, mais pour renforcer la surface financière d'une entreprise ou pour garantir un paiement dû par une autre personne (standbys ou garanties pour "paiement direct"). Selon un autre avis, le seul critère qui permettrait de distinguer une lettre de crédit stand-by d'une lettre de crédit commerciale pourrait être un critère de forme, les lettres de crédit stand-by étant des lettres de crédit s'intitulant elles-mêmes lettres de crédit stand-by.

108. En ce qui concerne la distinction entre les lettres de crédit stand-by et les garanties bancaires, selon une suggestion s'inspirant de l'article 6 de la proposition des Etats-Unis, au lieu d'essayer d'énoncer une définition abstraite de la lettre de crédit stand-by, le Groupe de travail pourrait axer ses travaux sur l'établissement d'une liste des différentes formes possibles de lettres de crédit stand-by. On a noté, toutefois, que la liste ainsi proposée n'était pas exhaustive et que diverses autres pratiques mettant en jeu des lettres de crédit stand-by pourraient devoir y figurer. En outre, une définition des lettres de crédit stand-by pour "paiement direct" pourrait être nécessaire, en dépit de la tentative qui avait été faite d'englober cette notion dans une définition large du standby financier. On a proposé le libellé provisoire ci-après, qui pourrait servir de définition pour une lettre de crédit stand-by pour paiement direct.

"Le standby pour paiement direct, qui prévoit le paiement sur présentation de documents indiquant que le paiement est dû en paiement direct d'une obligation financière".

109. L'idée que l'on puisse définir la lettre de crédit stand-by au moyen d'une liste d'exemples a suscité un certain nombre d'objections. Il a été indiqué qu'une description de diverses catégories de lettres de garantie ne permettrait pas de déterminer l'applicabilité du projet de convention ou de certaines dispositions du projet de convention, qui est le but assigné à de telles définitions; une définition simple de cet ordre, même si elle véhiculait beaucoup d'informations, ne serait pas appropriée dans un texte de nature législative tel que le projet de convention. En outre, on a fait observer qu'une définition faisant appel à des exemples et ayant pour objet de différencier les deux instruments ne serait utile que dans la mesure où les pratiques décrites étaient propres à l'un des instruments et non à l'autre. Or, la plupart des fonctions que remplissaient les lettres de crédit stand-by étaient identiques aux buts assignés aux garanties bancaires.

110. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a conclu qu'une lettre de crédit stand-by ne se distinguait d'un engagement de garantie indépendant que par la forme. Il a décidé que, pour le moment, il convenait, dans le projet de convention, de présenter une lettre de crédit stand-by comme étant une lettre de garantie adoptant la forme d'une lettre de crédit. Toutefois, on a émis la crainte que, dans les pays où n'existait aucune définition légale ou autre définition juridique de la notion de "lettre de crédit", le fait de parler de "la forme d'une lettre de crédit" n'offrirait pas le degré de certitude voulu.

Chapitre III. Effets de la lettre de garantie

Proposition tendant à l'ajout d'une nouvelle disposition sur les éléments constitutifs que doit posséder la lettre de garantie

111. On a proposé que soit incluse au chapitre III une disposition énumérant certains éléments devant figurer dans une lettre de garantie, tels que les lieux où sont l'émetteur et le bénéficiaire, la monnaie dans laquelle est libellée la lettre de garantie et son montant, le lieu de paiement, le lieu où les documents doivent être présentés et la date d'expiration de la lettre de garantie. Cette proposition a été rejetée, car on a estimé que l'imposition d'éléments constitutifs serait un procédé trop strict dans la mesure où il entraînerait l'invalidité de nombreux engagements où manqueraient des éléments. Il pourrait en revanche être utile de donner des orientations dans les règles d'application pratique (comme à l'article 3 des RUGD). En outre, il semblait préférable de s'en remettre à la pratique pour ce qui est du niveau de précision des éléments à faire figurer dans les lettres de garantie. Par ailleurs, le nombre de renseignements inclus dans les divers éléments d'une lettre de garantie pourrait augmenter à la suite, par exemple, de progrès des techniques de communication et d'enregistrement, et les conditions qu'il était proposé d'imposer pourraient faire obstacle à cette évolution.

Article 7. Etablissement de la lettre de garantie

112. Le texte du projet d'article 7 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Une lettre de garantie peut être établie sous toute forme qui préserve un enregistrement complet du texte de ladite lettre et qui permet une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue entre les parties.

2. *Variante A* : Sauf disposition contraire dans la lettre de garantie, la lettre de garantie produit ses effets et devient irrévocable lorsqu'elle n'est plus sous le contrôle de l'émetteur ("émission").

Variante B : La lettre de garantie produit ses effets et [, à moins qu'il n'y soit indiqué expressément qu'elle est révoquée,] devient irrévocable lorsqu'elle est émise, à condition qu'il n'y soit pas indiqué qu'elle produira ses effets à une date différente."

Paragraphe 1

113. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 1.

Paragraphe 2

114. L'emploi de l'expression "produit ses effets", dans les deux variantes, a été critiqué, car elle ne permettait pas de savoir exactement s'il était fait référence à l'acte consistant à faire de la lettre de garantie un engagement contraignant et irrévocable, ou au moment où la lettre de garantie entrait en vigueur, autorisant le bénéficiaire à formuler une demande de paiement conforme. Le Groupe de travail a gardé l'expression "produit ses effets", tout en convenant qu'il serait peut-être bon d'en préciser le sens.

115. Le Groupe de travail, ayant réaffirmé sa décision selon laquelle une lettre de garantie devait produire ses effets lorsqu'elle était émise et non au moment où elle était reçue par le bénéficiaire, a noté que la notion d'émission à l'article 7-2 était la même que celle qui était employée à l'article 8-2, qui traitait de la modification d'une lettre de garantie. Selon une opinion, les termes "émission" dans la variante A et "émise" dans la variante B semblaient indiquer que la lettre de garantie était un acte unilatéral, par opposition à un contrat. Le Groupe de travail, rappelant que, selon son interprétation, le projet de convention ne traiterait pas la question de la nature juridique de la lettre de garantie, a été d'avis que la notion d'émission était appropriée et qu'il ne fallait pas considérer que son emploi constituait une réponse à cette question.

116. Des doutes ont été exprimés quant à l'utilité du critère de "contrôle de l'émetteur" dans la variante A pour définir l'émission de la lettre de garantie. Ce critère, a-t-on déclaré, n'était pas clair et soulevait plus de questions qu'il n'en résolvait. Selon l'avis qui a prévalu cependant, il était utile dans la mesure où il fournissait une orientation pour l'interprétation de la notion d'émission.

117. Le Groupe de travail a préféré l'approche suivie dans la variante B. On a proposé la suppression, dans cette variante, de la référence entre crochets à la révocabilité. Selon l'avis qui a largement prévalu, cependant, cette référence devrait être maintenue. Conformément à l'avis qui a prévalu sur l'utilité de définir l'"émission", il a été décidé d'inclure à l'article 6 une disposition définissant le moment d'émission de la lettre de garantie comme étant le moment où ladite lettre n'était plus sous le contrôle de l'émetteur.

Article 8. Modification

118. Le texte du projet d'article 8 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Une lettre de garantie peut être modifiée sous la forme convenue par les parties ou, faute d'une telle convention, sous toute forme mentionnée au paragraphe 1 de l'article 7.

2. La modification prend effet, à moins qu'une date d'effet différente ne soit spécifiée dans la modification ou n'ait été convenue par les parties,

Variante A : lorsqu'elle est émise [par l'émetteur], à condition qu'elle ne porte que sur la prolongation de la période de validité de la lettre de garantie; toute autre modification prend effet lorsque l'émetteur reçoit un

avis d'acceptation du bénéficiaire, à moins qu'une date d'effet différente ne soit spécifiée.

Variante B : lorsqu'elle est émise, à moins que l'émetteur ne reçoive un avis de rejet du bénéficiaire dans un délai de [dix] jours [ouvrables].

[2 bis. Une modification ne produit ses effets sur la confirmation d'une lettre de garantie que si le confirmateur accepte ladite modification.]

[3. *Variante Y :* Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article n'autorisent pas l'émetteur à invoquer la modification à l'appui de toute demande de remboursement adressée au donneur d'ordre si l'émetteur n'a pas obtenu le consentement du donneur d'ordre requis par une convention ou par la loi.

Variante Z : Lorsqu'un amendement est émis, l'émetteur en expédie promptement copie au donneur d'ordre.]"

Paragraphe 1

119. Le Groupe de travail a jugé que le texte de ce paragraphe était généralement acceptable.

Paragraphe 2

120. En ce qui concerne les variantes proposées, le Groupe de travail a noté que, si la variante B incorporait le concept d'acceptation implicite ou silencieuse, la variante A exigeait un accord exprès du bénéficiaire. Des avis ont été exprimés en faveur de chaque variante, mais on a généralement estimé qu'en règle générale un accord implicite du bénéficiaire ne devrait pas être présumé, car une modification affectait de manière intrinsèque la position juridique du bénéficiaire. La règle générale assimilant le silence du bénéficiaire à un accord implicite serait inéquitable, car ce silence pourrait être le résultat de difficultés de communication ou d'autres événements indépendants de la volonté du bénéficiaire. Elle n'était pas non plus conforme à la pratique bancaire telle qu'elle ressortait du projet d'article 9 d iii du projet de révision des RUU.

121. Simultanément, des réserves ont été exprimées à propos de la lourdeur excessive d'une règle générale qui exigerait un avis d'acceptation du bénéficiaire, comme proposé par la variante A. On a observé que, dans la pratique, la grande majorité des modifications étaient effectuées à la demande du bénéficiaire. Lorsqu'une modification résultait d'une demande du bénéficiaire présentée au garant directement ou indirectement par l'intermédiaire du donneur d'ordre, le consentement du bénéficiaire devait être présumé. Il a été répondu que la date d'effet ne devait pas être soumise à un critère aussi incertain et difficilement vérifiable que la question de savoir si la modification résultait ou non d'une demande du bénéficiaire. On a noté, cependant, que les modifications effectuées conformément à une demande du bénéficiaire présentée à l'émetteur entreraient dans le champ d'application de la règle générale si l'acceptation devait être entendue comme englobant tout consentement antérieur.

122. Partant d'une préoccupation similaire, on a suggéré que la règle énoncée dans la variante A ne s'applique qu'aux très rares cas où la modification était préjudiciable

au bénéficiaire. On a répondu en rappelant que le Groupe de travail, à des sessions précédentes, avait examiné des propositions prévoyant la préparation de deux ensembles de règles différentes suivant qu'une modification déterminée était profitable ou préjudiciable au bénéficiaire. On avait estimé alors que des règles faisant appel à des jugements subjectifs étaient d'application difficile et n'offraient pas la certitude qui est requise dans la pratique. A titre d'exemple, on a déclaré qu'il pourrait être difficile de déterminer si une modification du lieu ou de la monnaie de paiement serait favorable au bénéficiaire (voir A/CN.9/358, par. 98). Même la prorogation de la période de validité de l'engagement pourrait, dans certaines circonstances, ne pas être considérée comme étant favorable au bénéficiaire.

123. Des réserves ont également été exprimées au sujet des complications que la règle énoncée dans la variante A pourrait entraîner pour celui qui émet la modification si aucune date limite n'est imposée au bénéficiaire pour notifier son accord. Le projet de convention devrait prévoir un délai déterminé (par exemple quinze ou trente jours) à l'issue duquel un émetteur qui n'aurait pas reçu l'avis d'acceptation nécessaire du bénéficiaire pourrait considérer que la modification est refusée. On s'est opposé à cette suggestion au motif qu'il n'existait pas de délai déterminé qui puisse être approprié dans tous les cas et que les émetteurs d'une modification qui voulaient avoir une certitude quant à la réaction du bénéficiaire étaient libres de fixer un délai pour l'acceptation de la modification par celui-ci.

124. On a proposé de préciser au paragraphe 2 que l'accord du bénéficiaire, qu'il soit implicite ou exprès, validait la modification à compter de sa date d'émission, que l'accord du bénéficiaire soit parvenu antérieurement à l'émission de la modification ou que cet accord valide la modification rétroactivement.

125. On a proposé que la question de l'acceptation partielle et de la manière dont il fallait en traiter soit examinée ultérieurement.

126. Après délibération, le Groupe de travail s'est accordé sur le principe selon lequel une modification tenait son effet du consentement du bénéficiaire. Ce consentement pouvait être donné avant ou après l'émission de la modification, et il pouvait être donné de manière expresse sous quelque forme que ce soit ou découler implicitement d'un acte déterminé du bénéficiaire. En ce qui concerne les exceptions éventuelles à la règle générale, le Groupe de travail est convenu qu'il avait besoin de plus amples renseignements sur la pratique bancaire pour déterminer s'il était approprié de prévoir une exception pour certains types de modifications comme celles qui portaient seulement sur une prorogation de la période de validité ou une augmentation du montant de la garantie. Il a en outre convenu que les parties devraient être autorisées à déroger aux dispositions du projet de convention et que les lettres de crédit stand-by incorporant les RUU ne seraient pas visées par les règles énoncées dans le projet de convention en matière de modification.

127. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer un nouveau projet de paragraphe 2 tenant compte du débat et des conclusions qui précèdent pour examen à une session ultérieure.

Paragraphe 2 bis

128. Si le principe énoncé au paragraphe 2 *bis* a rencontré l'agrément du Groupe de travail, des avis divergents ont été exprimés quant au maintien de ce paragraphe. Selon un avis, puisque ce principe valait même si le paragraphe n'était pas inclus dans le projet de convention, il faudrait supprimer ce paragraphe. Selon un autre avis, qui a reçu un large appui, le paragraphe 2 *bis* était utile; en effet, il importait de souligner que l'engagement du confirmateur était indépendant, puisque la confirmation, en vertu de l'article 6 *f*, constituait un engagement supplémentaire portant sur la lettre de garantie même qui était modifiée par l'émetteur et puisque, au moment de la confirmation, la teneur de l'engagement du confirmateur était alignée sur celle de l'engagement de l'émetteur.

129. Les tenants du maintien du principe énoncé dans ce paragraphe ont émis des avis divergents quant à la manière d'énoncer ce principe. Selon un avis, il faudrait conserver le libellé actuel du paragraphe 2 *bis*. Selon un autre, le paragraphe devrait se limiter à énoncer le principe selon lequel une modification de la lettre de garantie n'avait pas d'incidence sur les droits et obligations du confirmateur de ladite lettre. Selon un avis différent encore, il serait utile d'ajouter à ce principe les mots suivants : "à moins que le confirmateur n'y consente". Il a été noté que l'on pouvait donner son consentement à une modification soit lorsque l'on était informé de la modification, soit par avance pour des modifications d'un type donné.

130. Le Groupe de travail a étudié s'il serait utile d'ajouter au paragraphe une référence à la forme sous laquelle le consentement devrait être donné. Il a été proposé d'énoncer une règle selon laquelle le consentement devrait être donné sous la même forme que la confirmation initiale. D'autres ont jugé que, s'il fallait vraiment énoncer une règle relative à la forme, il serait préférable de permettre que le consentement soit exprimé sous toute forme mentionnée à l'article 7-1, même si elle était différente de celle de la confirmation initiale. De sérieuses réserves ont été émises quant à la proposition tendant à inclure dans le projet de convention une règle sur la forme du consentement. Il a été déclaré que cette question ne semblait pas poser de problèmes; aussi était-il préférable de laisser à la pratique le soin de façonner des règles appropriées.

131. Il a été rappelé qu'une confirmation devait être autorisée par l'émetteur et que les "confirmations silencieuses" n'étaient pas considérées comme des confirmations au sens du projet de convention (voir plus haut le paragraphe 96). Il a été proposé que le principe énoncé au paragraphe 2 *bis* s'applique également à la modification d'une "confirmation silencieuse", mais il a été noté que le Groupe de travail n'avait pas encore décidé si les "confirmations silencieuses" seraient ou non mentionnées dans le projet de convention.

Proposition d'élargissement de la règle au contre-garant

132. Une autre suggestion a reçu un certain appui : il s'agissait d'élaborer une nouvelle disposition aux termes de laquelle, lorsqu'une lettre de contre-garantie était émise au bénéfice de l'émetteur d'une autre lettre de garantie, la modification de l'une de ces deux lettres de garantie n'avait

pas d'incidence sur l'autre. Il a été déclaré à l'appui de cette proposition que la lettre de contre-garantie était un engagement indépendant, de même que la confirmation, et que, vu la décision du Groupe de travail de supprimer l'article 3-3, le projet de convention n'indiquait expressément nulle part que la lettre de contre-garantie était indépendante de l'autre lettre de garantie. Cette suggestion a suscité des réserves. On a noté qu'il ressortait clairement du projet de convention qu'une lettre de contre-garantie, comme la lettre de garantie, était un engagement indépendant et qu'énoncer ce principe dans le contexte restreint de l'article 8 ne serait pas conforme à la structure du projet de convention. En outre, une lettre de contre-garantie pouvait comporter des termes et conditions entérinant par avance certains types de modifications pouvant être apportées à la lettre de garantie pour laquelle la lettre de contre-garantie avait été émise, et il faudrait élaborer une disposition détaillée pour exprimer la différence entre ces effets indirects éventuels et le principe énoncé au paragraphe 2 *bis*, à savoir le fait que la modification n'avait pas d'effets sur les tiers. (Voir le débat résumé ci-après aux paragraphes 135 à 138.)

Paragraphe 3

133. Des avis divergents ont été exprimés quant au paragraphe 3. Selon un avis, il fallait le conserver. A ce propos, on a proposé que les variantes Y et Z soient conservées et fusionnées en un seul paragraphe, où leur ordre serait inversé.

134. Selon un autre avis, il fallait supprimer ce paragraphe. Les tenants de cette solution ont particulièrement critiqué la variante Z, qui suscitait davantage de problèmes qu'elle ne tentait d'en résoudre. Il a été déclaré qu'elle ne précisait pas si la conséquence d'un défaut d'expédition d'une copie de la modification serait l'invalidité de la modification ou la perte ou la limitation du droit à remboursement.

Proposition de fusionnement

135. Il a été proposé d'inclure à l'article 8 une règle disposant qu'une modification de la lettre de garantie n'a pas d'incidence sur les droits et obligations du confirmateur, du contre-garant et du donneur d'ordre. La règle proposée viendrait remplacer les actuels paragraphes 2 *bis* et 3. Diverses observations et suggestions ont été faites concernant cette proposition, sur la base des positions adoptées précédemment au sujet de l'élargissement proposé du paragraphe 2 *bis* au contre-garant, ainsi que du paragraphe 3.

136. On a fait observer que les droits et obligations évoqués dans la proposition étaient de nature et d'origine diverses : les droits et obligations du confirmateur étaient

alignés sur ceux de l'émetteur de la lettre de garantie confirmée; ceux du contre-garant découlaient d'un engagement distinct qui était indépendant de l'autre lettre de garantie et ceux du donneur d'ordre se rattachaient à l'opération sous-jacente qui était distincte de la lettre de garantie. Ainsi, les termes de la règle proposée auraient un sens différent selon la relation envisagée. Dans ce contexte, on a fait observer que les RUU — l'ensemble de règles régissant les lettres de crédit stand-by — ne traitaient que de l'effet d'un amendement sur le confirmateur. On a donc suggéré que l'article ne devrait pas traiter des droits et obligations du contre-garant et du donneur d'ordre.

137. Selon une autre proposition, la disposition suggérée devrait porter sur le confirmateur et sur le donneur d'ordre, mais pas sur le contre-garant.

138. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de revoir la question de l'élaboration d'une règle englobant le donneur d'ordre (ou la partie ordonnatrice), sur la base d'une nouvelle version du paragraphe 2 *bis* qui couvrirait le confirmateur et le donneur d'ordre (ou la partie ordonnatrice).

III. TRAVAUX FUTURS

139. Le Groupe de travail a noté que les dates de sa prochaine session avaient dû être changées et que celle-ci se tiendrait du 24 mai au 4 juin 1993 à New York.

140. Il a été convenu qu'à cette session le Groupe de travail ne serait pas saisi du texte révisé des articles premier à 8, mais poursuivrait son examen du projet de texte actuel, en commençant par l'article 9.

141. Préoccupé par le rythme auquel avaient progressé ses travaux pendant la session en cours, le Groupe de travail a accepté de revoir ses méthodes de travail au début de la session suivante. Diverses suggestions ont été avancées. Selon l'une d'elles, les représentants et observateurs pourraient, entre les sessions du Groupe de travail, souhaiter examiner les questions de fond qui, d'après les précédents rapports, n'avaient pas été réglées et étaient controversées, et tenir des consultations à ce sujet dans leur pays. Selon une autre proposition, il fallait trouver des moyens de promouvoir l'esprit de consensus et de compromis. S'agissant des questions de procédure, on a notamment suggéré de recourir à des groupes de travail *ad hoc* qui élaboreraient, en dehors des heures de réunion, des projets à soumettre au Groupe de travail durant la même session, d'adopter un programme de travail limitant le temps imparti à l'examen de chaque article et de limiter la durée des interventions.

B. Documents de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa dix-huitième session

**1. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : articles révisés du projet de Convention sur les lettres de garantie internationales : note du Secrétariat
(A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1) [Original : anglais]**

TABLE DES MATIÈRES

[A/CN.9/WG.II/WP.76]

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	167
CHAPITRE PREMIER. DOMAINE D'APPLICATION	167
Article 1 ^{er} . Champ d'application quant au fond	167
Article 2. Lettre de garantie	167
Article 3. Indépendance de l'engagement	168
Article 4. Internationalité de la lettre de garantie	169
CHAPITRE II. INTERPRÉTATION	169
Article 5. Principes d'interprétation	169
Article 6. Règles d'interprétation et définitions	169
CHAPITRE III. EFFETS DE LA LETTRE DE GARANTIE	170
Article 7. Etablissement de la lettre de garantie	170
Article 8. Modification	170
Article 9. Transfert des droits	171
Article 9 <i>bis</i> . Cession du produit	171
Article 10. Moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets	172
Article 11. Expiration	173

[A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1]

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET MOYENS DE RECOURS	173
Article 12. Détermination des droits et obligations	173
Article 13. Responsabilité de l'émetteur	174
Article 14. Demande	174
[Article 15. Avis de demande]	174
Article 16. Examen de la demande et des documents joints	175
Article 17. Paiement ou rejet de la demande	175
[Article 18. Demande de prorogation ou de paiement]	176
Article 19. Demande incorrecte	176
Article 20. Compensation	177
CHAPITRE V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES	177
Article 21. Mesures conservatoires [à l'encontre de l'émetteur ou du bénéficiaire]	177
CHAPITRE VI. COMPÉTENCE	178
Article 24. Choix du tribunal ou de l'arbitrage	178
Article 25. Détermination de la juridiction compétente	179
CHAPITRE VII. CONFLIT DE LOIS	179
Article 26. Choix de la loi applicable	179
Article 27. Détermination de la loi applicable	179

[A/CN.9/WG.II/WP.76]

INTRODUCTION

1. Le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a examiné, à sa seizième session, les projets d'articles premier à 13 et, à sa dix-septième session, les projets d'articles 14 à 27 d'une loi uniforme sur les lettres de garantie internationales établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées dans les rapports du Groupe sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/358 et 361). Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, un projet révisé de texte des articles premier à 27.

2. La présente note a été établie comme suite à cette demande. Elle présente des articles révisés sur le domaine d'application, l'interprétation et les effets de la lettre de garantie. Les articles révisés sur les droits, obligations et moyens de recours et sur les mesures judiciaires, la compétence et les conflits de lois seront présentés dans un additif à la présente note. La présentation est identique à celle des projets précédents; elle est expliquée aux paragraphes 3 et 4 de l'introduction du document A/CN.9/WG.II/WP.73.

CHAPITRE PREMIER. DOMAINE D'APPLICATION

Article premier. Champ d'application quant au fond
[1]

La présente Convention [2] s'applique aux lettres de garantie internationales [3] [émises dans un Etat contractant] [4].

Remarques

1. L'article premier devrait être intitulé simplement "Champ d'application", si l'ajout proposé d'un facteur de connexion territoriale était accepté (voir la remarque 4).

2. On a utilisé ici et dans les autres dispositions du projet de texte le terme "Convention", conformément à la décision prise par le Groupe de travail de poursuivre "ses travaux en partant de l'hypothèse que le texte définitif prendrait la forme d'une convention, sans exclure pour autant la possibilité de revenir à la formule plus souple d'une loi type lors de la phase ultime des travaux, à un moment où le Groupe aurait une meilleure idée du contenu du texte" (A/CN.9/361, par. 147).

3. Bien que l'on ait craint, lors de la seizième session, que le terme "lettre de garantie" n'englobe pas les lettres de crédit stand-by, c'est ce terme qui est utilisé, le Groupe de travail ayant conclu qu'il serait prématuré de prendre une décision définitive quant à la question du nom qui serait retenu (A/CN.9/358, par. 15). Afin de répondre à cette préoccupation, on a expressément indiqué, à l'article 2 révisé, que ce terme englobe les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Cette précision pourrait également être ajoutée à l'article premier. Si le Groupe de travail souhaitait établir une distinction claire entre ces deux types

de lettres de garantie, on pourrait envisager de spécifier que la Convention est applicable aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by, de prévoir des définitions distinctes de ces deux types d'instruments et de recourir à un terme générique simple (par exemple, "engagement bancaire" ou "assurance") dans les dispositions applicables à ces deux types d'instruments.

4. Le libellé entre crochets a été ajouté afin que soit examinée la question du champ d'application territorial, l'hypothèse de travail étant que le texte définitif sera adopté sous la forme d'une convention. Il faudrait notamment étudier si un lien territorial avec un Etat contractant sera nécessaire et, dans l'affirmative, si le critère proposé, fondé sur le lieu de l'émission, est approprié. La réponse à ces questions, notamment à la première d'entre elles, aura des incidences sur les dispositions éventuelles relatives aux conflits de lois; ces questions devraient donc être examinées dans le cadre de ces dernières dispositions (voir les projets d'articles 26 et 27 et les remarques y relatives).

Article 2. Lettre de garantie

1. Une lettre de garantie est un engagement indépendant [1] [, sous la forme d'une garantie sur demande ou d'une obligation, ou sous la forme d'une lettre de crédit stand-by,] [2] pris par une banque ou une autre institution ou personne (["émetteur"] ["garant"]) [3] de payer à une autre personne ("bénéficiaire") [ou, si cela est énoncé dans l'engagement, à lui-même en tant que fiduciaire ou par l'intermédiaire d'une autre succursale] [4] un certain montant ou un montant déterminable d'une monnaie ou unité de compte spécifiée [ou de tout autre article de valeur] [ou d'accepter une lettre de change pour un montant spécifié] [5] conformément aux termes et aux conditions [à toute condition documentaire] [6] de l'engagement dès réception d'une demande présentée de la manière prescrite dans l'engagement [7].

2. L'engagement peut être pris :

a) à la demande ou sur les instructions du client ("donneur d'ordre") de l'émetteur ("lettre de garantie directe");

b) sur les instructions d'une autre banque, établissement ou personne ("partie ordonnatrice") agissant sur la demande de son client ("donneur d'ordre") ("lettre de garantie indirecte"); ou

c) au nom de l'émetteur lui-même ("lettre de garantie au nom de l'émetteur").

Remarques

1. On notera que le Groupe de travail avait décidé à sa seizième session de conserver la référence au caractère "essentiellement documentaire" entre crochets, à titre de rappel, et de réexaminer la question à un stade ultérieur (A/CN.9/358, par. 21). Toutefois, cette référence controversée n'a pas été conservée dans le projet d'article, le Groupe de travail ayant ultérieurement convenu "que les dispositions de la loi uniforme devraient porter essentiellement sur les instruments contenant seulement des conditions documentaires" (A/CN.9/358, par. 61). Quant à l'autre suggestion consistant

à énoncer le caractère documentaire dans la définition de la lettre de garantie, on se référera à la remarque 6 ci-après.

2. La référence aux garanties sur demande ou obligations et aux lettres de crédit stand-by a été incluse ici afin de donner au Groupe de travail la possibilité de se prononcer sur la question pour les raisons indiquées dans la remarque 3 relative à l'article premier.

3. Pour ce qui est de la référence au "garant" ou à l'"émetteur" figurant entre crochets, le Groupe de travail a décidé à sa seizième session de soumettre cette question au groupe de rédaction qui serait constitué lors d'une session ultérieure. Toutefois, le projet révisé fait apparaître une certaine préférence pour le terme "émetteur" en intervertissant l'ordre des deux termes proposés dans le projet d'article 2 et en n'utilisant que le terme "émetteur" dans les articles suivants. Il y a au moins trois raisons justifiant cette préférence : le terme "émetteur" est utilisé dans la pratique des lettres de crédit stand-by; le terme "garant" risquerait d'être compris comme englobant l'émetteur d'une garantie accessoire; et le terme "émetteur" semble plus proche des mots utilisés dans le contexte des garanties dans un certain nombre de langues, y compris des langues non officielles. Vu la première de ces raisons, il semble que les tenants de la terminologie des lettres de crédit stand-by pourraient accepter le maintien du terme "donneur d'ordre" et ne pas insister pour que l'on utilise, dans la version anglaise, le terme "applicant".

4. Le libellé entre crochets s'inspire du projet d'article 6-6 de la proposition des Etats-Unis (A/CN.9/WG.II/WP.77). S'il est adopté en substance par le Groupe de travail, on pourrait envisager d'en faire une règle d'interprétation distincte à l'article 6.

5. Le texte révisé ne fait pas référence, comme précédemment, à une "négociation sans recours", compte tenu des objections soulevées à la seizième session (A/CN.9/358, par. 33). Toutefois, on pourrait envisager d'ajouter les mots "ou d'assumer une obligation de paiement différé", comme il est suggéré dans la proposition des Etats-Unis, à l'article 2-1.

6. La référence aux "conditions documentaires" a été insérée car le Groupe de travail a convenu d'axer le texte sur les instruments ne contenant que des conditions documentaires (A/CN.9/358, par. 61). Le restrictif "toute" a été ajouté afin qu'il soit clair que les garanties sur simple demande et les lettres de crédit stand-by simples sont incluses. La référence au caractère documentaire des conditions a été placée entre crochets car elle n'est peut-être pas nécessaire au vu du projet d'article 3 révisé. En outre, elle n'est peut-être pas appropriée si l'on adopte les dispositions des paragraphes 1 *b* et 2 du projet d'article 3.

7. On notera que les variantes X et Y de l'ancien projet d'article 2 n'ont pas été conservées dans l'article révisé. Toutefois, elles sont reprises en substance dans d'autres articles, notamment les articles 3-3 et 14.

Article 3. Indépendance de l'engagement

1. [Aux fins de la présente Convention,] un engagement est [réputé] indépendant :

a) s'il prévoit un paiement sur demande et sur présentation de tous documents spécifiés [sans vérification de faits n'entrant pas dans le domaine de compétence de l'émetteur] [1];

ou

b) s'il comporte [dans son titre et] dans son libellé les mots "Lettre de crédit stand-by" ou "Garantie sur demande" [ou "Promesse documentaire indépendante" ou "Lettre de garantie internationale"] [2].

2. Lorsqu'un engagement visé à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article dispose que le paiement sera effectué lorsque se produira un événement futur incertain, sans spécifier les moyens documentaires d'établir la survenance de cet événement, le paiement est dû uniquement sur attestation par le bénéficiaire [ou le donneur d'ordre] [3] de la survenance de l'événement, à moins que la vérification n'entre dans le domaine de compétence de l'émetteur. La même règle vaut pour toute condition non documentaire relative aux effets de la lettre de garantie ou à [la réduction ou l'augmentation] [l'ajustement] de son montant.

3. Si l'objet d'un engagement régi par la présente Convention [serait normalement] [peut être] de garantir le bénéficiaire contre la non-exécution de certaines obligations de la part du donneur d'ordre ou contre toute autre éventualité, ledit engagement n'est pas subordonné à l'opération sous-jacente ou à toute autre relation, ni restreint par elles [4], même si celles-ci sont mentionnées dans l'engagement, et l'obligation de paiement n'est pas subordonnée à la détermination [ultime] de la survenance de cette éventualité, mais seulement à la présentation de tous documents requis dans l'engagement ou au paragraphe 2 du présent article. [La même règle s'applique à une lettre de contre-garantie dans l'éventualité où le bénéficiaire de la lettre de contre-garantie serait requis de payer en vertu de sa propre lettre de garantie.] [5]

Remarques

1. Le paragraphe 1 de la version entièrement modifiée du projet d'article 3 décrit les types d'engagements régis par la Convention. Conservant la notion d'indépendance reconnue dans tous les systèmes juridiques, il définit comme indépendants, à l'alinéa *a*, tous les engagements ne comportant pas de conditions de paiement non documentaires, donnant ainsi effet à la décision du Groupe de travail d'axer ses travaux sur les instruments ne contenant que des conditions documentaires (A/CN.9/358, par. 61).

2. L'alinéa *b* vise à offrir un moyen permettant d'être certain que la Convention s'appliquera. Il semble que les avantages qu'offre cette certitude pèsent plus lourd que les inconvénients possibles de la disposition proposée, notamment la nécessité de modifier la pratique en imposant de nouvelles appellations, en particulier si l'une des appellations entre crochets est adoptée. Outre son principal objet, qui est d'éviter toute incertitude, la disposition peut faire office de clause d'option positive pour certains instruments contenant une condition non documentaire. C'est en raison de cette éventualité que le paragraphe 2 prévoit la transformation de toute condition non documentaire en une condi-

tion documentaire. Le résultat en est, comme il est indiqué au paragraphe 3, qu'aucun engagement ne sera régi par la Convention s'il exige de l'émetteur qu'il vérifie des faits n'entrant pas dans son domaine de compétence.

3. Il pourrait être utile d'ajouter la référence au donneur d'ordre étant donné que, pour de nombreuses éventualités, une attestation du donneur d'ordre met fin à tous les doutes, encore qu'il faille faire une exception pour la règle énoncée à la deuxième phrase du paragraphe 2 en ce qui concerne la réduction du montant de la lettre de garantie. Toutefois, il faudrait préciser que l'émetteur n'a pas le droit de choisir entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, mais doit se satisfaire de l'attestation de l'un ou de l'autre. On notera également que le mode de conversion imposé par le paragraphe 2 ne serait pas applicable si l'émetteur et le bénéficiaire convenaient d'un autre moyen documentaire d'établir que l'éventualité s'est produite et modifiaient par là même la lettre de garantie.

4. On pourrait envisager d'indiquer dans le texte que ni l'émetteur, ni le bénéficiaire ne peuvent invoquer aucun moyen de recours découlant d'une relation autre que celle créée entre eux par l'engagement. Si l'on ajoutait un tel libellé pour éclaircir ce point, il serait peut-être bon d'ajouter également la dernière phrase de l'ancien projet d'article 3-1 : "L'indépendance de l'engagement n'est pas remise en cause par le fait que l'émetteur, comme il est prévu à l'alinéa 1 c de l'article 17, peut soulever certaines objections au paiement pouvant être fondées sur des faits se rattachant à une telle autre relation".

5. La phrase entre crochets n'est pas absolument nécessaire car elle figure déjà en substance dans la première phrase, qui englobe tous les engagements, y compris ceux des contre-garants. Toutefois, il serait peut-être utile de souligner le caractère indépendant de la lettre de contre-garantie, comme c'est par exemple le cas à l'article 2 c des Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (RUGD-458). On trouvera une définition de la lettre de contre-garantie à l'alinéa d de l'article 6.

[b) si la lettre de garantie ne spécifie pas d'établissement pour une partie donnée, mais spécifie son lieu de résidence habituelle, ce lieu de résidence est pertinent pour la détermination du caractère international de la lettre de garantie.] [4]

Remarques

1. On se rappellera que le Groupe de travail a déjà étudié, sans prendre de décision définitive, si la loi uniforme devrait s'étendre aux opérations nationales (A/CN.9/358, par. 66). Si le Groupe de travail se prononçait pour une telle extension, on pourrait envisager d'inclure dans le projet de convention une réserve qui permettrait aux Etats de limiter son application aux lettres de garantie internationales.

2. Comme il est suggéré dans la proposition des Etats-Unis (alinéa 1 a de l'article 4, le mot "notificateur" a été ajouté pour tenir compte de la pratique en matière de lettres de crédit stand-by, bien que l'effet pratique de cet ajout soit sans doute limité. Si l'on se fonde sur l'hypothèse que l'établissement du notificateur sera souvent le lieu du paiement, on pourra envisager de faire directement référence au lieu du paiement comme un des lieux pertinents pour déterminer le caractère international de la lettre de crédit.

3. L'alinéa b présente deux manières de répondre, au moyen d'une déclaration, à la condition d'internationalité dont dépend l'application de la Convention. Si, comme il a été suggéré à la seizième session pour une loi uniforme (A/CN.9/358, par. 70), une clause d'option positive simple était préférée à la disposition énoncée à l'alinéa b, cette clause pourrait être ajoutée à l'article premier et être libellée comme suit : "et à toute lettre de garantie qui est expressément soumise à la présente Convention".

4. L'alinéa 2 b révisé a été ajusté à la règle adoptée à l'alinéa 1 a. Il a été placé entre crochets car il serait bon d'examiner si une telle règle relative au lieu de résidence habituelle est nécessaire.

Article 4. Internationalité de la lettre de garantie [1]

1. Une lettre de garantie est internationale :

a) si les établissements spécifiés dans la lettre de garantie de deux des parties suivantes sont situés dans des Etats différents : émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice [, notificateur] [2] ou confirmateur; ou

b) s'il est expressément indiqué dans la lettre de garantie que celle-ci est internationale ou qu'elle est soumise aux règles ou usages internationaux [généralement reconnus] relatifs à la pratique en matière de garanties ou de lettres de crédit [3].

2. Aux fins du paragraphe précédent :

a) si la lettre de garantie indique plus d'un établissement pour une partie donnée, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la lettre de garantie;

CHAPITRE II. INTERPRÉTATION

Article 5. Principes d'interprétation

Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale en matière de garantie et de lettre de crédit stand-by.

Article 6. Règles d'interprétation et définitions

Aux fins de la présente Convention et sauf disposition contraire dans ladite Convention, ou à moins que le contexte ne s'y oppose :

a) le terme "lettre de garantie" inclut les "lettres de contre-garantie" et les "confirmations des lettres de garantie", et le mot "garant" inclut le "contre-garant" et le "confirmateur";

b) toute référence à la lettre de garantie ou à l'engagement de l'émetteur, ou à ses termes et conditions, constitue une référence au texte tel qu'initialement établi conformément à l'article 7 ou, si ce texte a été ultérieurement modifié conformément à l'article 8, au texte sous sa dernière forme modifiée;

c) lorsqu'une disposition de la présente Convention fait référence à un accord ou une stipulation possibles des parties, les parties visées sont l'émetteur et le bénéficiaire de la lettre de garantie en question;

d) le terme "lettre de contre-garantie" désigne une lettre de garantie donnée à l'émetteur d'une autre lettre de garantie par sa partie ordonnatrice [ou à l'émetteur d'une autre garantie ou lettre de crédit] [1] et prévoyant un paiement sur demande et sur présentation de tout document spécifié [2] indiquant que le paiement [en vertu de cette autre lettre de garantie ou de cet autre engagement] a été demandé au bénéficiaire de la "lettre de contre-garantie" ou effectué par ce dernier;

e) le terme "contre-garant" désigne l'émetteur d'une lettre de contre-garantie;

f) le terme "confirmation d'une lettre de garantie" désigne un engagement indépendant s'ajoutant à celui de l'émetteur et donnant au bénéficiaire la possibilité de demander paiement et, sauf disposition expresse contraire, de présenter tout document requis au confirmateur [au lieu de l'émetteur] [3];

g) le mot "confirmateur" désigne la personne confirmant une lettre de garantie;

h) le mot "document" désigne une communication faite sous une forme permettant d'en préserver un enregistrement complet [et dont la source est authentifiée par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue avec le destinataire] [4].

Remarques

1. Le libellé entre crochets vise à englober les lettres de garantie autres que les lettres de garantie telles que les garanties accessoires ou les lettres de crédit commerciales venant à l'appui des engagements du bénéficiaire, ou en garantissant le remboursement. Toutefois, il est difficile de trouver un libellé suffisamment précis pour ne pas englober trop de différents types d'engagements, par exemple les obligations d'assurance.

2. Il faudra peut-être modifier la référence aux documents spécifiés dans la lettre de contre-garantie si les paragraphes 1 b et 2 du projet d'article 3 sont adoptés.

3. Il semble que la définition proposée de la "confirmation" des lettres de garantie soit appropriée pour les garanties bancaires, ainsi que pour les lettres de crédit stand-by. On se référera toutefois à la définition suggérée du "confirmateur" dans la proposition des Etats-Unis, qui ajoute la condition d'une autorisation de l'émetteur.

4. La définition proposée du mot "document" s'inspire de l'article 7, qui énonce les conditions formelles de l'établissement d'une lettre de garantie; elle a pour effet d'exclure les communications purement verbales. La référence à l'authentification a été mise entre crochets afin

que le Groupe de travail étudie si cette condition est appropriée pour tous les documents envisagés par la Convention.

CHAPITRE III. EFFETS DE LA LETTRE DE GARANTIE

Article 7. Etablissement de la lettre de garantie

1. Une lettre de garantie peut être établie sous toute forme qui préserve un enregistrement complet du texte de ladite lettre et qui permet une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue entre les parties.

2. *Variante A* : Sauf disposition contraire dans la lettre de garantie, la lettre de garantie produit ses effets et devient irrévocable lorsqu'elle n'est plus sous le contrôle de l'émetteur ("émission") [1].

Variante B : La lettre de garantie produit ses effets et [, à moins qu'il n'y soit indiqué expressément qu'elle est révocable,] devient irrévocable lorsqu'elle est émise, à condition qu'il n'y soit pas indiqué qu'elle produira ses effets à une date différente [2].

Remarques

1. Comme il a été suggéré à la seizième session (A/CN.9/358, par. 81), on a incorporé à la variante A une définition du mot "émission". Si la variante B est adoptée, cette définition pourra être incorporée à l'article 6.

2. On pourrait envisager de formuler cette restriction de manière plus élaborée, en s'inspirant de la deuxième phrase de la variante X de l'ancien projet d'article 7-2. Si l'on devait inclure une référence aux conditions dans lesquelles la lettre de garantie produit ses effets, il faudrait tenir compte de la décision qui sera prise à propos des paragraphes 1 et 2 de l'article 3 quant à la possibilité d'énoncer des conditions non documentaires en la matière et à leur transformation en conditions documentaires.

Article 8. Modification

1. Une lettre de garantie peut être modifiée sous la forme convenue par les parties ou, faute d'une telle convention, sous toute forme mentionnée au paragraphe 1 de l'article 7.

2. La modification prend effet, à moins qu'une date d'effet différente ne soit spécifiée dans la modification ou n'ait été convenue par les parties,

Variante A : lorsqu'elle est émise [par l'émetteur], à condition qu'elle ne porte que sur la prolongation de la période de validité de la lettre de garantie; toute autre modification prend effet lorsque l'émetteur reçoit un avis d'acceptation du bénéficiaire, à moins qu'une date d'effet différente ne soit spécifiée.

Variante B : lorsqu'elle est émise, à moins que l'émetteur ne reçoive un avis de rejet du bénéficiaire dans un délai de [dix] jours [ouvrables].

[2 bis. Une modification ne produit ses effets sur la confirmation d'une lettre de garantie que si le confirmateur accepte ladite modification.] [1]

[3. Variante Y : Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article n'autorisent pas l'émetteur à invoquer la modification à l'appui de toute demande de remboursement adressée au donneur d'ordre si l'émetteur n'a pas obtenu le consentement du donneur d'ordre requis par une convention ou par la loi.

Variante Z : Lorsqu'un amendement est émis, l'émetteur en expédie promptement copie au donneur d'ordre.]

Remarque

1. Le nouveau paragraphe 2 bis a été ajouté afin de souligner le caractère indépendant de l'engagement du confirmateur.

Article 9. Transfert des droits

Variante A : Le droit du bénéficiaire à demander paiement en vertu de la lettre de garantie ne peut être transféré que si cela est autorisé, dans la mesure où cela est autorisé et de la manière dont cela est autorisé [1] dans la lettre de garantie [2].

Variante B : 1. Le droit du bénéficiaire à demander paiement en vertu de la lettre de garantie ne peut être transféré, à moins que l'émetteur ne l'autorise expressément dans la lettre de garantie [ou qu'il n'y ait consentement séparé sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7] [3].

2. Les transferts partiels ou successifs ne sont permis que s'ils sont expressément autorisés par l'émetteur.

3. Si une lettre de garantie est désignée comme "transférable" [, ou contient des mots d'une portée similaire,] sans qu'il soit spécifié si le consentement de l'émetteur [ou de toute autre personne autorisée] est requis ou non pour qu'il y ait effectivement transfert,

Variante X : l'émetteur doit, et toute autre personne autorisée peut, dans les limites de l'autorisation, [effectuer] [exécuter] le transfert [4].

Variante Y : un tel consentement n'est pas nécessaire [5].

Variante Z : ni l'émetteur, ni aucune autre personne autorisée n'est tenu d'effectuer le transfert, si ce n'est dans la mesure et de la manière expressément acceptées par lui [6].

Remarques

1. Il semble que la référence à la mesure dans laquelle le transfert est autorisé et à la manière dont il est autorisé dans la lettre de garantie englobe des questions de détail telles que la question de savoir si les transferts partiels ou successifs sont permis. Toutefois, cette référence pourra être considérée comme trop générale ou trop abstraite; c'est

pourquoi une solution plus détaillée est présentée dans la variante B, et notamment dans son paragraphe 2.

2. La référence à l'autorisation figurant dans la lettre de garantie qui, conformément à l'alinéa b de l'article 6, englobe toute modification semble être suffisamment complète, à condition qu'aucune autre forme de consentement ne soit envisagée. Toutefois, elle ne tranche peut-être pas clairement la question traitée au paragraphe 3 de la variante B, à savoir si, outre l'autorisation figurant dans la lettre de garantie, un consentement à la demande effective de virement est requis.

3. Ce libellé est présenté entre crochets afin que le Groupe de travail détermine si une autorisation ou un consentement peuvent être donnés en dehors de la lettre de garantie ou de toute procédure de modification.

4. La variante X, qui s'inspire de l'article 9A-3, plus détaillé, de la proposition des Etats-Unis, présente une solution intermédiaire, entre la variante Y et la variante Z. Selon cette variante, l'autorisation de l'émetteur est suffisante en elle-même et aucun autre consentement n'est donc requis, alors que toute autre personne autorisée, par exemple le confirmateur ou le notificateur, est simplement autorisée, mais non obligée par l'autorisation figurant dans la lettre de garantie.

5. La variante Y se fonde sur le point de vue suivant : une autorisation qui n'est pas restreinte par des mots tels que "sous réserve de notre consentement écrit" engage non seulement l'émetteur, mais aussi toute autre personne autorisée ("la banque transférante" dans le langage des lettres de crédit), car cette personne avait connaissance de l'autorisation et est considérée comme l'ayant acceptée lorsque, par exemple, elle a confirmé la lettre de garantie ou en a donné notification. Toutefois, on pourrait envisager d'assouplir quelque peu cette solution radicale présentée dans la variante Y, en ajoutant par exemple les mots suivants : "Toutefois, l'émetteur ou toute autre personne autorisée ne peuvent exécuter ou reconnaître un transfert qui serait manifestement contraire à l'ordre public ou qui serait illégal de toute autre manière".

6. La variante Z fait apparaître que le fait de désigner une lettre de garantie comme transférable ouvre la porte à une demande de transfert, sans toutefois contraindre une banque à accepter une telle demande. Elle s'inspire de l'interprétation donnée de l'article 54 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires par le Privy Council dans sa décision (controversée) relative à l'affaire *Bank Negara Indonesia 1946 v. Lariza (Singapore) Pte Ltd* [1988] AC 583.

Article 9 bis. Cession du produit

1. Le bénéficiaire peut céder à une autre personne tout produit auquel il peut [, ou pourra] [1] avoir droit en vertu de la lettre de garantie.

2. Variante A : Si l'émetteur, ou toute autre personne tenue d'effectuer le paiement, a reçu un avis sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7 faisant état de la cession [irrévocable] du bénéficiaire, le paiement au

cessionnaire libère le débiteur [, dans la mesure du paiement qu'il effectue,] [2] de sa responsabilité en vertu de la lettre de garantie.

Variante B : La cession oblige l'émetteur, ou toute autre personne autorisée à effectuer le paiement, à accepter une demande présentée par le bénéficiaire conformément aux termes et conditions de la lettre de garantie en payant le cessionnaire, lorsque le destinataire de la demande entérine la cession [notifiée] sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7; l'entérinement peut être subordonné à un accord avec le bénéficiaire sur des questions de procédure ou des questions similaires visant à éviter toute incertitude quant à la cession et à son exécution et à prévenir toute mesure y faisant obstacle [3].

3. L'émetteur ou toute autre personne effectuant le paiement peut :

Variante X : exercer tout droit de compensation d'une créance à l'encontre du bénéficiaire dans les limites des dispositions de l'article 20;

Variante Y : invoquer à l'encontre du cessionnaire tout droit de compensation visé à l'article 20 [4].

Remarques

1. Le libellé entre crochets a pour objet de traiter clairement du cas où une cession est effectuée avant que le bénéficiaire ne demande paiement. Toutefois, on pourra juger que cette situation est couverte avec suffisamment de clarté par les mots "peut avoir droit".

2. La référence à l'ampleur du paiement a pour objet de faire correspondre le montant payé et la mesure dans laquelle l'obligation est acquittée. Elle peut être pertinente lorsque le produit cédé est inférieur au montant disponible en vertu de la lettre de garantie. On pourrait envisager de traiter plus directement de la question des cessions partielles.

3. On trouvera dans la note 1 relative à l'article 9B de la proposition des Etats-Unis une illustration des questions qu'il est possible de régler dans un tel accord.

4. La variante X limite expressément le droit à compensation aux créances à l'encontre du bénéficiaire, ce qui exclut toute créance possible envers le cessionnaire. La variante Y, telle une restriction générale du type "sous réserve des dispositions de l'article 20", ne traite pas clairement de cette importante question.

Article 10. Moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets

1. La lettre de garantie cesse d'exercer ses effets lorsque :

a) l'émetteur reçoit du bénéficiaire une déclaration le libérant de son obligation sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7;

b) le bénéficiaire et l'émetteur conviennent de la résiliation de la lettre de garantie [sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7] [1];

c) *Variante A* : l'émetteur [, ou toute autre personne autorisée à effectuer le paiement,] [2] paie le montant [disponible] [dû] en vertu de la lettre de garantie; ou

Variante B : l'émetteur paie

i) le montant maximum énoncé dans la lettre de garantie, ou réduit conformément à une disposition expresse de la lettre de garantie indiquant une méthode claire [et aisément applicable] de réduction d'un montant spécifié, ou déterminable à une date spécifiée, ou sous présentation à l'émetteur d'un document requis [3];

ii) si une partie du montant maximum a déjà été payée, le solde à payer;

iii) si le bénéficiaire d'une lettre de garantie [qui ne prévoit pas des demandes partielles] [4] demande le paiement d'une partie seulement du montant maximum et consent à libérer l'émetteur de son obligation quant au solde à payer, le montant partiel demandé;

à moins que la lettre de garantie ne prévoise un renouvellement automatique ou une augmentation automatique du montant disponible ou ne prévoise de toute autre manière qu'elle continuera d'exercer ses effets; ou

d) la période de validité de la lettre de garantie a expiré conformément aux dispositions de l'article 11.

2. Les dispositions du paragraphe 1 du présent article s'appliquent, que tout document contenant la lettre de garantie soit ou non retourné à l'émetteur, et la conservation d'un tel document par le bénéficiaire ne préserve aucun de ses droits en vertu de la lettre de garantie, à moins que cette dernière [n'en dispose autrement] [ne dispose qu'elle continuera d'exercer ses effets si le document la contenant n'est pas retourné] [5].

Remarques

1. On pourrait envisager de n'exiger la forme visée au paragraphe 1 de l'article 7 que pour l'accord ou le consentement du bénéficiaire et de fusionner les alinéas *a* et *b* qui pourraient être ainsi libellés : "l'émetteur reçoit du bénéficiaire une déclaration à cet effet sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7".

2. Ce libellé a été placé entre crochets afin que le Groupe de travail étudie si la référence à une autre personne autorisée devrait être incluse, comme c'est par exemple le cas à l'article 9 *bis*, dans toutes les dispositions relatives au paiement et aux demandes de paiement, si ce point devait être précisé dans une règle générale d'interprétation, ou si aucun éclaircissement exprès n'est requis au vu des principes généraux d'interprétation.

3. Le document requis serait le document spécifié dans la lettre de garantie ou, si les paragraphes 1 *b* et 2 de l'article 3 étaient adoptés, une attestation du bénéficiaire.

4. Le libellé entre crochets vise le cas, mentionné à la seizième session (A/CN.9/358, par. 127), d'un tirage unique partiel en vertu d'une lettre de crédit stand-by ne permettant pas ou n'envisageant pas les tirages partiels. Il semble que le tirage partiel unique ne fera perdre ses effets

à la lettre de garantie que s'il est entendu qu'un tel paiement épuise la lettre de garantie. Si cette analyse est correcte, il ne semble pas y avoir de raison de limiter cette disposition aux lettres de garantie ne prévoyant pas de tirage partiel.

5. Le libellé entre crochets décrit la substance que devrait avoir toute dérogation expresse au paragraphe 1. Ce libellé plus élaboré préciserait, mieux que l'autre libellé ("n'en dispose autrement"), que, par exemple, une disposition contraignant simplement le bénéficiaire à retourner le document n'entrerait pas dans le champ d'application de cette restriction.

Article 11. Expiration

La période de validité de la lettre de garantie expire :

a) à la date d'expiration, qui peut être une date spécifiée ou le dernier jour d'un délai déterminé énoncé dans la lettre de garantie, à condition que, si la date d'expiration n'est pas un jour ouvrable à l'endroit où se situe l'établissement de l'émetteur, la période de validité expire le premier jour ouvrable suivant cette date [1];

b) si l'expiration est fonction, conformément à la lettre de garantie, de la survenance d'un événement, lorsque le garant reçoit confirmation de la survenance de cet événement par la présentation du document spécifié à cette fin dans la lettre de garantie [ou, si aucun document n'est spécifié, d'une attestation du bénéficiaire certifiant que l'événement est survenu];

c) *Variante A* : si la lettre de garantie ne comporte pas de disposition relative à la date d'expiration, lorsque cinq ans se sont écoulés à compter de la date à laquelle la lettre de garantie a pris effet [2];

Variante B : si la lettre de garantie n'énonce ni une date d'expiration, ni un fait entraînant l'expiration, ou si la survenance du fait spécifié n'a pas encore été établie par présentation du document requis, cinq ans après l'établissement de la lettre de garantie, à moins que la lettre de garantie [ne soit émise sous la forme d'une garantie sur demande ou d'une obligation et] [3] ne contienne une disposition expresse prévoyant une validité indéfinie.

Remarques

1. La règle énonçant cette précision s'inspire de l'article 2-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; son application pourra être étendue à d'autres périodes ou délais qui pourraient être mentionnés dans le texte définitif.

2. Il semble que la variante A, malgré sa brièveté, couvre tous les cas de stipulation ou de non-stipulation prévus dans la variante B. Toutefois, elle ne couvre pas le cas où un fait spécifié entraînant l'expiration n'a pas été établi dans un délai de cinq ans.

3. Le libellé entre crochets vise à exclure les lettres de crédit stand-by du champ d'application de cette restriction, comme il a été proposé à la seizième session (A/CN.9/358, par. 152). Selon le nombre de dispositions qui, de l'avis du Groupe de travail, ne seront pas applicables aux lettres de crédit stand-by, on pourra envisager d'en établir une liste, qui figurerait probablement au chapitre premier.

[A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1]

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET MOYENS DE RECOURS

Article 12. Détermination des droits et obligations

1. Sous réserve des dispositions de la présente Convention [1], les droits et obligations des parties sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans la lettre de garantie, y compris toutes règles, conditions générales ou usages qui y sont mentionnés [expressément].

2. *Variante A* : Sauf convention contraire, les parties sont considérées comme ayant implicitement soumis [leur relation] [la lettre de garantie] à un usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, [dans la pratique commerciale et financière internationale] [dans la pratique internationale en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by], est largement connu et régulièrement observé par les parties aux lettres de garantie.

Variante B : [Pour l'interprétation des termes et conditions de la lettre de garantie et] [2] pour le règlement de questions qui ne sont pas traitées dans les termes et conditions de la lettre de garantie ou dans les dispositions de la présente Convention, il [pourra être] [sera] tenu compte des règles et usages internationaux généralement acceptés de la pratique en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by.

Remarques

1. Comme il a été déclaré lors de la seizième session du Groupe de travail (A/CN.9/358, par. 155), cette réserve a déjà été utilisée dans des instruments internationaux et elle est normalement interprétée comme signifiant que seules les dispositions impératives de la Convention prévalent sur les stipulations des parties; les dispositions supplétives, c'est-à-dire les dispositions auxquelles les parties peuvent déroger, ne s'appliquent qu'en l'absence d'un accord des parties sur les questions régies par ces dispositions. Si le Groupe de travail considère que cette réserve n'est pas suffisamment claire, on pourra envisager de la limiter aux dispositions impératives de la Convention et d'ajouter au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 une référence distincte aux dispositions supplétives, au vu de la décision qui sera prise sur le point de savoir si de telles dispositions devraient prévaloir sur les usages qui ne sont pas mentionnés dans la lettre de garantie, comme il est proposé dans la variante B, ou si la solution opposée serait préférable, comme il est proposé dans la variante A.

2. Le libellé entre crochets présente une option intermédiaire, proposée à la seizième session, concernant la pertinence des usages non mentionnés dans la lettre de garantie (A/CN.9/358, par. 161). Toutefois, il s'agit ici de présenter un domaine d'application additionnel de ces usages, outre les questions auxquelles il ne peut être répondu en se fondant sur les sources de détermination des droits et obligations mentionnées au paragraphe 1.

Article 13. Responsabilité de l'émetteur

1. L'émetteur agit de bonne foi et exerce un soin raisonnable [conformément à une saine pratique en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by].

2. *Variante A* : Les émetteurs [et les parties ordonnatrices] ne peuvent être exonérés de leur responsabilité lorsqu'ils n'agissent pas de bonne foi ou agissent de manière manifestement négligente.

Variante B : L'émetteur ne peut être exonéré de sa responsabilité [envers le bénéficiaire] [1] lorsqu'il manque à s'acquitter de ses obligations en vertu de la lettre de garantie en faisant preuve de bonne foi et [, sous réserve des dispositions du paragraphe 1 de l'article 16,] [2] en exerçant un soin raisonnable. Toutefois, la responsabilité peut être limitée [au montant de la lettre de garantie] [au préjudice prévisible].

Remarques

1. Ce libellé entre crochets a été ajouté à la variante B, afin que le Groupe de travail étudie si la norme stricte de responsabilité impérative proposée dans cette variante ne devrait profiter qu'au bénéficiaire. Une telle restriction pourrait certes être considérée comme un moyen d'atténuer la rigidité de cette norme et permettrait au donneur d'ordre et à l'émetteur, s'ils le souhaitent, de convenir d'une norme inférieure, mais elle réduirait considérablement l'intérêt pratique de la norme proposée.

2. La référence à l'article 16 a été ajoutée afin de tenir compte des cas où le donneur d'ordre exigerait moins qu'un soin raisonnable pour l'examen des documents, comme on l'a suggéré au Groupe de travail à propos de l'article 16 et comme cela est envisagé à l'article 13-1 de la proposition des Etats-Unis. Comme cette norme inférieure risquerait d'avoir des incidences néfastes sur le donneur d'ordre plutôt que sur le bénéficiaire, cette référence à l'article 16 ne semblerait appropriée que si l'on écartait la limitation au bénéficiaire mentionnée dans la remarque 1. La référence à l'article 16, si elle était retenue, constituerait un des éléments de la variante B ayant pour objet d'atténuer la rigidité de la norme de responsabilité, au même titre que la référence à l'acquiescement des obligations en vertu de la lettre de garantie et la limitation du montant recouvrable proposée à titre de solution possible à la fin de la variante B.

Article 14. Demande

Toute demande [de paiement] [1] en vertu de la lettre de garantie est faite sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7 et conformément aux termes et conditions de la lettre de garantie. En particulier, toute attestation ou tout autre document requis par la lettre de garantie [ou par la présente Convention] sont présentés à l'émetteur, durant la période d'effet de la lettre de garantie, au lieu où la lettre de garantie a été émise, à moins qu'une autre personne ou un autre lieu n'aient été spécifiés dans la lettre de garantie [2]. Si aucune déclaration ou aucun document n'est requis, le bénéficiaire, lorsqu'il demande le paiement, est réputé certifier implicitement que le paiement est dû.

Remarques

1. La suppression des mots "de paiement", qui semblent superflus ici, permettrait peut-être de répondre aux questions soulevées à la dix-septième session (A/CN.9/361, par. 15) et dans la proposition des Etats-Unis (note relative à l'article 14) concernant la présentation d'une lettre de change en vertu d'une lettre de crédit stand-by. Toutefois, la référence au paiement, que l'on rencontre dans divers autres articles et qui semble nécessaire dans ces autres cas, pourrait être retenue étant donné que l'article 2 englobe l'acceptation d'une lettre de change et d'autres types d'obligations de l'émetteur quant aux modalités de paiement. Si toutes ces modalités suggérées à l'article 2 étaient retenues, on pourrait envisager de les englober dans une définition du paiement à l'article 6.

2. Cette restriction a été ajoutée afin de tenir compte, comme il a été suggéré à la dix-septième session (A/CN.9/361, par. 17), des cas où le paiement n'est pas demandé directement à l'émetteur ou à une banque confirmatrice, mais à une autre banque. On tiendrait également compte ainsi du cas — semble-t-il non envisagé à l'article 14 des RUGD qui exige la présentation à l'endroit de l'émission — où le paiement par l'émetteur doit être demandé au moyen de la présentation de documents en un lieu autre que celui où la lettre de garantie a été émise.

[Article 15. Avis de demande [1]]

Sans retarder l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu des articles 16 et 17, [2] l'émetteur, dès réception de la demande, en avise promptement le donneur d'ordre ou, le cas échéant, sa partie ordonnatrice, sauf convention contraire de l'émetteur et du donneur d'ordre. Un défaut de notification ne prive pas l'émetteur de son droit à remboursement, mais habilite le donneur d'ordre à recouvrer auprès de l'émetteur des dommages-intérêts pour tout préjudice subi du fait de ce défaut de notification.]

Remarques

1. Si l'article était retenu, on pourrait envisager d'exempter les lettres de crédit stand-by de cette obligation de notification, comme il a été proposé à la dix-septième session, bien que l'on ait également avancé que cette procédure de notification pourrait utilement être appliquée aux lettres de crédit stand-by (A/CN.9/361, par. 26 et 27). Il semble que la suppression de cet article aboutirait dans la pratique à un résultat similaire car, comme l'escompte la Chambre de commerce internationale, les lettres de crédit stand-by devraient être soumises aux RUU, qui n'exigent pas une telle notification, et les garanties sur demande devraient incorporer les RUGD dont l'article 17 exige une telle notification, sans toutefois traiter des conséquences du défaut de notification.

2. On pourrait envisager de placer l'article 15, s'il était retenu, après les articles 16 et 17, afin de mettre davantage l'accent sur la règle énoncée au début de l'article 15, à savoir que le fait de donner notification ne doit pas avoir d'incidences néfastes sur le processus conduisant au paiement.

Article 16. Examen de la demande et des documents joints

1. *Variante A* : L'émetteur examine les documents conformément à la norme de conduite mentionnée au paragraphe 1 de l'article 13 [, à moins que le donneur d'ordre n'ait convenu d'une norme inférieure] [1]. Lorsqu'il détermine si les documents sont conformes en apparence aux termes et conditions de la lettre de garantie, l'émetteur observe la norme [pertinente] [applicable] de la pratique internationale en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by. [2]

Variante B : L'émetteur examine la demande et les documents joints avec la diligence professionnelle requise par la pratique internationale en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by [, à moins que le donneur d'ordre n'ait consenti à une moindre obligation de soin,] afin de déterminer s'ils sont conformes aux termes et conditions de la lettre de garantie et s'ils sont compatibles entre eux. [3]

2. Sauf disposition contraire de la lettre de garantie, l'émetteur dispose d'un délai raisonnable, mais d'un maximum de sept jours [4], pour examiner la demande et les documents joints et pour décider de payer ou non.

Remarques

1. Le libellé entre crochets a été ajouté, afin de tenir compte de la possibilité, mentionnée à la seizième session (A/CN.9/358, par. 171), d'utiliser des lettres de garantie moins coûteuses, prévoyant par exemple des honoraires d'examen réduits.

2. La variante A donne effet à la séparation proposée à la dix-septième session (A/CN.9/361, par. 37 à 39) entre l'examen des documents et la détermination de leur conformité apparente aux termes de la lettre de garantie.

3. Se fondant sur l'avis sur lequel une telle séparation est peut-être artificielle et risque d'entraîner des complications, la variante B énonce une autre approche proposée à la dix-septième session (A/CN.9/361, par. 36) et combine la norme en matière de diligence et les exigences de la pratique internationale. Pour ce qui est de l'examen des documents, la différence entre la variante A et la variante B serait semble-t-il minime si le Groupe de travail retenait à l'article 13 la référence proposée aux exigences de la pratique.

4. La référence à des "jours", plutôt qu'à des "jours ouvrables" comme dans le projet précédent, est conforme à la terminologie utilisée dans d'autres textes juridiques élaborés par la Commission. Si toutefois l'on préférerait le terme "jours ouvrables", on pourrait envisager d'inclure dans le projet de Convention, probablement à l'article 6 et conjointement à la règle actuellement énoncée dans la réserve figurant à l'alinéa *a* de l'article 11, une disposition relative au calcul d'une période en jours ouvrables, notamment lorsque des jours non ouvrables entrent dans cette période.

Article 17. Paiement ou rejet de la demande

1. L'émetteur effectue le paiement en cas de demande

Variante A : conforme aux termes et conditions de la lettre de garantie. [1]

Variante B : présentée par le bénéficiaire conformément aux dispositions de l'article 14. [2]

2. L'émetteur n'effectue pas le paiement si

Variante X : il sait ou devrait savoir [3] que la demande est incorrecte au vu de l'article 19.

Variante Y : la demande est manifestement et clairement incorrecte au vu des dispositions de l'article 19.

3. Si l'émetteur décide de rejeter la demande [pour tout motif visé aux paragraphes 1 et 2 du présent article], il en donne promptement avis au bénéficiaire par télétransmission ou, si cela est impossible, par tout autre moyen rapide. Sauf disposition contraire de la lettre de garantie, [4] l'avis doit

Variante A : indiquer le motif du rejet.

Variante B : , si la non-conformité des documents aux termes et conditions de la lettre de garantie constitue le motif de rejet, spécifier chaque élément non conforme et, si le rejet se fonde sur un autre motif, indiquer ce motif.

[4. Si l'émetteur ne se conforme pas aux dispositions de l'article 16 ou du paragraphe 3 du présent article, il sera déchu de son droit

Variante X : à invoquer la non-conformité de la demande aux termes et conditions de la lettre de garantie.

Variante Y : à invoquer tout élément non conforme des documents qui n'a pas été découvert ou qui n'a pas été notifié au bénéficiaire conformément auxdites dispositions.]

Remarques

1. La variante A est conforme à une proposition faite à la dix-septième session (A/CN.9/361, par. 49). Comme la variante A n'englobe pas de manière claire les conditions énoncées à l'article 14 relatives à la forme de la demande et au lieu de la présentation, la variante B, qui fait référence à l'article 14, a été ajoutée pour examen par le Groupe de travail. On se rappellera qu'il a été avancé à l'appui de la proposition susmentionnée, ce qui a, semble-t-il, été accepté par le Groupe de travail, que la référence à la conformité aux termes et conditions de la lettre de garantie engloberait les questions de l'existence, de la validité et du caractère exécutoire de l'engagement qui étaient expressément traitées à l'ancien alinéa *a* du paragraphe 1. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si cette interprétation est suffisamment claire ou s'il ne serait pas approprié, par exemple, d'ajouter au paragraphe 2, en tant que motif de rejet, l'invalidité de la lettre de garantie.

2. Le paragraphe 1 de l'une et l'autre variantes ne répond pas à la question de savoir si l'émetteur, dans le cas exceptionnel où il ne serait pas obligé de payer, aurait l'obligation ou simplement l'autorisation de refuser le paiement. Le Groupe de travail voudra peut-être trancher cette

question; s'il se prononce pour une obligation de ne pas payer, cette solution pourrait être incorporée au paragraphe 2.

3. La variante A énonce, comme il a été convenu à la dix-septième session, une règle selon laquelle un émetteur qui sait ou qui devrait savoir que la demande est incorrecte rejette la demande (A/CN.9/361, par. 55). Toutefois, il semble que la notion de connaissance qu'a une personne ou une institution pose des problèmes en matière de preuve du fait de son caractère subjectif. En outre, le critère de la connaissance qu'a l'émetteur ne sera peut-être pas approprié si l'on veut établir un strict parallélisme entre l'article 17 et l'article 21 pour ce qui est de la norme requise en matière de preuve. C'est pour ces raisons que l'on a ajouté la variante Y, que voudra peut-être examiner le Groupe de travail.

4. Cette restriction permettrait de tenir compte des pratiques différentes tenant, par exemple, au fait que l'article 10 *b* des RUGD n'exige pas un exposé des motifs, alors que l'article 16 *d* des RUU énonce une règle qui exige des motifs différents, de par leur portée et leur teneur, de ceux qui sont proposés dans les variantes A et B.

[Article 18. Demande de prorogation ou de paiement [1]]

Si le bénéficiaire combine une demande de paiement à une demande de prorogation de la période de validité de la lettre de garantie, l'émetteur se conforme aux règles suivantes, sauf convention contraire des parties :

Variante A :

a) L'émetteur avise promptement le donneur d'ordre de la demande de prorogation ou de paiement;

b) L'émetteur ne peut proroger la période de validité sans l'accord du donneur d'ordre; toutefois, même si le donneur d'ordre accepte la prorogation, l'émetteur n'est pas tenu de proroger, à moins qu'il n'y soit obligé par une convention avec le donneur d'ordre;

c) L'émetteur examine la demande de paiement conformément à l'article 16 et décide soit de payer, soit de rejeter la demande; si l'émetteur décide de ne pas rejeter la demande, il peut retarder le paiement pendant un délai de dix jours après réception de la demande de prorogation ou de paiement présentée par le bénéficiaire, puis effectuer le paiement, à moins qu'il ne proroge la période de validité.

Variante B :

a) L'émetteur rejette la demande de paiement en raison de son caractère [conditionnel] [équivoque] [et en avise promptement le bénéficiaire];

b) L'émetteur traite la demande de prorogation comme une demande de modification de la lettre de garantie conformément aux dispositions de l'article 8 [2].]

Remarques

1. Si cet article était retenu, on pourrait envisager d'exclure de son champ d'application les lettres de crédit stand-by, comme il a été proposé à la dix-septième session, bien qu'il ait également été avancé qu'une telle exclusion

ne serait pas justifiée (A/CN.9/361, par. 67). Il semble que la suppression de l'article conduirait dans la pratique à un résultat similaire, car, comme l'escompte la Chambre de commerce internationale, les lettres de crédit stand-by seront probablement soumises aux RUU, qui ne traitent pas des cas de demande de prorogation ou de paiement et les garanties sur demande incorporeront sans doute les RUGD dont l'article 6 énonce des règles qui sont en gros comparables à celles qui sont proposées par la variante A.

2. Si l'on retenait l'article avec la variante B, on pourrait envisager d'ajouter ici ou à l'article 8 certaines règles sur les communications et autres procédures à suivre dans le cas d'une demande de modification présentée par le bénéficiaire. On pourrait également envisager de placer l'article avant l'article 16, afin de souligner qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la demande.

Article 19. Demande incorrecte

1. *Variante A :* L'émetteur rejette une demande au motif qu'elle est incorrecte si, compte dûment tenu du caractère indépendant et documentaire de l'engagement, il apparaît clairement et sans aucun doute à l'émetteur que [1]

Variante B : Une demande de paiement est incorrecte si :

a) [le bénéficiaire sait que] tout document est falsifié;

b) le bénéficiaire sait ou ne saurait ignorer qu'aucun paiement n'est dû [sur la base des motifs présentés dans la demande et des documents joints]; ou

c) au vu du type et de l'objet de la lettre de garantie, la demande n'a pas de justification concevable.

2. *Variante X :* On trouvera ci-après des types de situations dans lesquelles une demande n'a pas de justification concevable :

a) L'éventualité ou le risque contre lequel la lettre de garantie est supposée protéger le bénéficiaire ne s'est sans aucun doute pas matérialisé;

b) L'obligation sous-jacente du donneur d'ordre a été déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral;

c) L'obligation faisant l'objet de la garantie a sans aucun doute été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire;

d) Il apparaît clairement que l'exécution de l'obligation sous-jacente a été empêchée exclusivement du fait d'une faute délibérée de la part du bénéficiaire. [2]

Variante Y : Les cas dans lesquels une demande n'a pas de justification concevable sont notamment [mais non exclusivement] [3] les suivants, sauf disposition contraire de la lettre de garantie [4] :

a) Dans le cas d'une lettre de garantie appuyant une obligation financière d'un tiers [5], ni le principal, ni un intérêt n'est dû [et le tiers n'est pas en cessation de paiement];

b) Dans le cas d'une lettre de garantie de soumission, le marché n'a pas été octroyé au donneur d'ordre

ou, s'il l'a été, le donneur d'ordre a signé le marché et obtenu toute lettre de garantie de bonne exécution requise;

c) Dans le cas d'une lettre de garantie de remboursement, aucune avance n'a été faite ou l'avance a été remboursée intégralement;

d) Dans le cas d'une lettre de garantie de bonne exécution, l'obligation sous-jacente du donneur d'ordre a été déclarée invalide par une décision définitive d'un tribunal ou tribunal arbitral compétent, ou elle a été intégralement exécutée [à la satisfaction du bénéficiaire], ou son exécution a été empêchée uniquement par une faute délibérée de la part du bénéficiaire;

e) Dans le cas d'une lettre de contre-garantie, le bénéficiaire n'a pas reçu de demande de paiement en vertu de la lettre de garantie qu'il a émise, ou le bénéficiaire a payé comme suite à une telle demande, bien qu'il ait été tenu [en vertu de la loi applicable à sa lettre de garantie] [6] de rejeter la demande [comme non conforme ou incorrecte].

Remarques

1. La variante A est conforme dans son approche à l'ancienne variante D qui avait eu la préférence du Groupe de travail. Toutefois, elle reprend certains éléments qui figurent déjà à l'article 17-2, à savoir l'obligation de rejeter et la condition selon laquelle le caractère incorrect de la demande doit être connu ou manifeste et clair. Si l'on retenait la variante A, il faudrait l'aligner sur l'article 17-2 et l'on pourrait envisager d'incorporer l'article 19, s'il n'est pas trop long, à l'article 17.

2. La variante X tente de donner des éclaircissements sur l'application de la formule générale énonçant l'absence de justification concevable, sans donner d'exemples pour les divers types de lettres de garantie. Si les situations décrites dans la variante X englobent probablement tous les cas particuliers pouvant se produire avec les divers types de lettres de garantie, il semble que cette variante ne donne pas suffisamment de précisions pour éviter tout risque d'incertitude et promouvoir l'uniformité. C'est pourquoi, et compte tenu du fait que le Groupe de travail avait demandé que l'on décrive les demandes incorrectes et que l'on tienne compte des divers types d'instruments et de leurs diverses finalités (A/CN.9/362, par. 91), la liste des cas particuliers pouvant se produire avec les divers types d'instruments est soumise à l'examen du Groupe de travail dans la variante Y.

3. Les mots entre crochets visent à souligner le caractère non exhaustif des cas énumérés dans cette disposition. Il semble que, malgré son caractère illustratif, l'énumération des cas de demande clairement incorrecte n'est pas seulement utile lorsque de tels cas se produisent, mais peut également se révéler utile, par référence, pour d'autres cas comparables.

4. Cette réserve vise les cas où les termes de la lettre de garantie font apparaître une limitation ou un élargissement du risque normalement couvert par ce type particulier de lettre de garantie.

5. Si la variante Y était retenue, on pourrait envisager de donner un nom à ce type de garantie (par exemple, "lettre

de garantie financière") et de définir ce type et les autres types visés dans la variante Y, comme c'est déjà le cas, à l'alinéa d de l'article 6, pour la "lettre de contre-garantie" et pour tous les types de lettres de crédit stand-by à l'article 6-2 de la proposition des Etats-Unis.

6. Le libellé entre crochets, s'il n'est pas absolument nécessaire, rappellerait utilement que les obligations du bénéficiaire en tant qu'émetteur d'une lettre de garantie distincte peuvent être régies par un texte législatif autre que la Convention.

Article 20. Compensation

Variante A : Sauf convention contraire des parties et sous réserve des dispositions de la législation des faillites, l'émetteur peut s'acquitter de son obligation de paiement en vertu de la lettre de garantie en se prévalant d'un droit à compensation d'une créance envers la personne demandant le paiement [1], à l'exception d'une créance qui lui aurait été cédée par le donneur d'ordre.

Variante B : Sauf disposition contraire de la lettre de garantie, l'émetteur ne peut s'acquitter de son obligation de paiement par compensation de toute créance qui lui aurait été cédée par le donneur d'ordre.

Remarque

1. Le libellé "en se prévalant d'un droit à compensation" a été préféré à l'ancien libellé "par compensation", le Groupe de travail ayant considéré que la législation générale de la compensation pourrait imposer d'autres restrictions (A/CN.9/361, par. 97 et 98). Franchissant une étape supplémentaire, la variante B énonce simplement la restriction et interdit, pour les créances cédées par le donneur d'ordre, l'exercice de tout droit à compensation pouvant être invoqué en vertu de la législation générale de la compensation.

CHAPITRE V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES [1]

Article 21. Mesures conservatoires [à l'encontre de l'émetteur ou du bénéficiaire] [2]

1. Lorsque [, comme suite à une requête du donneur d'ordre,] il apparaît manifestement et clairement [sur la base d'éléments de preuve documentaires et d'autres éléments de preuve aisément présentables] qu'une demande présentée [ou devant être présentée] [3] par le bénéficiaire est incorrecte en application de l'article 19, [le tribunal] [un tribunal compétent] [4] peut prononcer une mesure conservatoire :

a) interdisant à l'émetteur de donner suite à la demande [ou de débiter le compte du donneur d'ordre], ou

b) interdisant au bénéficiaire d'accepter le paiement ou lui ordonnant de retirer la demande [ou, si une telle demande n'a pas encore été présentée, de présenter la demande],

à condition que le refus de prononcer une telle mesure fasse encourir au donneur d'ordre [un préjudice grave] [un dommage irréparable].

[2. Avant de décider ou non de prononcer une mesure conservatoire, le tribunal peut donner au défendeur la possibilité d'être entendu.]

3. Le tribunal peut assujettir la prise d'effet de la mesure visée au paragraphe 1 du présent article à la fourniture par le donneur d'ordre de la sûreté que le tribunal jugera appropriée.]

4. *Variante A* : Le paragraphe 1 du présent article n'interdit pas à un tribunal de prononcer une mesure conservatoire en se fondant sur un motif autre que le caractère incorrect de la demande, si ses règles de procédure le lui permettent [; toutefois, il ne peut prononcer une mesure conservatoire en se fondant sur la non-conformité des documents aux termes et conditions de la lettre de garantie] [5].

Variante B : Les dispositions du paragraphe 1 [et des paragraphes 2 et 3] du présent article s'appliquent également à une demande de mesure conservatoire présentée par le donneur d'ordre au motif que la lettre de garantie est invalide [, est non existante, ne produit pas d'effets ou n'est pas exécutoire].

Variante C : Le tribunal ne peut prononcer de mesures conservatoires [du type visé au paragraphe 1 du présent article] [6] pour des motifs autres que le caractère incorrect de la demande.

[5. Le tribunal ne peut ordonner le séquestre ou la saisie des avoirs du bénéficiaire ou de l'émetteur en se fondant sur le caractère incorrect de la demande, à moins que, outre les conditions imposées par ses règles de procédure, les conditions visées au paragraphe 1 du présent article soient remplies.] [7].

Remarques

1. Ce chapitre pourra être ultérieurement fusionné avec le chapitre VI, selon la teneur définitive et la longueur des dispositions qui y figureront. Ces deux chapitres, ainsi que le chapitre VII, s'adressent, comme il a été noté dans le document de travail précédent (A/CN.9/WG.II/WP.73/Add.1, remarque 1 relative à l'article 26), aux tribunaux des Etats dans lesquels ces chapitres seraient en vigueur. Si, compte tenu de l'hypothèse de travail actuelle, le texte définitif prend la forme d'une convention, les questions liées au champ d'application territorial devront être examinées. Par exemple, si le facteur de rattachement proposé à l'article premier était retenu, ses effets sur l'applicabilité des chapitres V à VII devraient être examinés. Le Groupe de travail voudra peut-être également étudier, probablement à un stade ultérieur, si l'on pourrait répondre aux préoccupations exprimées à propos des chapitres V à VII en subordonnant les dispositions de ces chapitres aux autres traités ou en incluant une réserve autorisant les Etats contractants à ne pas appliquer ces dispositions.

2. Comme il a été convenu à la dix-septième session (A/CN.9/361, par. 116), on s'est efforcé de fusionner les dispositions des articles 21 et 22 et de limiter les détails de procédure décrits aux paragraphes 2 à 4 de ces articles.

3. Comme il a été déclaré à la dix-septième session (A/CN.9/361, par. 106), il serait d'autant plus nécessaire de permettre des demandes anticipées de mesures conser-

vatoires si le Groupe de travail décidait de ne pas imposer l'obligation de notification actuellement prévue à l'article 15.

4. La référence au tribunal compétent ne serait pas nécessaire si les dispositions de l'article 21 étaient ultérieurement fusionnées avec les dispositions relatives à la compétence des tribunaux en matière de mesures conservatoires (article 25-2).

5. Le libellé entre crochets répond à une préoccupation exprimée lors de la dix-septième session (A/CN.9/361, par. 109), selon laquelle on risquerait d'introduire un élément particulièrement perturbateur en autorisant des mesures conservatoires au motif de la non-conformité de certains documents. Bien que cette préoccupation ait été exprimée pour soutenir l'approche énoncée maintenant dans la variante C, il serait peut-être bon d'y répondre également dans la variante A.

6. Le libellé entre crochets vise à limiter l'interdiction énoncée dans la variante C aux demandes de mesures conservatoires fondées sur des objections au paiement demandé par le bénéficiaire.

7. Le nouveau paragraphe 5 se fonde sur une proposition d'élargissement de l'article 21 aux autres mesures provisoires telles que la saisie conservatoire ou le séquestre des avoirs. Tout en subordonnant les conditions de l'adoption de telles mesures et les procédures à suivre en la matière aux règles générales de procédure, cette disposition vise à ajouter les conditions visées au paragraphe 1 régissant les mesures conservatoires en tant que conditions minimums pour ces autres mesures, afin de renforcer l'effet pratique des dispositions sur les mesures conservatoires.

(L'article 22 a été incorporé à l'article 21.)

(L'article 23 a été supprimé.)

CHAPITRE VI. COMPÉTENCE [1]

Article 24. Choix du tribunal ou de l'arbitrage

1. Les parties peuvent, dans la lettre de garantie ou dans une convention séparée revêtant une des formes visées au paragraphe 1 de l'article 7, désigner un tribunal ou les tribunaux d'un Etat spécifié comme compétents pour régler les litiges découlant ou pouvant découler de la lettre de garantie ou disposer que de tels litiges seront réglés par voie d'arbitrage.

2. Les dispositions du paragraphe 1 du présent article ne font pas obstacle à la compétence des tribunaux [des Etats contractants] [2] en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires.

Remarques

1. Pour ce qui est du champ d'application de ce chapitre et d'autres questions liées à l'ensemble du chapitre, on se reportera à la remarque 1 relative à l'article 21.

2. Ce libellé a été placé entre crochets afin que le Groupe de travail étudie si la règle énoncée au paragraphe 2, selon laquelle une clause d'élection de for ou une convention d'arbitrage n'ont pas d'incidences sur la compétence éven-

tuelle d'un tribunal en matière de mesures provisoires ou conservatoires, devrait être limitée aux tribunaux des Etats contractants ou si cette règle qui, en elle-même, ne confère de compétence à aucun tribunal, devrait être de portée aussi universelle que le paragraphe 1.

Article 25. Détermination de la juridiction compétente

1. Sauf disposition contraire conformément à l'article 1 du paragraphe 24 [ou si le tribunal désigné d'un autre Etat décline sa compétence] [1], les tribunaux de l'Etat [contractant] dans lequel la lettre de garantie a été émise [peuvent excercer leur] [ont] compétence sur les litiges entre l'émetteur et le bénéficiaire relatifs à la lettre de garantie.

2. Les tribunaux de l'Etat [contractant] où la lettre de garantie a été émise peuvent également connaître d'une demande de mesures préliminaires adressée par le donneur d'ordre [conformément aux dispositions de l'article 21] à l'encontre de l'émetteur

Variante A : ou à l'encontre du bénéficiaire [2].

Variante B : , et les tribunaux d'un Etat [contractant] dans lequel le bénéficiaire a son établissement peuvent connaître d'une demande de mesures préliminaires adressée par le donneur d'ordre à l'encontre du bénéficiaire [3].

Remarques

1. Il semble que le libellé entre crochets n'ait pas été rendu superflu par la décision prise par le Groupe de travail de supprimer le paragraphe 2 de l'article 24 qui visait à donner compétence exclusive au tribunal choisi par les parties; même dans le cas d'une clause de compétence non exclusive, le tribunal désigné pourrait décliner sa compétence. Vu cette décision, toutefois, aucune disposition n'a été ajoutée à l'intention du Groupe de travail sur des questions telles que la litispendance, la chose jugée ou la suspension de l'instance.

2. On pourrait envisager de limiter la règle de compétence présentée par la variante A en énonçant d'autres conditions : la mesure pourra-t-elle être exécutoire dans le pays du bénéficiaire, ou est-il possible de prononcer des mesures provisoires dans ce pays ?

3. On pourrait envisager d'élargir le champ d'application du paragraphe 2 en incluant les mesures conservatoires demandées par l'émetteur à l'encontre du bénéficiaire. Il semble que de telles mesures conservatoires, comme celles qui sont demandées par le bénéficiaire à l'encontre de l'émetteur, seraient, sinon, régies par le paragraphe 1, bien que cette interprétation ne soit peut-être pas évidente, étant donné notamment la distinction établie à l'article 24 entre les demandes de mesures provisoires et les autres mesures judiciaires. Si l'on adoptait la variante A, cet élargissement préciserait l'interprétation susmentionnée en imposant, pour les mesures préliminaires à l'encontre du bénéficiaire, la même règle que celle énoncée au paragraphe 1; et il faudrait apporter le même éclaircissement pour les mesures préliminaires demandées par le bénéficiaire à l'encontre de l'émetteur. Toutefois, si l'on retenait la variante B, un

élargissement du paragraphe 2 aux mesures conservatoires demandées à l'encontre du bénéficiaire conduirait à un résultat différent de celui qui découlerait du paragraphe 1.

CHAPITRE VII. CONFLIT DE LOIS [1]

Article 26. Choix de la loi applicable

Les droits, obligations et moyens de recours relatifs à une lettre de garantie [internationale] sont régis par la loi désignée par les parties. Cette désignation fait l'objet d'une clause expresse dans la lettre de garantie ou dans une convention séparée, ou est démontrée par les termes et conditions de la lettre de garantie.

Remarques

1. Pour ce qui est du champ d'application du chapitre VII et d'autres questions générales liées aux articles 21 à 27, on se reportera à la remarque 1 relative à l'article 21. Quant au champ d'application du chapitre VII, il ne semble pas y avoir théoriquement de raison de ne pas restreindre l'application des règles de conflit au champ d'application proposé à l'article premier. Toutefois, une telle limitation ne semble pas souhaitable du point de vue pratique. Il est donc proposé que les règles de conflit de lois soient appliquées dans un Etat contractant, que la lettre de garantie ait été émise ou non dans un des Etats contractants.

2. La référence au caractère international de la lettre de garantie a été ajoutée afin que le Groupe de travail étudie si une telle limitation expresse serait appropriée. D'une part, on pourrait objecter que cette référence est inutile, puisqu'il n'y a pas de conflit de lois s'il n'y a pas d'élément international. D'autre part, on pourrait avancer à l'appui de cette référence qu'il serait sans doute surprenant d'énoncer des règles de conflit de lois qui ne seraient pas expressément limitées aux instruments internationaux dans un projet de convention sur les lettres de garantie internationales, à supposer que cette limitation soit retenue dans le texte final. En outre, certains Etats ne seront peut-être pas disposés à accepter une disposition qui pourrait être interprétée comme autorisant deux parties d'un Etat donné à choisir la loi d'un autre Etat.

Article 27. Détermination de la loi applicable [1]

Faute du choix d'une loi conformément à l'article 26, les droits, obligations et moyens de recours relatifs à une lettre de garantie sont régis par la loi de l'Etat où [la lettre de garantie a été émise] [l'émetteur a son établissement ou, si ce dernier a plus d'un établissement, où l'émetteur a l'établissement dans lequel la lettre de garantie a été émise] [2].

Remarques

1. Vu la brièveté des dispositions des articles 26 et 27, on pourrait envisager de les fusionner en un seul article.

2. Si ce dernier libellé plus élaboré, qui est placé entre crochets, était préféré par le Groupe de travail, il faudrait également l'inclure dans d'autres articles faisant référence à ce facteur de rattachement (par exemple, dans les articles premier et 25).

**2. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by :
proposition des Etats-Unis d'Amérique : note du Secrétariat
(A/CN.9/WG.II/WP.77) [Original : anglais]**

1. A la dix-septième session du Groupe de travail, la délégation des Etats-Unis d'Amérique a déploré que le projet de texte ne tint pas compte de la différence existant, en ce qui concerne le degré de certitude, entre les lettres de crédit stand-by et les garanties bancaires de style européen et elle a estimé qu'il n'était peut-être guère judicieux de chercher à établir un ensemble unitaire de règles qui ne ferait justice à aucun des deux types d'engagements, tous deux très appréciés sur le marché bancaire. Il a donc été proposé d'envisager d'inclure certaines dispositions distinctes qui ne s'appliqueraient qu'aux engagements irrévocables, qu'ils soient ou non identifiés dans la Loi uniforme comme lettres de crédit stand-by, et on a promis, à cet effet, de fournir au Secrétariat une liste des dispositions en question et les informations s'y rapportant. Il a été répondu que le degré de certitude n'était pas en lui-même un critère valable pour faire la distinction entre les lettres de crédit stand-by et les garanties bancaires; des différences quant au degré de certitude existaient au sein même de chacune de ces deux catégories, qui avaient été élaborées séparément pour des raisons historiques. Il a également été rappelé que lors de l'examen d'une question similaire, on avait proposé qu'il soit tenu compte des différences pratiques existant entre les engagements selon leurs buts et les conditions de paiement et, surtout, il a été décidé que l'on continuerait à travailler à des règles d'application générale (A/CN.9/361, par. 148 et 149).

2. Comme suite à la proposition mentionnée plus haut, le Secrétariat a reçu de la délégation des Etats-Unis un projet de règles annotées destiné à former un chapitre séparé traitant uniquement des lettres de crédit stand-by, étant entendu qu'un autre chapitre serait consacré exclusivement aux garanties indépendantes. Les projets de dispositions proposés par les Etats-Unis sont annexés à la présente note.

3. Etant donné que le projet révisé, établi par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1) donne suite à la décision susmentionnée de continuer "à travailler à des règles d'application générale" et tient compte des caractéristiques propres aux lettres de crédit stand-by, par exemple en incorporant à de nombreuses dispositions des éléments qui ne présentent un intérêt pratique que pour les lettres de crédit stand-by, on a jugé utile de porter la proposition américaine à la connaissance des participants avant la tenue de la prochaine session. Grâce à ces éléments d'information, il devrait être plus facile de trancher la question cruciale du traitement des lettres de crédit stand-by dans la future convention. Cela devrait en outre faciliter aux participants, en particulier ceux des autres pays où les lettres de crédit stand-by sont couramment utilisées, l'examen des règles proposées par les Etats-Unis afin qu'ils puissent déterminer si elles reflètent la pratique actuelle dans leurs pays et si elles sont conformes à ce qui, dans les années à venir, devra constituer des règles d'application universelle.

ANNEXE

**PROPOSITION DES ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE :
PROJET DE RÈGLES RELATIVES AUX LETTRES
DE CRÉDIT STAND-BY [1]**

**CHAPITRE PREMIER. ENGAGEMENTS INDÉPENDANTS
[2]**

*Article premier. Champ d'application de la Convention
quant au fond [3]*

La présente Convention s'applique aux engagements internationaux indépendants prenant la forme de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by [4].

1. Comme suite au paragraphe 148 du document A/CN.9/361 de la CNUDCI, daté du 27 avril 1992, où était mentionnée la possibilité d'envisager des dispositions distinctes qui ne s'appliqueraient qu'aux engagements fermes (que tous les standbys ou certains d'entre eux seulement soient ou non plus fermes que toutes les garanties bancaires ou certaines d'entre elles) et comme suite aux observations de la Fédération bancaire européenne et d'autres participants à la dix-septième session du Groupe de travail de la CNUDCI, selon lesquels il n'y avait pas suffisamment de références expresses aux pratiques en matière de stand-by dans les documents de travail de la CNUDCI, le Bureau du Conseiller juridique en matière de droit international privé du Département d'Etat des Etats-Unis a constitué un groupe consultatif spécial d'experts du droit et de la pratique en matière de lettres de crédit stand-by et l'a chargé d'élaborer le présent projet pour soumission au Secrétariat. Les membres du Groupe consultatif spécial, qui comportait deux membres de la délégation des Etats-Unis, deux directeurs de banque spécialisés dans l'émission de lettres de crédit et un avocat également spécialisé dans ce domaine, étaient les suivants :

James G. Barnes, Baker & McKenzie, Chicago, IL
Alan Bloodgood, Morgan Guaranty Trust Co., New York, NY
James E. Byrne, George Mason School of Law, Arlington, VA
Boris Kozolchyk, University of Arizona College of Law,
Tucson, AZ
Vincent Maulella, Chemical Bank, New York, NY

2. Le présent projet traite des lettres de crédit stand-by, dans la mesure où la loi applicable à elles diffère de la loi applicable aux garanties indépendantes. C'est pourquoi il est axé sur les modifications à apporter au projet actuel de la CNUDCI pour qu'il traite comme il convient des standbys. (Le projet actuel de la CNUDCI figure dans le document de travail de la CNUDCI intitulé "Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by; avant-projet de Loi uniforme sur les lettres de garantie internationales", A/CN.9/WG.II/WP.73, daté du 17 septembre 1991 et A/CN.9/WG.II/WP.73/Add.1, daté du 14 octobre 1991, tels que modifiés par le Groupe de travail comme il est indiqué dans le document A/CN.9/358 daté du 12 février 1992 et dans le document A/CN.9/361 daté du 27 avril 1992.)

Pour ce qui est de l'économie du présent projet, on a supposé que le premier chapitre du prochain projet de la CNUDCI traiterait des éléments communs, le deuxième chapitre des garanties indépendantes, et le troisième des standbys. A ceci près, le présent projet reprend la présentation et la terminologie du projet actuel

du Groupe de travail et des documents de travail pertinents et se fonde sur les conclusions provisoires qui y sont énoncées.

3. On a supposé que le prochain projet de la CNUDCI revêtirait la forme d'une convention plutôt que d'une loi type (voir le paragraphe 147 du document A/CN.9/361). Si le Groupe de travail en décidait autrement, le projet pourrait aisément être adapté pour prendre la forme d'une loi type.

4. L'expression "engagements indépendants" remplace le terme "lettre de garantie", car elle englobe plus clairement les garanties et les lettres de crédit et est donc mieux adaptée que le terme "lettre de garantie" (ou tout autre terme comportant le mot "garantie"). L'expression "engagements indépendants à accepter des demandes de paiement documentaires" pourrait également être envisagée comme variante.

CHAPITRE 2. GARANTIES INDÉPENDANTES

[Voir le projet de la CNUDCI]

CHAPITRE 3. LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY [1]

Article premier. Lettres de crédit standby

Le présent chapitre s'applique aux lettres de crédit stand-by (les "standbys").

1. Il n'est pas certain que ce chapitre doive comporter des règles d'interprétation en cas de conflit avec les règles énoncées aux chapitres premier et 2. Ainsi, on s'est fondé ici sur l'hypothèse que le chapitre premier serait rédigé de manière à n'énoncer que les principes juridiques communs aux garanties indépendantes et aux standbys et éviterait donc tout conflit avec le chapitre 3 et qu'il apparaîtrait évident, au vue du champ d'application du chapitre 2, que les règles y énoncées ne s'appliquent pas aux standbys.

Article 2. Définition de la lettre de crédit stand-by

1. La lettre de crédit stand-by est un engagement indépendant pris par une ou plusieurs banques ou autres institutions [ou personnes] ("émetteur") d'accepter les demandes de paiement présentées par une autre personne ou d'autres personnes ("bénéficiaire") [au bénéfice de cette (ces) personne(s) ou d'autres] [1] d'un montant certain ou déterminable dans une monnaie ou unité de compte spécifiée ou de tout autre article spécifié doté de valeur [2] ou d'accepter une lettre de change ou une traite pour un montant spécifié ou d'encourir une obligation de paiement différé [3] conformément aux termes et aux conditions documentaires [4] de l'engagement, sur présentation des documents spécifiés [5].

2. L'engagement peut être pris

a) sur la demande du client ("donneur d'ordre") [6] de l'émetteur; ou

b) sur les instructions d'une autre banque, établissement ou personne agissant sur la demande du client de la partie ordonnatrice ("partie donatrice"); ou

c) sur la demande de l'émetteur lui-même [7].

1. Le terme "autre personne" figurant dans la définition du "bénéficiaire" ne serait peut-être pas tout à fait adapté au cas des

lettres de crédit stand-by émises par l'émetteur pour lui-même, agissant en tant que représentant d'une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre succursale. Pour cette raison, on a donné une définition large du terme à l'article 6.

2. Les crochets entourant les mots "[ou de tout autre article spécifié doté de valeur]", qui figuraient dans le projet de la CNUDCI, ont été retirés étant donné que les standbys prévoient parfois que le paiement consistera en la livraison, par exemple, d'or ou d'unités d'actions ou autres titres. Bien que cette pratique ne soit pas répandue, il n'y a aucune raison de l'exclure. C'est pour permettre une telle évolution, au cas où le marché l'exigerait, que ces crochets ont été retirés.

3. Le libellé du projet de la CNUDCI, "[ou d'accepter ou négocier sans recours une lettre de change pour un montant spécifié]", a été retenu sans crochets pour les lettres de crédit stand-by et ce pour les raisons énoncées au paragraphe 35 du document A/CN.9/358 du 12 février 1992. Bien que cette pratique ne soit pas répandue, il n'y a aucune raison de l'exclure. Par conséquent, il a été jugé prudent de laisser cette possibilité ouverte.

4. Selon la loi et la pratique, les lettres de crédit stand-by sont exclusivement de caractère documentaire. De fait, l'indépendance des standbys tient à leur caractère exclusivement documentaire et elle se définit en fonction de ce caractère documentaire. L'utilisation dans le projet de la CNUDCI des mots "essentiellement documentaire" est inacceptable, dans la mesure où elle remet en question le caractère exclusivement documentaire du standby. Le présent projet fait référence au caractère documentaire des standbys d'une manière qui est compatible avec le dernier projet de révision (ICC 500) des Règles et usances uniformes (RUU).

5. Le Groupe de travail n'a pas déterminé s'il serait approprié de traiter des lettres de crédit commerciales. Au cas où il déciderait d'exclure ces lettres de crédit, il faudra sans doute préciser la définition du standby (et des garanties indépendantes) afin d'établir une distinction entre ces deux types d'instruments. Voir la note 2 relative à l'article 6 du présent projet.

6. On a utilisé dans le projet d'article 2 de la CNUDCI les termes "garant" ("*guarantor*") et "donneur d'ordre" ("*principal*") pour désigner les parties à l'engagement. Ces termes sont propres aux garanties et ne sont pas adaptés aux lettres de crédit stand-by. Les termes "*issuer*" (émetteur) et "*applicant*" (client, donneur d'ordre) le sont; en outre, ils sont conformes à la terminologie utilisée dans les RUU.

7. On n'a retenu ni la variante X ni la variante Y du projet d'article 2 de la CNUDCI car les exemples et les cas distincts visés par ces variantes sont peut-être pertinents du point de vue de la réglementation, mais n'auraient aucune incidence en droit commercial sur les lettres de crédit stand-by. Voir les définitions des divers types de standby à l'article 6 du présent projet.

Article 3. Indépendance du standby

1. Un engagement émis par une banque ou par tout autre établissement financier [ou toute autre personne émettant régulièrement de tels engagements] est irréfutablement réputé être indépendant [1] s'il est intitulé "Lettre de crédit stand-by" ou "Lettre de crédit", s'il est expressément soumis aux règles internationales de la pratique en matière des lettres de crédit [2] ou s'il ne peut être accepté que sur présentation des documents spécifiés [3].

2. L'engagement est indépendant si l'exécution de l'obligation de l'émetteur envers le bénéficiaire n'est pas soumise ni condi-

tionnée à l'existence ou à la validité d'une opération sous-jacente ou de tout terme autre que ceux figurant sur l'engagement ou de toute condition, acte ou fait autres que la présentation des documents spécifiés [4].

3. Si un crédit stand-by est assorti d'une ou de plusieurs conditions, mais n'indique pas le ou les documents à présenter en application desdites conditions, ces conditions seront réputées non écrites et seront ignorées [5].

1. La notion de présomption irréfutable, qui se fonde sur le libellé de l'article 3-2 a de la CNUDCI, est acceptée et elle se répand. Toutefois, pour les lettres de crédit, les appellations "Lettre de garantie indépendante", "Promesse documentaire indépendante" ou "Lettre de garantie à première demande" proposées dans le projet de la CNUDCI ne seraient pas appropriées; c'est pourquoi on a retenu les termes "Lettre de crédit" ou "Lettre de crédit stand-by", qui sont plus proches de la législation et de la pratique en matière de standbys.

2. L'incorporation dans un engagement de règles internationalement reconnues relatives à la pratique en matière de lettres de crédit fait aussi clairement apparaître que l'engagement se veut lettre de crédit stand-by.

3. Au cas où l'on déterminerait que les règles énoncées dans ce projet de chapitre 3 relatives à un engagement ferme de paiement sont applicables à certains types de garanties au même titre qu'aux standbys, il faudra peut-être prévoir une méthode permettant d'identifier ces garanties et d'établir une distinction entre elles et les standbys dans cet article et/ou dans les définitions figurant aux chapitres premier et 2.

4. A la différence du projet d'article 3 de la CNUDCI, on n'a pas retenu ici les différents énoncés de l'indépendance de l'engagement, car cette indépendance se fonde sur le fait que l'engagement constitue une lettre de crédit stand-by sur la base de critères formels plutôt que de simple indépendance. C'est pourquoi le projet d'article 3 du chapitre 3 précise le sens de l'indépendance, indissolublement liée au caractère documentaire de l'instrument, ainsi que les conditions de forme en vertu desquelles un engagement sera irréfutablement réputé être une lettre de crédit stand-by.

5. Comme l'indépendance de la lettre de crédit stand-by est indissolublement liée au caractère documentaire de l'instrument, on a incorporé ici, en substance, l'article 13 c des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500).

Article 4. Caractère international de la lettre de crédit stand-by [1]

1. Une lettre de crédit stand-by est internationale si ;

a) Les établissements spécifiés dans la lettre de crédit stand-by d'au moins deux parties suivantes sont situés dans les Etats différents : émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre [partie ordonnatrice], notificateur ou confirmateur [2], ou

b) S'il est énoncé dans la lettre de crédit stand-by que celle-ci est "internationale" ou qu'elle est soumise à la présente Convention ou aux règles internationales relatives à la pratique en matière de lettres de crédit [3].

2. Aux fins de l'alinéa a du paragraphe 1 ci-dessus, s'il apparaît au vu de la lettre de crédit stand-by qu'une partie

a plus d'un établissement, son établissement est celui qui a la relation la plus étroite avec la lettre de crédit stand-by [4].

1. Ce projet de dispositions se fonde sur la variante A de l'article 4 du projet de la CNUDCI, qui a été préférée par le Groupe de travail.

2. On a ajouté dans le projet le mot "notificateur" et supprimé les crochets entourant, dans le projet de la CNUDCI, les mots "garant confirmateur" afin de tenir compte du fait que, dans la pratique des standbys, l'établissement d'un notificateur ou d'un confirmateur serait considéré comme pertinent pour la détermination du caractère international d'une lettre de crédit stand-by.

3. Le projet d'article 4 de la CNUDCI a été élargi aux standbys qui sont expressément régis par les règles internationales relatives à la pratique en matière de lettres de crédit car, conformément à la législation et à la pratique actuelles dans la plupart des juridictions, le moyen le plus simple et le plus sûr de faire en sorte qu'un engagement ait valeur de lettre de crédit stand-by consiste à le soumettre aux RUU.

4. L'article 4-2 du projet dissuade d'invoquer des liens ne figurant pas sur le stand-by; aussi a-t-on supprimé donc le projet d'article 4-2 b de la CNUDCI et précisé le projet d'article 4-2 a en ne faisant référence qu'au cas où il ressort du stand-by lui-même qu'une partie a plus d'un établissement.

Article 5. Interprétation de la présente Convention

[Il n'est pas nécessaire d'énoncer là une disposition propre au stand-by; le projet d'article 5 de la CNUDCI est acceptable en règle générale.]

Article 6. Définitions et règles d'interprétation

Aux fins de la présente Convention et sauf disposition contraire de ladite Convention ou à moins que le contexte ne s'y oppose :

1. Le terme "document" désigne tout texte, traite, demande, promesse, instrument ou prétention factuelle ou juridique, qu'il soit sous forme écrite ou sous toute autre forme généralement utilisée dans la pratique en matière de lettres de crédit. [1]

2. Le terme "lettre de crédit stand-by" est défini à l'article 2. Les lettres de crédit stand-by sont régies par les principes et règles qui régissent toute lettre de crédit, quels que soient son objet ou sa fonction [2]. Dans la mesure où elles ont des objets différents pour le donneur d'ordre et le bénéficiaire, les lettres de crédit stand-by peuvent être réparties entre les catégories suivantes :

a) Le standby financier, qui prévoit le paiement sur présentation de documents indiquant que le paiement est dû au titre d'un emprunt ou d'une avance ou du fait de l'arrivée à maturité d'une dette du donneur d'ordre ou d'une autre personne.

b) Le standby pour exécution, qui prévoit le paiement sur présentation de documents indiquant que le paiement est dû en raison de la non-exécution d'une obligation non financière ou commerciale.

c) Le standby pour avance, qui prévoit le paiement sur présentation de documents indiquant qu'une avance a été faite et que son remboursement est demandé.

d) Le standby pour offre, qui prévoit le paiement sur présentation de documents indiquant qu'il y a eu défaut de soumission d'une offre et/ou d'exécution du marché octroyé.

e) Le standby commercial, qui prévoit le paiement sur présentation de documents indiquant qu'il y a eu défaut de livraison ou de paiement de biens ou services dans le cadre d'une opération commerciale sous-jacente ayant fait ou non l'objet d'une lettre de crédit commerciale.

f) Le standby simple, qui prévoit le paiement uniquement sur présentation de traites ou demandes de paiement.

g) Le contre-standby, qui prévoit le paiement sur présentation de documents indiquant que le bénéficiaire a payé ou est tenu de payer sa propre lettre de crédit stand-by ou sa lettre de crédit commerciale, sa garantie ou tout autre engagement.

3. Le terme "émetteur" désigne une ou plusieurs banques ou autres établissements [ou personnes] agissant individuellement ou de toute autre manière et identifié(s) comme émetteur(s) d'une lettre de crédit stand-by et peut désigner un ou plusieurs représentants agissant pour une partie ou la totalité des émetteurs dans le cadre de l'émission, de la modification, du paiement ou du refus de paiement ou de toute autre mesure particulière relative au crédit [3].

4. Le terme "bénéficiaire" désigne une ou plusieurs personnes identifiées comme le ou les bénéficiaires et peut désigner une ou plusieurs de ces personnes qui, agissant pour elles-mêmes ou en tant que représentantes de certaines ou de la totalité de ces personnes, présentent des demandes de paiement ou de transfert, acceptent une annulation ou une modification ou prennent toute autre mesure que peut prendre le bénéficiaire d'une lettre de crédit.

5. Le terme "confirmateur" désigne la personne autorisée par l'émetteur à ajouter son engagement indépendant de payer à celui de l'émetteur. Sauf disposition expresse contraire, l'engagement pris par le confirmateur consiste à accepter de payer les demandes de paiement conformes qui lui sont adressées et, en donnant son autorisation, l'émetteur s'engage à rembourser le confirmateur ayant effectué un tel paiement [4].

6. Le terme "personne" englobe en tant qu'"autre personne" celle qui agit en tant que fidéicommissaire ou par l'intermédiaire d'une succursale dans une autre juridiction [5].

1. Afin d'éviter toute confusion résultant de la distinction traditionnelle entre les documents d'une part et les traites et demandes d'autre part, le présent projet comporte une définition du mot "document", qui englobe les traites et les demandes. On a en outre expressément évité de laisser entendre qu'un document doit être sur papier.

2. Cette liste de standbys n'est donnée ici qu'à titre d'exemple. Tous les standbys, ainsi que les lettres de crédit commerciales, sont régis par les mêmes principes juridiques, quels que soient leur fonction ou leur objectif. Les différences tiennent au type de documents à présenter, à la valeur de ces documents (pour le donneur d'ordre directement ou en tant que garantie pour les autres) et à la question de savoir si un engagement particulier sera régi, par exemple, par les normes concernant le coefficient de couverture des risques des banques internationales.

3. Dans le cas d'importants arrangements faisant appel à des lettres de crédit stand-by, on a fréquemment recours à des consortiums dans lesquels tous les fournisseurs de crédits agissent en tant qu'émetteurs, responsables isolément pour le pourcentage qui leur revient, mais sont représentés par une banque unique par l'intermédiaire de laquelle sont effectués la présentation et le paiement.

4. Une confirmation présumée qui n'est pas autorisée par l'émetteur peut exercer ses effets en tant que lettre de crédit distincte émise par le confirmateur présumé en son propre nom, mais il ne s'agit alors pas d'une confirmation.

5. Les mots "une autre personne ou d'autres personnes" font l'objet d'une définition générale pour la raison énoncée dans la note 1 relative à l'article 2 du présent projet.

Article 7. *Forme et établissement de la lettre de crédit stand-by [1]*

Une lettre de crédit stand-by peut être émise sous toute forme préservant un enregistrement complet des données qui y figurent et sa source est authentifiée [2] par des méthodes généralement acceptées dans la pratique internationale en matière de lettres de crédit ou par une procédure convenue par les parties [3]. La lettre de crédit stand-by produit ses effets et est irrévocable lorsqu'elle est émise [4].

1. Ce projet se fonde sur la variante B du projet d'article 7 de la CNUDCI, qui a eu la préférence du Groupe de travail.

2. L'authentification peut consister en la comparaison des signatures ou faire appel à des clefs de codage ou des algorithmes ou à d'autres méthodes commercialement acceptables.

3. Les crochets qui figuraient dans la variante B du projet d'article 7 de la CNUDCI ont été supprimés car l'authentification est nécessaire aux fins de la transmission électronique de lettres de crédit stand-by.

4. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa seizième session, on s'est conformé à la variante Y du projet d'article 7 de la CNUDCI dont on a néanmoins supprimé la clause introductive.

Article 8. *Modification*

Sauf disposition contraire du crédit [1], un standby une fois établi [irrévocablement] [2] ne peut être annulé ni modifié sans l'accord de l'émetteur, du confirmateur (le cas échéant) pour ce qui est de la confirmation du standby [3] et du bénéficiaire, et aucune annulation ou modification proposée par l'émetteur ne produit ses effets envers le bénéficiaire tant que ce dernier n'a pas donné son approbation [4].

1. Cette clause indique qu'une lettre de crédit peut effectivement prévoir une augmentation, une prolongation ou toute autre modification, ou encore une annulation, en cas d'acte ou de défaillance unilatéraux de l'émetteur, y compris lorsque l'émetteur se contente d'envoyer un avis de réception d'un document du bénéficiaire ou du donneur d'ordre.

2. On n'aura pas à mentionner ici le caractère irrévocable du standby si l'article précédent relatif à l'établissement dispose que les standbys sont irrévocables sauf disposition contraire.

3. L'approbation du confirmateur est requise avant qu'une modification proposée par l'émetteur n'ait d'effet sur la confirmation. Si le confirmateur ne consent pas, la modification produit néanmoins ses effets envers l'émetteur.

4. La condition du consentement exprès est tirée de l'article 9 e du projet de RUU 500.

Article 9A. *Transfert des droits [1]*

1. Une lettre de crédit stand-by doit être expressément transférable pour que le droit qu'a le bénéficiaire de demander paie-

ment puisse être transféré. Ce droit ne peut être transféré que dans la mesure et de la manière autorisée dans la lettre de crédit stand-by [2].

2. Si le crédit est transférable, mais que l'ampleur du transfert ou le mode de transfert ne sont pas spécifiés [3] :

a) Les transferts partiels sont interdits, sauf disposition contraire;

b) Les transferts successifs sont interdits, sauf disposition contraire; et

c) L'émetteur ou toute autre personne autorisée dans le crédit à effectuer un transfert peut imposer des conditions raisonnables afin d'éviter un risque accru [4].

3. L'émetteur doit — et toute autre personne autorisée peut — procéder à un transfert conformément aux conditions de transfert applicables au crédit. Le transfert du droit de demander paiement a des incidences sur le nom du bénéficiaire et sur les autres termes et conditions du crédit, le cas échéant, qui sont spécifiés dans les dispositions relatives au transfert du crédit [5].

1. Pour plus de clarté, on a placé dans des articles séparés les questions du transfert des droits et de cession du produit.

2. Les standbys étant normalement émis en tant qu'instruments transférables, la variante B du projet d'article 9-1 de la CNUDCI n'est pas appropriée. Comme les standbys produisent leurs effets sur la base de simples déclarations, fréquemment sur la base des déclarations du bénéficiaire ou de ses conclusions selon lesquelles il y a eu défaillance, ils sont réputés être non transférables et toute autorisation de transfert figurant sur le crédit doit être interprétée strictement.

3. Dans les standbys transférables, il est souvent prévu qu'un type précis de demande de transfert doit être présenté à l'émetteur et il est souvent spécifié, par exemple, que les transferts partiels sont interdits, mais que les transferts successifs sont autorisés, que le cédant et/ou le cessionnaire doivent certifier que le contrat sous-jacent ou la relation fiduciaire ou toute autre opération sous-jacente ont dûment fait l'objet d'un transfert et que le cessionnaire remplace le cédant à toutes fins utiles à compter de la date du transfert; d'autres conditions peuvent être énoncées pour protéger l'émetteur et/ou le donneur d'ordre.

Restent les cas où le standby est simplement déclaré "transférable", ou est adressé à un bénéficiaire désigné "et à ses successeurs ou cessionnaires" ou est réputé transférable par détermination de la loi, qui prévaut sur les présomptions et politiques de non-transférabilité et sur le principe de stricte application (voir la note 5 ci-dessous). Pour ces cas, l'article énonce des normes appropriées, notamment le droit d'imposer des conditions raisonnables telles que la présentation du standby accompagné d'une demande écrite de transfert irrévocable signée du bénéficiaire et du cessionnaire, le paiement d'honoraires usuels et une attestation de conformité à l'ensemble des lois et règlements applicables. Ces normes sont nécessaires parce que les articles des RUU relatifs au transfert sont normalement exclus des dispositions relatives au transfert des standbys : ils sont en effet uniquement conçus pour faciliter le transfert des lettres de crédit commerciales émises à l'intention d'un vendeur pour transfert partiel au fournisseur du vendeur.

4. Cette disposition assimile le transfert à une modification du crédit. En transférant le crédit, on change le nom du bénéficiaire désigné, mais, en l'absence d'amendement supplémentaire conformément à l'article 8 (voir la note 1 de l'article 8), aucun autre élément du crédit n'est modifié. Ainsi, le bénéficiaire-cessionnaire signe toutes les demandes et tous les autres docu-

ments pouvant être signés par le bénéficiaire, mais doit obtenir les documents ou signatures de tiers qui sont requis, le cas échéant, dans le crédit.

5. Le présent projet ne traite pas expressément de l'exécution des standbys par des personnes prétendant avoir succédé au bénéficiaire dans ses droits par détermination de la loi. De plus en plus, les transferts par détermination de la loi sont traités expressément dans les standbys, car cet aspect lié à la forme de nombreux standbys est dicté par les organismes publics régissant les bénéficiaires pour lesquels les standbys sont émis. Dans les cas où les principes d'une stricte interprétation de la lettre de crédit interdisant le transfert entrent en conflit avec les principes de la protection des créanciers du bénéficiaire et d'autres ayants droit, les tribunaux ont parfois fait prévaloir à ces derniers principes sur les premiers. Comme il s'agit là essentiellement de trouver un équilibre entre la législation et les politiques en matière de lettres de crédit, d'une part, et d'autres considérations d'ordre public, d'autre part, il est peut-être prudent de se contenter d'un commentaire mentionnant ces politiques qui ne sont pas propres aux lettres de crédit et qui favorisent certains successeurs par détermination de la loi et indiquent qu'il est souhaitable de ne jamais porter atteinte au droit qu'a l'émetteur de refuser d'effectuer un transfert qui n'est pas accompagné d'une demande écrite et signée assortie des documents voulus établissant qu'il y a eu effectivement, en vertu de la législation applicable, une succession par détermination de la loi.

Article 9B. Cession du produit [1]

1. Le bénéficiaire peut céder à une autre personne tout produit auquel il peut avoir droit en vertu de la lettre de crédit stand-by. La cession des produits du crédit exerce ses effets envers l'émetteur ou toute autre personne effectuant le paiement de ce produit dès notification par le bénéficiaire de la cession et approbation écrite de la cession notifiée, signée par l'émetteur ou par toute autre personne effectuant le paiement du produit.

2. Les droits conférés au cessionnaire du produit ne comprennent pas le droit de demander paiement en vertu de la lettre de crédit stand-by, ne vont pas au delà du droit du bénéficiaire à recevoir ce produit et, sauf stipulation contraire lors de l'approbation de la cession, sont subordonnés aux droits du preneur ou de l'endossataire — s'ils sont différents du bénéficiaire — de toute traite tirée en vertu du crédit et aux droits à compensation de l'émetteur ou de toute autre personne effectuant le paiement du produit.

3. L'émetteur ou toute autre personne devant approuver la cession du produit peut imposer des conditions raisonnables afin d'éviter une augmentation du risque. L'approbation n'exerce ses effets qu'envers l'émetteur ou toute autre personne la signant.

4. L'émetteur ou toute autre personne effectuant le paiement du produit qui paie le bénéficiaire et/ou le(s) cessionnaire, conformément aux conditions de la lettre de crédit, à l'approbation de la cession et au présent article est libéré de ses obligations envers toute personne intéressée, y compris les tiers.

1. La plupart des banques utilisent des formulaires de cession de produit signés par le bénéficiaire et par l'émetteur (ou toute autre banque payeuse ou négociatrice) pour les lettres de crédit commerciales et les lettres de crédit stand-by afin de préciser et de protéger les intérêts de toutes les parties. Cette procédure d'approbation est relativement simple dans le cas d'un stand-by

ordinaire payable sur demande du bénéficiaire, mais peut être relativement compliquée si le crédit autorise le tirage de traites pour négociation ou paiement par une banque autre que l'émetteur. Du fait de ces problèmes complexes et parce que les RUU n'énoncent pas de normes pertinentes, le projet d'article instaure un cadre permettant de protéger les parties contre les cessions irrévocables non autorisées ou antagonistes. A ce propos, les conditions suivantes pourraient par exemple être imposées : présentation du stand-by accompagné d'un document écrit signé par le bénéficiaire demandant une cession irrévocable du produit et certifiant la conformité à toutes les lois applicables, paiement d'honoraires usuels et attestations de non-transfert des droits, cession du produit ou tirage ou endossement de toute traite, antérieurs ou ultérieurs, qui feraient obstacle à la cession demandée.

Article 10. Résiliation

1. La lettre de crédit stand-by est résiliée [1], que l'instrument sur lequel elle figure soit remis ou non, lorsque :

a) l'émetteur reçoit du bénéficiaire une déclaration le libérant de son obligation sous toute forme visée au paragraphe 1 de l'article 7; ou

b) la période de validité de la lettre de crédit stand-by expire en application de l'article 11 [2].

La résiliation ne modifie en rien les droits ou obligations préalablement assumés conformément aux conditions de la lettre de crédit stand-by.

2. Le fait que le montant payable en vertu d'un standby ait été réduit à zéro n'entraîne pas la résiliation du standby si celui-ci prévoit des renouvellements automatiques ou toute autre forme d'augmentation automatique des montants disponibles [3].

1. Le libellé figurant dans le projet d'article 10 de la CNUDCI ("cesse d'exercer ses effets") et l'expression "Moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets", dans le titre de l'article 10, ne sont pas adaptés au standby, car ils introduisent une distinction artificielle et peu souhaitable sur le plan commercial entre l'existence et les effets de la lettre de crédit.

2. On a retenu les dispositions *a* et *b* du projet d'article 10 de la CNUDCI en y introduisant un libellé approprié au standby.

3. On a ajouté un paragraphe 2 à l'article 10 afin de tenir compte des lettres de crédit stand-by qui sont renouvelables ou qui prévoient de toute autre manière un rétablissement automatique du montant disponible après qu'une traite a été honorée. Il existe une pratique établie en la matière pour les standbys financiers à paiement direct garantissant des dettes à long terme. Ces standbys prévoient un rétablissement automatique du montant payé, dans un délai, par exemple, de dix jours après acceptation du tirage d'un montant équivalant à un intérêt périodique dû au titre de la dette faisant l'objet de la lettre de crédit. Voir le paragraphe 127 du document A/CN.9/358 faisant état du caractère inapproprié du projet d'article 10 *c* pour ce qui est des standbys.

Article 11. Expiration

1. La période de validité de la lettre de crédit stand-by expire à la date d'expiration, qui peut être une date spécifiée ou le dernier jour d'un délai déterminé énoncé dans le standby [1].

2. Si la lettre de crédit stand-by n'énonce pas de date d'expiration, la période de validité expire [un (1)] an [2] après

l'établissement de la lettre de crédit stand-by, à moins qu'une modification n'ait été apportée conformément à l'article 8 pour énoncer une date d'expiration [3].

1. L'alinéa *b* du projet d'article 11-1 de la CNUDCI est contraire à la législation et à la pratique en matière de standbys, qui disposent qu'un événement entraînant l'expiration doit faire l'objet de la présentation d'un document. Il est indiqué au paragraphe 144 du document A/CN.9/358 que l'on rencontre parfois "dans les garanties ainsi que dans les lettres de crédit stand-by, des clauses d'expiration liées à la survenance d'un événement qui n'exigent pas la présentation d'un document particulier". Les conditions non documentaires dans les lettres de crédit stand-by sont inacceptables, qu'il s'agisse de demander le paiement ou de déterminer si le crédit est valide.

2. L'émission d'un standby n'indiquant pas de date d'expiration est une pratique aberrante qui ne devrait pas être confortée par la présomption d'une période de validité de longue durée.

3. Le projet d'article 11-2 de la CNUDCI fait référence à une convention des parties visant à prolonger la période de validité. Dans la pratique des standbys, une telle convention, si elle n'est pas exprimée dans le crédit, ne peut prendre que la forme d'une modification. Voir le projet d'article 8 et la note 1 y relative.

Article 12. Détermination des droits et obligations

Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les droits et obligations des parties en vertu de la lettre de crédit stand-by sont déterminés par les termes et conditions [1] énoncés dans la lettre de crédit stand-by et par toutes règles, conditions [générales] ou usages internationaux, tels que les règles internationales de la pratique en matière de lettres de crédit, auxquels elle est soumise [2].

1. Les crochets entourant les mots "et conditions" dans le projet d'article 12 de la CNUDCI ont été supprimés, car il est nécessaire de faire référence aux termes et aux conditions dans le cas des standbys.

2. La référence, qui figure dans le projet de la CNUDCI, aux "règles, conditions [générales] ou usages qui y sont mentionnés" est essentielle dans la pratique des standbys et l'on a mis davantage l'accent sur ce point dans le présent projet en faisant expressément référence aux règles internationales de la pratique en matière de lettres de crédit qui régissent communément les standbys.

Article 13. Responsabilité de l'émetteur

1. L'émetteur et tout confirmateur agissent de bonne foi et exercent un soin raisonnable conformément à une pratique bancaire normale, comme il est prévu ci-après. Le donneur d'ordre peut convenir que l'examen d'une partie ou de la totalité des documents, dans certaines circonstances ou dans toutes les circonstances, n'est pas requis ou que ledit examen doit être effectué dans un délai très bref, sans qu'il soit nécessaire d'exercer le même degré de soin. L'obligation d'exercer un soin raisonnable incombant à l'examineur envers le bénéficiaire est remplie en cas de paiement ou de refus justifiable d'une demande de paiement conformément aux normes énoncées à l'article 16. Les examinateurs peuvent également être exonérés [généralement] en cas de [négligence] [manifeste], mais non s'ils n'agissent pas de bonne foi ou pour toute [négligence] [ou tout acte ou omission commis soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit téméairement, en sachant que ce dommage en résulterait probablement] [1].

2. Aucune disposition de la présente convention n'interdit à l'émetteur, au confirmateur ou à tout examinateur de recouvrer du donneur d'ordre ou du bénéficiaire un montant payé par erreur ou indûment, en vertu des principes relatifs à l'enrichissement sans cause, ou de limiter le recouvrement au montant disponible en vertu du crédit [2].

1. Le Groupe consultatif spécial a retenu ici l'approche et le libellé du projet de la CNUDCI tout en précisant quelque peu la liberté contractuelle des parties, y compris le droit, par exemple, de réduire les honoraires d'examen, ou de réduire ou supprimer l'examen usuel qu'attend le donneur d'ordre de l'émetteur. Bien qu'il soit prématuré à ce stade d'aborder cette question, il se peut que cet article et les articles connexes doivent être précisés davantage, afin d'éviter toute confusion quant au point de savoir si et dans quelles circonstances une partie encourt envers une autre une obligation qui n'est pas exprimée dans le crédit, dans la confirmation, dans l'avis ou tout autre document ou dans les règles internationales écrites de la pratique en matière de lettres de crédit. De même, il sera peut-être souhaitable de donner des exemples d'agissements de mauvaise foi de la part de l'émetteur (par exemple, refus de paiement conformément à un accord préalablement conclu avec le donneur d'ordre prévoyant de refuser arbitrairement, sans se fonder sur telle ou telle exception) si de tels exemples doivent être donnés pour les cas de conduite frauduleuse de la part du bénéficiaire (par exemple, présentation d'une demande arbitrairement, en l'absence de toute justification).

2. Le Groupe consultatif spécial a déterminé qu'il faudrait mentionner ici (et/ou à l'article 12) que la Convention ne régira pas toutes les relations juridiques entre les diverses parties.

Article 14. Demande de paiement

[Il n'est pas nécessaire d'énoncer ici des dispositions propres aux standbys si le terme "paiement" est défini largement ou si, dans la version anglaise, on remplace le mot "payment" par le mot "honor". Voir les notes 2 et 3 relatives à l'article 2 du présent projet.]

Article 15. Avis de demande

[Dans sa forme et dans sa substance, le projet d'article 15 de la CNUDCI n'est pas acceptable pour les standbys. Il n'a pas de parallèle dans la loi et dans la pratique des standbys et il sera nécessaire de tenir compte de cette distinction dans ce projet de disposition de la CNUDCI si on le juge nécessaire pour les garanties. Si un avis est requis en raison de considérations intéressant le bénéficiaire et le donneur d'ordre, il existe dans la pratique des lettres de crédit stand-by une méthode documentaire permettant d'arriver à ces résultats d'une manière qui soit équitable pour toutes les parties : il s'agit d'une disposition expresse de la lettre de crédit requérant une méthode documentaire de notification de la part du bénéficiaire.]

Article 16. Examen de la demande

1. L'examen des documents est effectué conformément aux normes de la pratique bancaire internationale en vue d'en établir la conformité apparente aux termes et conditions du crédit.

2. Sauf disposition contraire énoncée dans le crédit ou par référence aux normes de la pratique bancaire internationale, l'émetteur ou le confirmateur dispose d'un délai raisonnable,

mais ne dépassant pas [sept] jours ouvrables, à compter du jour de la présentation, pour examiner les documents et décider de payer ou non [1].

1. Ce projet d'article se fonde sur les variantes A et Z du projet d'article 16 de la CNUDCI et sur les projets d'articles 13 et 14 des RUU 500.

Article 17. Paiement ou rejet de la demande

1. L'émetteur ou le confirmateur paie le crédit à moins :

a) Que la lettre de crédit stand-by n'ait pas été émise ou ait été résiliée avant que la demande ait été présentée [1]; ou

b) Que la demande ne soit pas conforme aux conditions énoncées à l'article 14; ou

c) Que la demande soit incorrecte en application de l'article 19.

2. L'émetteur ou le confirmateur peut effectuer le paiement même si le donneur d'ordre affirme que la demande est incorrecte en application de l'article 19, à condition qu'il agisse de bonne foi [2].

3. Sauf disposition contraire du crédit, s'il décide de refuser le paiement, l'émetteur ou le confirmateur en donne promptement avis, conformément aux normes de la pratique bancaire internationale en indiquant toutes les anomalies et il reste comptable des documents [3].

4. Si l'émetteur ou le confirmateur ne se conforme pas aux dispositions de l'article 16 ou du paragraphe 3 du présent article conformément aux normes de la pratique bancaire internationale, il est déchu de son droit à invoquer la non-conformité des documents aux termes et conditions du crédit [4].

1. Les termes utilisés dans le projet de la CNUDCI ("non existante, nulle ou non exécutoire") ne sont pas courants pour les lettres de crédit; on les a donc omis en faveur des mots "émise" (ou "établie") ou "résiliée".

2. On a retenu la variante B du projet de la CNUDCI car elle énonce un important principe de la pratique en matière de lettres de crédit en vertu duquel l'émetteur n'est pas tenu de refuser le paiement en se fondant sur des allégations de fraude dans la mesure où il peut payer de bonne foi. Le reste du projet d'article 17-2 de la CNUDCI a été omis car il est contraire à la pratique en vertu de laquelle la demande est acceptée lorsque l'émetteur ou le confirmateur décide que des documents conformes ont été présentés, à moins qu'il n'ait effectivement connaissance d'une fraude ou qu'il ne lui soit enjoint de refuser le paiement.

3. Les standbys étant des lettres de crédit, les règles en matière de notification, qui sont applicables aux lettres de crédit, s'appliquent également à eux. Le libellé retenu dans le projet d'article 17-3 de la CNUDCI ne précise pas suffisamment le caractère absolu et impératif de la condition selon laquelle il faut motiver sa décision et tenir les documents à la disposition de la partie les ayant présentés. Aussi est-il fait référence aux normes de la pratique bancaire internationale, qui sont actuellement énoncées à l'article 14 des RUU 500.

4. Le libellé qui figurait entre crochets dans le projet d'article 17-4 de la CNUDCI a été retenu sans crochets et élargi afin qu'il apparaisse que cette disposition n'est pas optionnelle, conformément à la pratique des standbys qui se fonde sur la pratique en matière de lettres de crédit et énonce une règle de déchéance des droits lorsqu'il y a eu défaut de notification, qu'il ait été possible ou non de remédier à la non-conformité.

Article 18. Demande de prorogation ou de paiement

[Il n'y a ni loi ni pratique traitant des demandes de prorogation ou de paiement des standbys par le bénéficiaire, sinon les lois et pratiques applicables aux demandes de paiement et aux demandes de modification. La loi devrait dissuader le bénéficiaire de présenter à l'émetteur des demandes de prorogation ou de paiement qui ne sont pas prévues dans le crédit; aussi ne devrait-on énoncer aucune disposition à ce propos pour ce qui est des standbys.]

Article 19. Demande incorrecte

1. Une demande de paiement est incorrecte si elle est faite de mauvaise foi, ou si elle est frauduleuse ou abusive, notamment si elle est fondée sur une fraude ou une contrefaçon relatives aux documents ou sur une fraude liée à l'opération sous-jacente.

2. La présentation d'une demande est abusive et frauduleuse lorsque :

a) Le bénéficiaire [ne croit pas que le montant demandé est dû] [sait ou ne saurait ignorer que le montant demandé n'est pas dû] sur la base des motifs présentés dans la demande ou de toute déclaration ou pièce jointe; ou

b) Toute pièce jointe est falsifiée; ou

c) [Le bénéficiaire exerce son droit pour une raison autre que celle pour laquelle la lettre de crédit stand-by a été donnée.] [L'événement dont les conséquences ouvraient droit à indemnisation du bénéficiaire en vertu de la lettre de crédit stand-by ne s'est à l'évidence pas produit ou s'est clairement

produit du fait d'une contravention fondamentale à l'opération sous-jacente commise volontairement par le bénéficiaire.] [1]

1. On a retenu ici l'approche adoptée dans la variante C du projet d'article 19 de la CNUDCI, avec quelques modifications visant à rendre la terminologie conforme à celle que l'on rencontre dans la jurisprudence relative aux lettres de crédit et à préciser le sens de la fraude dans ce contexte, c'est-à-dire à déterminer les vices cachés liés à la présentation qui sont suffisamment sérieux pour permettre à l'émetteur (ou à un tribunal) d'ignorer l'indépendance de l'engagement. A cette fin, deux variantes sont proposées aux alinéas 2 a et 2 c.

Article 20. Compensation

[La variante B du texte de la CNUDCI est acceptable, à condition que les droits à compensation soient étendus au confirmateur ou à toute autre personne effectuant le paiement du produit. (Voir l'article 9.)]

NOTE RELATIVE AUX ARTICLES 21 A 27

Pour ce qui est des projets d'articles 21 à 27 de la CNUDCI, il n'y a rien de particulier dans la législation et la pratique en matière de lettre de crédit stand-by qui justifierait des règles distinctes. On notera toutefois que le libellé du texte et des titres de ces projets d'articles se fonde essentiellement sur la législation et la pratique en matière de garantie et non de stand-by. Afin de tenir compte des standbys, il faudra modifier ces noms et titres, ou en ajouter de nouveaux.

C. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa dix-neuvième session

(New York, 24 mai-4 juin 1993) (A/CN.9/374)

[Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-13
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	14
II. EXAMEN DES ARTICLES D'UN PROJET DE CONVENTION SUR LES LETTRES DE GARANTIE INTERNATIONALES	15-122
CHAPITRE III. EFFETS DE LA LETTRE DE GARANTIE	15-62
Article 9. Transfert des droits	15-24
Article 9 bis. Cession du produit	25-35
Article 10. Moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets ..	36-46
Article 11. Expiration	47-62
CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET MOYENS DE RECOURS	63-122
Article 12. Détermination des droits et obligations	63-70
Article 13. Responsabilité de l'émetteur	71-77
Article 14. Demande	78-85

	<i>Paragraphes</i>
Article 15. Avis de demande	86-92
Article 16. Examen de la demande et des documents joints	93-101
Article 17. Paiement ou rejet de la demande	102-122
III. TRAVAUX FUTURS	123-124

INTRODUCTION

1. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt et unième session¹, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux s'est attaché, à sa douzième session, à examiner le projet de Règles uniformes en matière de garanties qu'établissait la Chambre de commerce internationale (CCI) et à déterminer s'il était souhaitable et possible de parvenir à une plus grande uniformité de la législation relative aux garanties et aux lettres de crédit stand-by (A/CN.9/316). Le Groupe de travail a recommandé que l'on commence à élaborer une loi uniforme, que ce soit sous la forme d'une loi type ou d'une convention.

2. A sa vingt-deuxième session, la Commission a accepté la recommandation du Groupe de travail tendant à ce que l'on commence à élaborer une loi uniforme, et a chargé le Groupe de travail de cette tâche².

3. A sa treizième session (A/CN.9/330), le Groupe de travail a commencé ses travaux en examinant les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme, telles qu'elles étaient présentées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65). Ces questions touchaient le champ d'application de la loi uniforme quant au fond, l'autonomie des parties et ses limites et les règles d'interprétation possibles. Le Groupe de travail a aussi engagé un échange de vues préliminaire sur les questions touchant la forme de la lettre de garantie ou de la lettre de crédit stand-by et le moment de leur établissement. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de lui présenter à sa quatorzième session un premier projet d'articles, avec des variantes possibles, concernant ces questions, ainsi qu'une note sur d'autres questions auxquelles pourrait se rapporter la loi uniforme.

4. A sa quatorzième session (A/CN.9/342), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 7 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67). Celui-ci a été prié d'établir, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, une version révisée de ces projets d'articles. Le Groupe de travail a également examiné les questions présentées dans une note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, une

première série de projets d'articles sur ces questions. On a également noté que le Secrétariat présenterait au Groupe de travail, à sa quinzième session, une note sur de nouvelles questions auxquelles se rapporterait la loi uniforme, y compris la fraude et autres motifs de non-paiement, les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires, le conflit de lois et la juridiction compétente.

5. A sa quinzième session (A/CN.9/345), le Groupe de travail a examiné certaines questions relatives aux obligations du garant. Ces questions étaient présentées dans la note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligation du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Cette note avait été soumise au Groupe de travail à sa quatorzième session mais n'avait pas été examinée, faute de temps. Le Groupe de travail a ensuite examiné des questions traitées dans la note du Secrétariat concernant la fraude et autres motifs de non-paiement et les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires (A/CN.9/WG.II/WP.70). Le Groupe de travail a également examiné les questions traitées dans la note du Secrétariat relative au conflit de lois et à la juridiction compétente (A/CN.9/WG.II/WP.71). Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base des délibérations et des conclusions du Groupe de travail, un premier projet d'articles sur les questions examinées.

6. A sa seizième session (A/CN.9/358), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 13 et, à sa dix-septième session (A/CN.9/361), les projets d'articles 14 à 27 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1). Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, un projet de texte révisé. A l'issue de sa seizième session, le Groupe de travail a décidé de retenir comme hypothèse de travail que le texte définitif revêtirait la forme d'une convention, sans exclure pour autant la possibilité de revenir à la forme plus souple d'une loi type dans la phase finale des travaux, lorsque le Groupe de travail aurait une idée claire des dispositions contenues dans le projet de texte (A/CN.9/361, par. 147).

7. A sa dix-huitième session (A/CN.9/372), le Groupe de travail a examiné les articles premier à 8 du projet de convention établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.76). Il était également saisi d'un projet de règles relatives aux lettres de crédit stand-by proposé par les Etats-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.77). On a noté que ce projet de règles se fondait sur l'hypothèse que les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by seraient traitées dans des parties distinctes de la future

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17), par. 22.

²Ibid., quarante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/44/17), par. 244.

convention. De l'avis général, on ne pouvait déterminer de façon appropriée la nécessité de procéder de la sorte que lorsque l'on saurait avec exactitude la nature et le nombre des dispositions qui s'appliqueraient exclusivement aux garanties bancaires ou aux lettres de crédit stand-by. Le Groupe de travail a donc axé ses délibérations sur les projets d'articles établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.76), en s'attachant tout particulièrement à déterminer si telle ou telle règle s'appliquait aux deux types d'engagement ou à un seul.

8. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa dix-neuvième session à New York du 24 mai au 4 juin 1993. Y ont assisté les représentants des Etats suivants : Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Autriche, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Costa Rica, Egypte, Equateur, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pologne, République-Unie de Tanzanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Soudan, Thaïlande, Togo et Uruguay.

9. Ont également assisté à la session des observateurs des Etats suivants : Algérie, Australie, Bolivie, Botswana, Brésil, Côte d'Ivoire, El Salvador, Finlande, Indonésie, Iraq, Jordanie, Koweït, Myanmar, Pakistan, Panama, Pérou, Philippines, République centrafricaine, République de Corée, République tchèque, Roumanie, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie et Ukraine.

10. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après : Association internationale du barreau, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Chambre de commerce internationale (CCI), Fédération bancaire de la Communauté européenne, Fonds monétaire international (FMI) et Groupe latino-américain des avocats pour le droit commercial international.

11. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. J. Gauthier (Canada)

Rapporteur : M. A. Faridi Araghi (République islamique d'Iran)

12. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.78), note du Secrétariat contenant les articles révisés du projet de convention sur les lettres de garantie internationales (A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1) et une note contenant une proposition des Etats-Unis d'Amérique concernant le projet de règles relatives aux lettres de crédit stand-by (A/CN.9/WG.II/WP.77).

13. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Election du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Elaboration d'un projet de convention sur les lettres de garantie internationales.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

14. Le Groupe de travail a examiné les articles 9 à 17 du projet de convention établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1). Les délibérations et les conclusions du Groupe de travail sont présentées ci-après au chapitre II. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base des conclusions, une version révisée des articles 9 à 17 de la Convention.

II. EXAMEN DES ARTICLES D'UN PROJET DE CONVENTION SUR LES LETTRES DE GARANTIE INTERNATIONALES

Chapitre III. Effets de la lettre de garantie (suite)

Article 9. Transfert des droits

15. Le texte du projet d'article 9 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

“Variante A : Le droit du bénéficiaire à demander paiement en vertu de la lettre de garantie ne peut être transféré que si cela est autorisé, dans la mesure où cela est autorisé et de la manière dont cela est autorisé dans la lettre de garantie.

Variante B : 1. Le droit du bénéficiaire à demander paiement en vertu de la lettre de garantie ne peut être transféré, à moins que l'émetteur ne l'autorise expressément dans la lettre de garantie [ou qu'il n'y ait consentement séparé sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7].

2. Les transferts partiels ou successifs ne sont permis que s'ils sont expressément autorisés par l'émetteur.

3. Si une lettre de garantie est désignée comme “transférable” [ou contient des mots d'une portée similaire,] sans qu'il soit spécifié si le consentement de l'émetteur [ou de toute autre personne autorisée] est requis ou non pour qu'il y ait effectivement transfert,

Variante X : l'émetteur doit, et toute autre personne autorisée peut, dans les limites de l'autorisation, [effectuer] [exécuter] le transfert.

Variante Y : un tel consentement n'est pas nécessaire.

Variante Z : ni l'émetteur, ni aucune autre personne autorisée n'est tenu d'effectuer le transfert, si ce n'est dans la mesure et de la manière expressément acceptées par lui.”

16. Le Groupe de travail s'est demandé s'il était utile, d'une manière générale, d'inclure une disposition sur le transfert des droits du bénéficiaire en vertu d'une lettre de garantie. On a signalé à ce sujet que les garanties bancaires étaient rarement émises sous une forme transférable, mais que dans la pratique des lettres de crédit stand-by, en particulier dans le cas des stand-by financiers, la possibilité de transférer était souvent stipulée. Il a donc été jugé souhaitable de formuler des règles unifiées à ce sujet pour la lettre de garantie plutôt que de s'en remettre sur ce point à des législations nationales divergentes.

17. Certains ont demandé s'il était nécessaire de répartir dans deux articles différents les dispositions sur le transfert des droits et les dispositions sur la cession du produit, comme cela avait été fait à la suite d'une suggestion présentée à la seizième session. Il a été répondu que la question du transfert des droits et la question de la cession du produit devraient continuer d'être traitées dans des articles séparés de manière à souligner et à préciser leur caractère distinct. Il a été dit qu'on pourrait mettre cette distinction en lumière en remplaçant le titre de l'article 9 par un titre tel que "Transfert du droit du bénéficiaire à demander paiement".

18. Pour ce qui est du contenu de l'article 9, le Groupe de travail s'est demandé laquelle des deux approches présentées dans le projet de texte serait préférable, s'agissant en particulier de la manière dont les deux variantes traitaient la question de savoir si une lettre de garantie désignée comme transférable exigeait encore le consentement exprès de l'émetteur pour qu'il y ait effectivement transfert. On a fait observer que la variante A ne réglait peut-être pas clairement cette question, qui tranchait bien, en revanche, le paragraphe 3 de la variante B.

19. Des avis différents ont été exprimés sur le point de savoir si, en plus de l'autorisation figurant dans la lettre de garantie, un consentement devait être exigé. D'après certains, exiger un tel consentement reviendrait à restreindre de façon injustifiée la possibilité de transférer déjà admise par l'émetteur d'une lettre de garantie transférable. Selon cette opinion, au moins l'émetteur et probablement aussi tout confirmateur d'une lettre de garantie transférable devraient être tenus d'exécuter le transfert sans qu'aucun consentement supplémentaire doive être exigé.

20. Cependant, l'opinion dominante a été qu'il fallait maintenir l'exigence d'un consentement parce que cette approche était largement adoptée dans la pratique et qu'une approche contraire ferait naître une contradiction non souhaitable avec les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU), qui régissaient beaucoup de lettres de crédit stand-by. On a aussi fait observer que l'exigence d'un consentement offrait au donneur d'ordre un minimum de protection. On a estimé que cela permettait à l'émetteur d'obtenir l'autorisation spécifique du donneur d'ordre avant de donner son propre consentement, procédure qui, disait-on, était utilisée dans la pratique des lettres de crédit stand-by. On a dit qu'une telle procédure serait appropriée car, tant pour le donneur d'ordre que pour l'émetteur, il importait surtout que le deuxième bénéficiaire soit sûr et digne de confiance, s'agissant en particulier de tous documents à présenter pour demander paiement. On a souligné que, conformément aux discussions et délibérations de la dix-huitième session, la révision de l'article 9 devrait — en ce qui concernait la position du donneur d'ordre — tenir compte de la révision de l'article 8.

21. Conformément à cette opinion dominante, le Groupe de travail a été d'avis qu'un des buts principaux de l'article 9 devrait être de fournir une règle d'interprétation sur le point de savoir si un consentement exprès supplémentaire était requis pour un transfert en vertu d'une lettre de garantie désignée comme transférable mais ne contenant aucune disposition sur les procédures à suivre pour exé-

cuter le transfert. On a noté qu'alors qu'en pratique un bon nombre des lettres de crédit stand-by transférables contenaient des dispositions expressees sur les procédures de transfert (constituant parfois des variations contractuelles des RUU), il y avait des cas d'instruments transférables qui ne spécifiaient pas de procédures de transfert.

22. En conséquence, il a été décidé que l'approche à adopter en ce qui concernait le consentement était celle qui figurait dans la variante Z du paragraphe 3 de la variante B. Il a aussi été décidé que le maintien de la variante A suffirait pour couvrir les cas où la lettre de garantie contenait plus que la simple désignation comme "transférable" et réglait aussi d'autres questions de procédure pour l'exécution du transfert. Une suggestion tendant à supprimer les mots "dans la lettre de garantie", à la fin de la variante A, n'a pas été appuyée; on a fait remarquer que le texte n'excluait pas la possibilité de permettre le transfert après l'émission de la lettre de garantie en vertu d'un amendement.

23. Quant aux paragraphes 1 et 2 de la variante B, le Groupe de travail a décidé qu'ils n'étaient pas nécessaires puisque les situations qui y étaient visées étaient prévues dans la variante A. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision définitive au sujet du maintien, au paragraphe 3 de la variante B, des mots entre crochets "ou contient des mots d'une portée similaire". Certains ont fait valoir que ces mots pouvaient être supprimés puisque, selon le principe établi dans les RUU, l'usage de termes employés comme synonymes du mot "transfert" ne serait pas réputé ajouter rien au sens. D'autres ont cependant répondu que, dans le contexte de l'article 9, les mots en question avaient pour but de faire en sorte que l'article 9 soit appliqué lorsque des synonymes du mot "transfert" seraient utilisés pour indiquer la possibilité de transférer la lettre de garantie. Le Groupe de travail n'a pas non plus pris de décision au sujet du maintien des mots "ou de toute autre personne autorisée" au paragraphe 3 de la variante B.

24. Au cours de la discussion de l'article 9 ont été mentionnées un certain nombre de questions auxquelles le projet actuel ne donnait pas de réponse explicite. Il s'agissait notamment de savoir : si un transfert éteindrait automatiquement le droit du bénéficiaire initial de tirer en vertu de la lettre de garantie; qui pourrait exercer les droits du bénéficiaire si celui-ci venait à décéder ou à cesser de fonctionner du fait de la loi; si une demande de transfert en vertu d'une lettre de garantie non désignée comme transférable serait traitée conformément à l'article 8; si l'émetteur avait le droit de payer le cessionnaire même s'il savait que le transfert n'était pas autorisé; et quand il faudrait exiger que le consentement de l'émetteur soit donné.

Article 9 bis. Cession du produit

25. Le texte du projet d'article 9 bis examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Le bénéficiaire peut céder à une autre personne tout produit auquel il peut [, ou pourra] avoir droit en vertu de la lettre de garantie.

2. *Variante A* : Si l'émetteur, ou toute autre personne tenue d'effectuer le paiement, a reçu un avis sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7 faisant état de la cession [irrévocable] du bénéficiaire, le paiement au cessionnaire libère le débiteur [, dans la mesure du paiement qu'il effectue,] de sa responsabilité en vertu de la lettre de garantie.

Variante B : La cession oblige l'émetteur, ou toute autre personne autorisée à effectuer le paiement, à accepter une demande présentée par le bénéficiaire conformément aux termes et conditions de la lettre de garantie en payant le cessionnaire, lorsque le destinataire de la demande entérine la cession [notifiée] sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7; l'entérinement peut être subordonné à un accord avec le bénéficiaire sur des questions de procédure ou des questions similaires visant à éviter toute incertitude quant à la cession et à son exécution et à prévenir toute mesure y faisant obstacle.

3. L'émetteur ou toute autre personne effectuant le paiement peut :

Variante X : Exercer tout droit de compensation d'une créance à l'encontre du bénéficiaire dans les limites des dispositions de l'article 20;

Variante Y : Invoquer à l'encontre du cessionnaire tout droit de compensation visé à l'article 20."

Paragraphe 1

26. Le Groupe de travail a examiné s'il convenait que le projet de convention érige en principe général que le produit auquel le bénéficiaire pouvait avoir droit en vertu de la lettre de garantie était cessible. De l'avis de certains, cette question devait plutôt être traitée par la législation nationale dans le cadre général du droit relatif à la cession. La majorité a cependant estimé que le paragraphe 1 énonçait une règle utile, conforme à un principe déjà exprimé dans les Règles et usances relatives aux crédits documentaires (RUU) et dans les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD), adoptées par la Chambre de commerce internationale.

27. On s'est demandé si la règle formulée au paragraphe 1 devait être interprétée comme étant obligatoire. De l'avis général, les parties devraient être libres de décider que le produit ne serait pas cessible ou de définir les modalités suivant lesquelles s'effectuerait la cession. Quant aux conflits possibles entre le projet de convention et les législations nationales régissant la cessibilité du produit, des vues divergentes ont été exprimées. Selon certains, la règle établie en matière de cession dans le projet de convention ne devrait pas avoir d'effet sur l'application des règles générales relatives à la cession, car celles-ci pouvaient obéir à des considérations touchant l'ordre public. La majorité a cependant estimé qu'il était utile de chercher à unifier le droit relatif à la cession en ce qui concerne les lettres de garantie. On a fait observer que le champ d'application du projet de convention ne couvrirait pas le droit général relatif à la cession. On a aussi fait observer qu'en droit commercial international, on ne trouvait que peu d'exemples d'une législation excluant la cessibilité du produit. Le Groupe de travail a décidé que la

règle énoncée au paragraphe 1 devrait prévaloir sur les dispositions juridiques contraires, excepté dans le cas de certaines dispositions touchant l'ordre public.

28. A l'issue de ce débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1, y compris les mots placés entre crochets, "ou pourra", afin que la disposition soit clairement applicable aux cessions effectuées avant que le bénéficiaire ait demandé le paiement.

Paragraphe 2

29. On a expliqué que la variante A ne visait pas à unifier les diverses législations nationales en matière de cession, par exemple en faisant de la notification à l'émetteur une condition de validité de la cession. Cette variante se bornait à préciser l'effet d'une cession dont l'émetteur a été avisé, en disposant que le paiement au cessionnaire libérait l'émetteur de sa responsabilité à l'égard du bénéficiaire. La variante B, bien qu'elle touche à des questions liées au droit relatif à la cession, constituait une tentative de prévoir certains problèmes, notamment celui de savoir quelles seraient les obligations de l'émetteur en matière de paiement s'il recevait plusieurs avis de cession excédant le montant de la lettre de garantie.

30. Certains membres du Groupe ont donné la préférence à la variante B qui à leur avis permettait de mieux de protéger l'émetteur contre les falsifications ou autres abus en matière de cession. A cela, on a répondu que s'il était nécessaire de protéger les droits de l'émetteur, du donneur d'ordre et du bénéficiaire, il ne convenait pas de tenter de résoudre tous les problèmes de droit privé liés au droit général en matière de cession. On a également fait valoir que la référence au paragraphe 1 de l'article 7 garantissait suffisamment les parties contre tout risque de fraude.

31. De l'avis général, une disposition plus simple allant dans le sens de la variante A était préférable car elle ne risquerait pas de se heurter aux dispositions générales qui pouvaient déjà exister en matière de cession. On a fait observer, en particulier, que la variante A ne viserait pas à trancher la question de savoir si le paiement au bénéficiaire initial aurait aussi pour effet de libérer l'émetteur de ses obligations.

32. On a fait observer que le texte de la variante A n'indiquait pas à qui devait incomber la notification de la cession. On a généralement estimé qu'il devrait appartenir au bénéficiaire d'aviser l'émetteur mais certains ont été d'avis que la notification par le cessionnaire devrait également être possible dans certains cas, notamment en cas de négligence du bénéficiaire. On a en outre fait observer que dans certains cas, par exemple lorsque le cessionnaire détenait un exemplaire d'un contrat authentique ou tout autre titre authentique lui donnant droit au produit, il conviendrait d'admettre que la notification émane du cessionnaire. Cependant, l'ensemble du Groupe a estimé qu'en règle générale, les obligations de l'émetteur ne devraient pas être modifiées par une notification émanant d'un cessionnaire car ce dernier n'était pas un bénéficiaire aux termes de la lettre de garantie et n'avait droit au produit qu'à titre accessoire. Le Groupe de travail a décidé que le texte devrait indiquer plus clairement que la notification devrait incomber au bénéficiaire.

33. En ce qui concerne la référence à l'irrévocabilité de la cession, on a fait observer que, dans de nombreuses législations nationales, l'irrévocabilité serait liée à la nature même de la cession. Le Groupe de travail a décidé de conserver le mot "irrévocable" placé entre crochets.

34. S'agissant de la référence à une cession partielle, de nombreux membres du Groupe ont estimé que les mots placés entre crochets, "dans la mesure du paiement qu'il effectue", devraient être retenus. La référence à l'ampleur du paiement effectué visait à établir un rapport convenable entre le montant du paiement et la mesure dans laquelle l'obligation était acquittée. Cette référence aurait son utilité dans les cas où le produit cédé aurait une valeur inférieure au montant prévu par la lettre de garantie.

Paragraphe 3

35. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur la question du droit de compensation dans le cadre du débat général sur l'article 20.

Article 10. Moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets

36. Le texte du projet d'article 10 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. La lettre de garantie cesse d'exercer ses effets lorsque :

a) L'émetteur reçoit du bénéficiaire une déclaration le libérant de son obligation sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7;

b) Le bénéficiaire et l'émetteur conviennent de la résiliation de la lettre de garantie [sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7];

c) Variante A : L'émetteur [, ou toute autre personne autorisée à effectuer le paiement,] paie le montant [disponible] [dû] en vertu de la lettre de garantie; ou

Variante B : L'émetteur paie :

- i) Le montant maximum énoncé dans la lettre de garantie, ou réduit conformément à une disposition expresse de la lettre de garantie indiquant une méthode claire [et aisément applicable] de réduction d'un montant spécifié, ou déterminable à une date spécifiée, ou sous présentation à l'émetteur d'un document requis;
- ii) Si une partie du montant maximum a déjà été payée, le solde à payer;
- iii) Si le bénéficiaire d'une lettre de garantie [qui ne prévoit pas des demandes partielles] demande le paiement d'une partie seulement du montant maximum et consent à libérer l'émetteur de son obligation quant au solde à payer, le montant partiel demandé;

à moins que la lettre de garantie ne prévoit un renouvellement automatique ou une augmentation automatique du montant disponible ou ne prévoit de toute autre manière qu'elle continuera d'exercer ses effets; ou

d) La période de validité de la lettre de garantie a expiré conformément aux dispositions de l'article 11.

2. Les dispositions du paragraphe 1 du présent article s'appliquent, que tout document contenant la lettre de garantie soit ou non retourné à l'émetteur, et la conservation d'un tel document par le bénéficiaire ne préserve aucun de ses droits en vertu de la lettre de garantie, à moins que cette dernière [n'en dispose autrement] [ne dispose qu'elle continuera d'exercer ses effets si le document la contenant n'est pas retourné]".

Paragraphe 1

37. On s'est demandé pourquoi l'expression "cesse d'exercer ses effets" était utilisée dans la phrase liminaire. On a fait valoir que l'on gagnerait en clarté à parler de "résiliation". Il a par ailleurs été fait remarquer que l'expression "moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets" devait être clarifiée de manière à préciser que ce qui cessait de s'exercer, c'était la faculté du bénéficiaire d'effectuer un tirage en vertu de la lettre de garantie, mais que l'expression utilisée ne visait aucun droit ni obligation des tiers (confirmateur, notificateur, etc.) au titre de la lettre de garantie, et ne portait pas atteinte aux droits acquis du bénéficiaire au moment considéré.

38. Le Groupe de travail a commencé par examiner une proposition tendant à fusionner les alinéas a et b. Cette proposition n'a pas été retenue, le Groupe de travail ayant estimé en particulier que le recours à deux dispositions séparées permettait de mieux faire ressortir le caractère distinct des deux modes de résiliation décrits dans ces alinéas.

39. Des points de vue divergents ont été exprimés quant à l'intérêt de maintenir ou non la condition de forme énoncée à la fin de l'alinéa b. Certains se sont prononcés en faveur du maintien de cette condition de forme par souci de cohérence avec l'alinéa a ainsi qu'avec la formule retenue au paragraphe 1 des articles 7 et 8 et pour éviter toutes incertitudes et difficultés de preuve inutiles. D'autres ont fait valoir, à l'opposé, que l'alinéa b avait pour but de poser une règle de fond valable pour un certain type de cause de résiliation et non d'énoncer des règles de preuve. Il a été déclaré par ailleurs que les banques continueraient d'instituer les formalités considérées comme requises par la pratique. On a par ailleurs avancé les arguments selon lesquels : la condition de forme limitait toute souplesse, par exemple en excluant d'autres motifs éventuels de résiliation, notamment l'accord tacite et la fin de non-recevoir, encore que, de l'avis général, la question de la fin de non-recevoir puisse être convenablement réglée ailleurs dans la convention; on gagnerait en souplesse à utiliser en lieu et place une expression du genre "sous une forme conforme à la pratique bancaire internationale"; toutes conditions de forme nuiraient aux intérêts du donneur d'ordre, car elles pourraient retarder l'entrée en vigueur de la convention de résiliation pendant que les coûts de la lettre de garantie à la charge du donneur d'ordre continueraient de s'accumuler; écarter la condition de forme pourrait conduire à insérer des clauses de caractère autre que documentaire dans la lettre de garantie. On a cependant fait observer que l'alinéa b n'avait pas pour but d'insérer des clauses de caractère autre que documentaire. A l'issue

d'un débat, le Groupe de travail a décidé de maintenir entre crochets la condition de forme visée à l'alinéa *b* en attendant de l'examiner plus avant.

40. Le Groupe de travail était saisi de deux variantes d'alinéa *c*. La variante A, préférée par le Groupe de travail, était libellée de manière plus simple que la variante B qui décrivait plus en détail les cas donnant lieu à résiliation. On a considéré qu'un libellé détaillé préciserait utilement les méthodes de réduction du montant disponible en vertu de la lettre de garantie. On a toutefois exprimé la crainte qu'une énumération détaillée en lieu et place d'une formulation générale ne crée une impression d'exhaustivité sans pour autant envisager tous les cas de paiement possibles.

41. Le Groupe de travail a été sensible à l'argument selon lequel en insérant les mots "ou toute autre personne autorisée à effectuer le paiement" dans la variante A, l'on susciterait davantage de questions que l'on apportait de réponses. On est convenu que l'on gagnerait en clarté à utiliser une formulation du genre "lorsque le montant *est* payé". On est par ailleurs convenu que l'expression "montant disponible" était préférable à l'expression "montant dû".

42. On a exprimé l'avis que la réserve énoncée à la fin de l'alinéa *c* et qui s'appliquait aux deux variantes était inutile dans la mesure où elle correspondait à des techniques rarement utilisées dans la pratique à l'égard des lettres de garantie; l'article 10 devait en tout état de cause être considéré d'ailleurs comme dénué de force obligatoire. Toutefois, on s'est opposé à la suppression de la réserve au motif qu'elle envisageait utilement les techniques utilisées dans la pratique en matière de lettres de crédit stand-by. Le Groupe de travail a décidé de maintenir la réserve.

Paragraphe 2

43. Des avis divergents ont été exprimés au sujet du paragraphe 2. D'aucuns ont été d'avis que le paragraphe pouvait être supprimé dans son ensemble parce qu'il était superflu, dans la mesure où le renvoi de l'instrument de garantie n'était pas l'un des cas requis aux fins de la résiliation aux termes du paragraphe 1. On a également fait valoir que la disposition devait être maintenue dans son entièreté, y compris la longue version de la réserve stipulant l'autonomie des parties, dans la mesure où elle posait une règle générale progressiste, laquelle était en outre dénuée de force obligatoire. Le caractère non obligatoire du paragraphe 2 a été jugé nécessaire afin de tenir compte du fait que les instruments de garantie continueraient d'être assortis de clauses liant l'expiration de leurs effets à leur renvoi dans les pays où ce renvoi était prescrit.

44. Un troisième avis qui a recueilli une large adhésion a été de maintenir le paragraphe 2 mais de supprimer la réserve relative à l'autonomie des parties. A l'appui de cette thèse on a fait valoir : qu'il fallait poser comme règle obligatoire que le renvoi de l'instrument de garantie était sans effet, de manière à régler une question réglée différemment d'un droit interne à l'autre et qui était source d'incertitude dans la pratique; que la réserve laisserait la détermination de la durée de l'obligation de l'émetteur à la

merci des caprices du seul bénéficiaire, soulevant ainsi le spectre d'une durée perpétuelle; et qu'une règle distincte pourrait donc être nécessaire à l'égard des lettres de crédit stand-by pour interdire formellement tout engagement perpétuel. Certains tenants de cette troisième thèse, loin de souscrire à l'idée de donner à la règle un caractère obligatoire, ont voulu simplement en rendre le caractère non obligatoire moins apparent.

45. Une quatrième thèse issue du débat susmentionné a suscité beaucoup d'intérêt. Cette thèse voulait que l'article 10 définisse les cas visés au paragraphe 1 comme des motifs de résiliation et pose qu'en règle générale le non-renvoi de l'instrument de garantie était sans effet, y compris dans le cas où la lettre de garantie ne prévoirait aucune disposition sur l'effet du non-renvoi. En revanche, l'article 10 reconnaîtrait aux parties la faculté de convenir que le renvoi de l'instrument de garantie en tant que tel ou en sus des événements visés aux alinéas *a* ou *b* du paragraphe 1 serait requis pour résilier la lettre de garantie. Toutefois, aucune convention de ce type ne produirait d'effet au-delà de la date d'expiration ou, si aucune date d'expiration n'était stipulée, au-delà de la période de cinq ans prévue à l'alinéa *c* de l'article 11.

46. Après délibération, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de lui présenter, aux fins d'examen plus poussé, deux variantes de paragraphe 2, en tenant compte du débat qui avait eu lieu. Une première variante consisterait à supprimer les mots "de toute autre manière", tout en maintenant entre crochets la longue version de la réserve relative à l'autonomie des parties en s'inspirant de sa formulation actuelle. A cet égard, il avait été proposé de développer la formulation de la réserve de manière à envisager la possibilité de prévoir des mécanismes équivalant au renvoi des instruments pour les cas où les lettres de garantie seraient émises sous la forme d'un échange de données informatisées (EDI), et à ménager une place à la pratique actuelle consistant à conclure des accords de résiliation séparément de l'instrument proprement dit. La seconde variante s'inspirerait de la formule décrite plus haut au paragraphe 45.

Article 11. Expiration

47. Le texte du projet d'article 11 que le Groupe de travail a eu à examiner était ainsi conçu :

"La période de validité de la lettre de garantie expire :

a) à la date d'expiration, qui peut être une date spécifiée ou le dernier jour d'un délai déterminé énoncé dans la lettre de garantie, à condition que, si la date d'expiration n'est pas un jour ouvrable à l'endroit où se situe l'établissement de l'émetteur, la période de validité expire le premier jour ouvrable suivant cette date;

b) si l'expiration est fonction, conformément à la lettre de garantie, de la survenance d'un événement, lorsque le garant reçoit confirmation de la survenance de cet événement par la présentation du document spécifié à cette fin dans la lettre de garantie [ou, si aucun document n'est spécifié, d'une attestation du bénéficiaire certifiant que l'événement est survenu];

c) Variante A : si la lettre de garantie ne comporte pas de disposition relative à la date d'expiration, lorsque cinq ans se sont écoulés à compter de la date à laquelle la lettre de garantie pris effet;

Variante B : si la lettre de garantie n'énonce ni une date d'expiration, ni un fait entraînant l'expiration, ou si la survenance du fait spécifié n'a pas encore été établie par présentation du document requis, cinq ans après l'établissement de la lettre de garantie, à moins que la lettre de garantie [ne soit émise sous la forme d'une garantie sur demande ou d'une obligation et] ne contienne une disposition expresse prévoyant une validité indéfinie."

Alinéa a

48. Le Groupe de travail a estimé que la teneur de l'alinéa *a* était, d'une manière générale, acceptable. Plusieurs propositions ont été présentées, qui permettraient éventuellement de polir le texte.

49. Selon la première proposition, l'alinéa *a* devrait fixer une règle, comme on en trouvait dans certains pays, étendant la période de validité des lettres de contre-garantie d'un certain nombre de jours (délai de grâce). Le Groupe de travail n'a pas retenu cette proposition.

50. Selon une autre proposition, il conviendrait de préciser le sens du terme "jour ouvrable" dans toutes les langues, en indiquant notamment s'il s'agissait de jours qui n'étaient pas des jours officiellement fériés, ou de tous les jours où les entreprises travaillaient effectivement. Il a été décidé de renvoyer la question au Groupe de rédaction, qui tiendrait compte des autres textes élaborés par la Commission.

51. Une autre proposition encore tendait à ce que l'alinéa *a* tienne compte de la possibilité, comme il était dit à l'article 14, qu'une demande ne soit pas nécessairement présentée au lieu d'établissement de l'émetteur mais, si la lettre de garantie elle-même le précisait, auprès d'une autre personne ou en un autre lieu. Le Groupe de travail a conclu que cette précision serait utile. Il a d'autre part décidé que la date d'expiration était le dernier jour de la période de validité.

52. Selon une autre proposition enfin, lorsqu'un tribunal interdisait à l'émetteur de payer le montant d'une lettre de garantie, la date d'expiration devrait être reportée jusqu'à ce que l'interdiction soit levée. Il a été répondu à cette suggestion que, dans un projet antérieur (article 22; A/CN.9/361, par. 115 et 116), le Secrétariat avait déjà suggéré une disposition à cet effet, mais que le Groupe de travail avait décidé de ne pas inclure de telles règles détaillées de procédure.

Alinéa b

53. On a fait remarquer, à propos des faits entraînant l'expiration, que la pratique n'était pas la même pour les garanties bancaires que pour les lettres de crédit stand-by. Même si ces dernières fixaient une date d'expiration

(pratique consacrée à l'article 42 du projet de RUU 500), on se référait souvent dans les garanties sur demande à des faits entraînant l'expiration, pratique consacrée à l'article 22 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD)

54. Le débat s'est concentré sur la partie du texte qui figurait entre crochets : [ou, si aucun document n'est spécifié, d'une attestation du bénéficiaire certifiant que l'événement est survenu]". L'idée que l'émetteur puisse prêter foi à une attestation du bénéficiaire certifiant que l'événement en question était survenu, lorsque aucun document n'était spécifié, a fait l'objet d'opinions divergentes. D'un côté, puisqu'on pouvait présumer que l'attestation n'était pas dans l'intérêt du bénéficiaire, le recours à cette attestation n'avait pas grande valeur. Confier ainsi au bénéficiaire le soin de décider de l'expiration de la lettre de garantie ferait naître le risque d'une manœuvre dolosive de sa part, telle que le bénéficiaire présenterait une demande de paiement plutôt que de produire une attestation après l'intervention du fait entraînant l'expiration. En réponse à ces considérations, on a fait observer que c'était justement parce que l'expiration de la garantie n'était pas dans l'intérêt du bénéficiaire que l'attestation de celui-ci pouvait être considérée comme la preuve la plus convaincante de la réalité de l'événement entraînant l'expiration.

55. On s'est interrogé sur l'intérêt pratique du passage entre crochets, mais, d'une manière générale, on a jugé acceptable l'ensemble de l'alinéa *b*, dans la mesure où l'alinéa *c* fixait une limite de cinq ans et où les lettres de crédit stand-by étaient d'ordinaire soumises au régime des RUU, qui n'autorisait pas le mécanisme de l'expiration du fait d'un événement.

Alinéa c

56. Il y a eu accord général sur la position fondamentale selon laquelle le projet de convention devrait fixer à cinq ans la période maximum de validité des lettres de garantie ne portant pas de date d'expiration, sans se référer non plus à aucun fait entraînant l'expiration.

57. Les débats se sont centrés sur la question de savoir si le projet de convention pouvait admettre que certaines lettres de garantie aient une validité de durée indéterminée. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur le fait qu'il était des cas où les parties entendaient qu'une garantie soit donnée pour une durée indéterminée, et que de tels arrangements étaient parfois pris pour faire face à des exigences administratives (voir A/CN.9/358, par. 151). On a cependant fait observer que certains systèmes juridiques — mais pas tous — donnaient aux tribunaux le pouvoir de relever un débiteur d'une obligation de durée indéterminée.

58. L'attention du Groupe de travail a aussi été appelée sur le fait qu'un engagement de durée indéfinie créait le risque d'une obligation perpétuelle, ce qui serait contraire à la pratique des lettres de crédit stand-by, car aucune évaluation du crédit n'était possible en tel cas. Il a été répondu que le même problème se posait pour les garanties bancaires. A ce propos, on a rappelé qu'il existait des lettres de crédit stand-by avec clause de tacite reconduction

selon laquelle, à l'échéance d'une période, la validité était prorogée automatiquement de façon répétée, un nombre indéterminé de fois. Mais ce genre d'instruments précisait que la lettre pouvait être dénoncée sur préavis, et on ne devait donc pas les confondre avec les garanties ne contenant aucune disposition en matière d'expiration.

59. La variante B a fait l'objet de plusieurs propositions. L'une consistait à supprimer la clause relative à la disposition expresse prévoyant une validité indéfinie, qui figurait à la fin du texte. L'idée a été appuyée, mais il a fallu admettre qu'on ne voyait pas très bien quels seraient les effets de cette suppression. Certains représentants ont conclu qu'elle écarterait l'éventualité d'obligations indéfinies, ce à quoi se sont opposés les tenants de l'autonomie des parties; mais d'autres représentants ont estimé que la suppression ne ferait que rendre moins évident le fait qu'il était possible de ne pas déterminer la période de validité, ce qui reviendrait à se rapprocher de la solution générale proposée dans la variante A.

60. Une autre proposition visait à maintenir dans le projet le membre de phrase figurant entre crochets dans la variante B ("[ne soit émise sous la forme d'une garantie sur demande ou d'une obligation et]"), qui visait à faire échapper les lettres de crédit stand-by à une stipulation reconnaissant l'existence d'instruments perpétuels, comme cela avait été envisagé à la seizième session (A/CN.9/358, par. 152). On a objecté à cette proposition que le Groupe de travail devait s'efforcer de mettre en place, dans toute la mesure possible, un régime uniforme pouvant s'appliquer tant aux garanties bancaires qu'aux lettres de crédit stand-by. On a rappelé à ce propos que ces dernières étaient soumises au régime des RUU, qui écartait la possibilité d'instruments émis sans date d'expiration. On a également suggéré que l'inclusion des termes "garantie sur demande" et "obligation" pourrait poser des difficultés puisqu'ils n'avaient pas été définis dans la convention. Par ailleurs, si le projet de convention faisait expressément mention d'instruments dans lesquels pouvait être stipulée une période de validité indéterminée, le texte risquerait de donner à penser qu'il était possible d'émettre des instruments à validité indéterminée sous forme de lettres de crédit stand-by.

61. Une autre proposition encore consistait à ajouter au texte de la variante A la clause de la variante B relative au fait spécifié dont la survenance n'avait pas encore été établie à l'expiration du délai de cinq ans. L'idée a été appuyée, car elle évitait d'attirer trop l'attention sur les instruments de validité indéterminée et, en même temps, de créer des régimes juridiques différents pour les garanties bancaires et pour les lettres de crédit stand-by. On a cependant fait observer à cet égard que les parties pouvaient parfois souhaiter qu'un fait entraînant l'expiration puisse intervenir après un délai de cinq ans. Le Groupe de travail n'a pu s'entendre sur ce point.

62. Après débat, le Groupe de travail a prié le Secrétaire de rédiger de nouveaux projets d'articles en tenant compte des deux propositions présentées aux paragraphes 60 et 61.

Chapitre IV. Droits, obligations et moyens de recours

Article 12. Détermination des droits et obligations

63. Le projet d'article 12 soumis à l'examen du Groupe de travail était libellé comme suit :

"1. Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les droits et obligations des parties sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans la lettre de garantie, y compris toutes règles, conditions générales ou usages qui y sont mentionnés [expressément];

2. *Variante A* : Sauf convention contraire, les parties sont considérées comme ayant implicitement soumis [leur relation] [la lettre de garantie] à un usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, [dans la pratique commerciale et financière internationale] [dans la pratique internationale en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by], est largement connu et régulièrement observé par les parties aux lettres de garantie.

Variante B : [Pour l'interprétation des termes et conditions de la lettre de garantie et] pour le règlement de questions qui ne sont pas traitées dans les termes et conditions de la lettre de garantie ou dans les dispositions de la présente Convention, il [pourra être] [sera] tenu compte des règles et usages internationaux généralement acceptés de la pratique en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by."

64. D'aucuns ont fait valoir que, l'article 12 devant servir à interpréter les articles 8 à 11, il serait plus judicieux d'en insérer la matière juste avant lesdits articles.

Paragraphe 1

65. De l'avis général, l'article devait contenir une disposition allant dans le sens indiqué par le paragraphe 1. La question s'est toutefois posée de savoir s'il ne valait pas mieux, dans un souci de clarté, remplacer le membre de phrase "dispositions de la présente Convention" par "dispositions obligatoires de la présente Convention". Il a été souligné à cet égard que, comme on l'indiquait dans la première remarque sur l'article 12, il importait de faire apparaître plus clairement que les dispositions supplétives de la convention étaient tout aussi applicables que ses dispositions obligatoires et les termes de la lettre de garantie, même si, contrairement aux dispositions obligatoires, elles ne prévalaient pas sur les stipulations des parties. Du reste, on ne s'était pas encore prononcé sur le caractère obligatoire ou supplétif des diverses dispositions de la convention.

66. On a fait observer que l'expression "les parties" manquait de clarté : ce terme désignait-il seulement l'émetteur (et confirmateur) et le bénéficiaire ou englobait-il également le donneur d'ordre ? Le Groupe de travail a noté que l'article 6 du texte à l'examen apportait une réponse générale à cette question, mais que, comme il l'avait décidé à sa seizième session, les parties seraient désignées expressément dans chaque disposition pertinente du projet de convention (A/CN.9/372, par. 89).

67. Le Groupe de travail s'est demandé s'il était nécessaire d'ajouter le mot "expressément" pour indiquer que l'on avait à l'esprit des usages spécifiquement convenus par les parties et non pas simplement une référence générale à des usages non précisés. A supposer que le terme "usages" désigne des coutumes non écrites plutôt qu'un ensemble de règles écrites, on pouvait se demander s'il était bien opportun d'utiliser le mot "mentionnés". Il a été convenu que la question serait reprise au stade de la rédaction.

Paragraphe 2

68. Selon un des avis exprimés, la convention ne devrait porter que sur les usages expressément stipulés par les parties et non pas envisager aussi l'applicabilité des usages qui n'étaient pas mentionnés. Une approche aussi restrictive aurait l'avantage de réduire les incertitudes et d'aller dans le sens de l'équité surtout lorsque les parties n'avaient pas la même connaissance des pratiques commerciales. Presque tous les membres du Groupe ont toutefois estimé qu'il convenait de laisser une certaine place aux usages non expressément mentionnés dans la lettre de garantie.

69. S'agissant des deux variantes du paragraphe 2, la variante A, qui prévoyait l'assujettissement implicite de la lettre de garantie à un certain usage, n'a pas suscité une large adhésion : son libellé péchait par sa rigidité et, en se référant à la connaissance de l'usage, on risquait d'introduire une trop grande part de subjectivité. En revanche, la variante B a recueilli l'adhésion du Groupe, qui a estimé que son libellé assignait leur juste rôle aux usages qui n'étaient pas mentionnés expressément, à savoir celui d'une source complémentaire de détermination des droits et des obligations, venant juste après les dispositions supplétives de la convention.

70. Après délibération, le Groupe a décidé de retenir la variante B du paragraphe 2, y compris le membre de phrase "pour l'interprétation des termes et conditions de la lettre de garantie et", dont l'insertion avait été proposée pour élargir le domaine d'application des usages. Il a également été convenu de retenir les mots "il sera tenu compte" au lieu de "il pourra être tenu compte", afin de ne pas affaiblir l'obligation de tenir compte des règles et usages internationaux généralement acceptés en matière de garanties ou de lettres de crédit stand-by. Le Groupe de travail a pris cette décision en considérant que l'obligation de tenir compte ne revenait pas à une obligation d'appliquer et de suivre dans tous les cas et à tous égards les règles et usages en question.

Article 13. Responsabilité de l'émetteur

71. Le texte du projet d'article 13 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. L'émetteur agit de bonne foi et exerce un soin raisonnable [conformément à une saine pratique en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by].

2. Variante A : Les émetteurs [et les parties ordonnatrices] ne peuvent être exonérés de leur responsabilité lorsqu'ils n'agissent pas de bonne foi ou agissent de manière manifestement négligente.

Variante B : L'émetteur ne peut être exonéré de sa responsabilité [envers le bénéficiaire] lorsqu'il manque à s'acquitter de ses obligations en vertu de la lettre de garantie en faisant preuve de bonne foi et [, sous réserve des dispositions du paragraphe 1 de l'article 16,] en exerçant un soin raisonnable. Toutefois, la responsabilité peut être limitée [au montant de la lettre de garantie] [au préjudice prévisible]."

Paragraphe 1

72. On a exprimé l'avis que le paragraphe 1 était impropre en raison de son caractère général et abstrait et qu'il devrait être supprimé. Le Groupe de travail a cependant été dans l'ensemble favorable au maintien d'une disposition allant dans ce sens. Il a ensuite été suggéré de se borner à y stipuler la bonne foi, la référence à l'exercice d'un soin raisonnable devant en être supprimée. La question de l'application du critère du soin raisonnable devait plutôt être réglée ailleurs dans la convention en rapport avec des activités et des relations déterminées de l'émetteur, en particulier celles visées à l'article 16, lequel pourrait être développé si nécessaire. Il a été suggéré qu'à cette fin on pourrait se servir utilement des RUGD et des RUU comme modèle. A l'appui de cette proposition, il a été demandé si, en fait, toutes obligations de l'émetteur autres que de paiement seraient soumises au critère du soin raisonnable et si ce critère s'appliquerait par extension par exemple à l'assistance que les banques prêtaient aux donneurs d'ordre dans la rédaction des clauses de la lettre de garantie. Un autre exemple de l'application de ce critère pouvait concerner le paiement par l'émetteur en un lieu devenu peu sûr mais conforme à la lettre de garantie. Il a été fait observer à cet égard que cela faisait ressortir les difficultés qu'entraînait le critère en question. On a par ailleurs exprimé la crainte que l'institution d'un critère de soin raisonnable de portée générale n'entrave la pratique du fait que, dans certains cas, les parties étaient contraintes par les circonstances de convenir d'un critère de soin moins strict à l'occasion de l'examen des documents.

73. En réponse aux questions soulevées au sujet du critère du soin raisonnable, on a fait valoir qu'un tel critère était approprié et nécessaire car, à la différence des RUGD et des RUU, la convention était un texte juridique assimilable à un statut et non à des règles contractuelles; on y verrait dès lors une source de règles visant des questions qui ne seraient pas réglées efficacement par les clauses de la lettre de garantie ou par toutes règles contractuelles apparentées. Les règles contractuelles ne pouvaient pas, par exemple, établir des dispositions inviolables en matière de responsabilité. Quant à savoir quelles activités devaient être visées, il a été souligné que la disposition en question reposait sur le postulat que toutes les activités propres à l'émetteur, et non pas le seul examen des documents, seraient menées avec un soin raisonnable, et que cette interprétation pourrait être précisée en insérant ici la référence à l'accomplissement par l'émetteur de ses obligations en vertu de la lettre de garantie qui figurait dans la variante B du paragraphe 2. On devrait également envisager de reconnaître aux parties l'autonomie de convenir d'un critère moins strict dans tel ou tel cas. Il a par ailleurs été fait remarquer que l'on gagnerait en souplesse à insérer dans le paragraphe 2 une disposition

autorisant l'exonération ou la limitation de responsabilité dans une certaine mesure.

74. Le Groupe de travail a également procédé à un échange de vues sur le membre de phrase mis entre crochets à la fin du paragraphe 1, par lequel on cherchait à introduire un surcroît de détail et d'objectivité en décrivant le critère du soin raisonnable en parlant de saine pratique en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by. On s'est demandé si, du moins tel qu'il était actuellement conçu, le membre de phrase en question ne risquait pas de privilégier outre mesure la pratique au détriment de toute décision judiciaire. On a également estimé que la référence à la pratique était superflue dans la mesure où l'article 12 faisait déjà intervenir la pratique. Si l'on devait maintenir la référence à la pratique, il faudrait préciser que celle-ci n'était pas la seule source faisant autorité. L'opinion dominante a été qu'une formulation du genre en question était souhaitable, encore qu'elle puisse être précisée en remplaçant les mots "conformément à une saine..." par une formulation du genre "à déterminer compte dûment tenu de la saine...".

75. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de maintenir le paragraphe 1 en y insérant une référence à la bonne foi et au soin raisonnable dans l'accomplissement par l'émetteur de ses obligations en vertu de la lettre de garantie et en requérant qu'il soit dûment tenu compte de la pratique. On est également convenu que l'applicabilité du critère général de soin énoncé au paragraphe 1 devrait être vérifiée s'agissant de chaque disposition de la convention.

Paragraphe 2

76. Le Groupe de travail était saisi de deux variantes de paragraphe 2 concernant l'étendue de l'exonération de responsabilité qui serait autorisée. Si d'aucuns ont souscrit à la variante B en faisant valoir que la limitation des cas d'exonération devait être conforme à la norme de responsabilité légale et donc inclure la faute simple, l'opinion dominante a été que la variante A était préférable. Celle-ci a été jugée comme étant plus claire et plus simple et comme reflétant l'opinion généralement admise qui voulait que l'émetteur ne soit pas exonéré s'il avait manqué d'agir de bonne foi ou s'il avait agi de manière manifestement négligente. On a également estimé que la variante A serait plus en harmonie avec les hypothèses de travail, de prix et de risques classiques touchant la pratique en matière de garantie et de lettre de crédit stand-by, d'autant qu'elle ne prétendait pas restreindre l'autonomie qu'avaient les parties de convenir d'un critère de soin raisonnable moins strict. Le Groupe de travail n'a pas retenu la proposition tendant à insérer les mots "les parties ordonnatrices" au début de la variante A. Il a en outre été fait observer qu'en appliquant la variante A, il faudrait veiller à harmoniser le paragraphe 2 et l'article 16.

77. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il serait souhaitable ou faisable d'insérer dans la variante A une disposition autorisant une limitation conventionnelle de responsabilité. Au cours du débat sur ce point, le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si une limitation quelconque serait autorisée en cas de

mauvaise foi ou de faute lourde et, dans l'affirmative, si la limitation serait analogue à celle prévue en cas de faute simple. Il a été suggéré à cet égard que la disposition en question pourrait se borner à autoriser une limitation de responsabilité conventionnelle, en laissant aux parties agissant d'un commun accord et à la loi applicable le soin de déterminer précisément l'étendue de cette limitation de responsabilité, que celle-ci s'apprécie par rapport au montant de la lettre de garantie ou d'après le préjudice prévisible. Le Groupe de travail a conclu qu'il ne fallait pas insérer de clause de limitation de responsabilité dans la variante A dans la mesure où la convention ne devait pas autoriser de limitation de responsabilité en cas d'actes de mauvaise foi et de faute lourde. Dès lors qu'une telle conduite était exclue de son champ d'application, la disposition relative à la limitation de responsabilité pouvait être supprimée en ce sens qu'elle ne concernerait plus que des domaines où les parties étaient déjà libres d'envisager jusqu'à une exonération de responsabilité totale.

Article 14. Demande

78. Le texte du projet d'article 14 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Toute demande [de paiement] en vertu de la lettre de garantie est faite sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7 et conformément aux termes et conditions de la lettre de garantie. En particulier, toute attestation ou tout autre document requis par la lettre de garantie [ou par la présente convention] sont présentés à l'émetteur, durant la période d'effet de la lettre de garantie, au lieu où la lettre de garantie a été émise, à moins qu'une autre personne ou un autre lieu n'aient été spécifiés dans la lettre de garantie. Si aucune déclaration ou aucun document n'est requis, le bénéficiaire, lorsqu'il demande le paiement, est réputé certifier implicitement que le paiement est dû."

Première phrase

79. Il a été proposé de supprimer l'expression "de paiement" mise entre crochets car elle rendait imparfaitement compte de la pratique en matière de lettre de crédit stand-by, qui impliquait souvent l'acceptation d'une lettre de change (ou "traite"). Toutefois, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait que la référence au "paiement" apparaissait dans divers autres articles où elle semblait s'imposer. On a fait valoir que cette référence pouvait être maintenue étant donné la décision prise par le Groupe de travail à sa précédente session d'envisager d'insérer éventuellement au paragraphe 2 de l'article 2 ou à l'article 6 une définition de la notion de paiement, qui engloberait l'acceptation d'une lettre de change et d'autres types d'obligations à la charge de l'émetteur s'agissant des modes de paiement (voir A/CN.9/372, par. 51 et 52). La supposition a été jugée acceptable dans l'ensemble. A l'occasion de la discussion susmentionnée, on a exprimé l'avis que la question de savoir si l'acceptation d'une lettre de change libérait l'émetteur de son obligation ou si le refus d'honorer une lettre de change acceptée ouvrirait droit à une action distincte en vertu de la convention pourrait être examinée à une date ultérieure.

Deuxième phrase

80. En ce qui concerne l'expression "ou par la présente convention" mise entre crochets, on a expliqué qu'elle avait été introduite à une époque où le projet de texte envisageait de traiter les conditions non documentaires comme des conditions documentaires à la faveur d'un mécanisme de conversion. On s'est accordé pour estimer que, compte tenu de la décision prise par le Groupe de travail à sa précédente session selon laquelle le projet de convention ne devait pas porter sur les conditions de paiement non documentaires (voir A/CN.9/372, par. 63 à 65), l'expression mise entre crochets devait être supprimée.

81. S'agissant de la date de présentation de la demande de paiement et des documents requis, il a été proposé d'énoncer dans le projet de convention une règle qui voudrait que si la demande proprement dite devait être présentée avant l'expiration de la période d'effet de la lettre de garantie, le bénéficiaire soit autorisé, même en l'absence de toute stipulation à cet effet dans la lettre de garantie, à présenter certains ou tous les documents requis plus tard. Le Groupe de travail n'a pas adopté cette proposition.

Troisième phrase

82. Il a été suggéré que si, s'agissant d'une demande de paiement, aucune déclaration ni autre document n'était requis en vertu de la lettre de garantie, le projet de convention devrait établir, à la charge du bénéficiaire, l'obligation d'émettre une déclaration exposant les motifs de l'exigibilité du paiement. Si d'aucuns se sont prononcés en faveur de cette proposition, l'opinion dominante a été que le résultat indésirable en serait d'interdire les garanties payables sur simple demande et les lettres de crédit stand-by en blanc. Il a été rappelé que le Groupe de travail, à sa session précédente, avait longuement débattu de la place à réserver aux lettres de garantie payables sur simple demande dans le projet de convention et décidé qu'il ne conviendrait pas qu'un texte portant législation tel que le projet de convention, encourage ou décourage le recours à un type déterminé de lettre de garantie. Le projet de convention devrait plutôt prendre en compte tous les types de garantie utilisés et leur conférer certitude (voir A/CN.9/361, par. 20 et 21).

83. A propos de l'attestation implicite de l'exigibilité du paiement par le bénéficiaire, il a été rappelé que la phrase visait à préciser, au sujet notamment des lettres de garantie payables sur simple demande, que toute demande de paiement impliquait l'affirmation que le paiement était dû, ainsi qu'il pouvait en être par exemple s'agissant de déterminer si la demande était impropre conformément à l'article 19. On a exprimé la crainte que cette exigence d'attestation, qu'elle soit implicite ou expresse, ne soit interprétée comme ouvrant droit à action non seulement au bénéfice du donneur d'ordre, qui pourrait solliciter auprès d'un tribunal une injonction d'abstention de paiement en alléguant que le bénéficiaire avait émis une fausse attestation, mais également au bénéfice de l'émetteur, et ne remette ainsi en cause le caractère définitif du paiement.

84. Il a été suggéré de supprimer la phrase puisqu'elle avait été introduite par souci de clarification et qu'elle ne visait pas à ouvrir un droit distinct à action au bénéfice du

donneur d'ordre ou de l'émetteur. On a également jugé cette phrase superflue en ce que, même en son absence, on tirerait la même conclusion implicite. On a fait valoir, en revanche, que l'on ne dissiperait pas la crainte sus-évoquée en supprimant la phrase et que rien ne la singularisait par rapport aux références à des attestations faites ailleurs.

85. Il a par ailleurs été suggéré de remplacer les mots "le paiement est dû" par la mention du fait que la demande n'était pas de mauvaise foi ni impropre, en liant ainsi plus étroitement cette réserve à l'article 19. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de reformuler la réserve dans ce sens.

Article 15. Avis de demande

86. Le texte du projet d'article 15 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"[Sans retarder l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu des articles 16 et 17, l'émetteur, dès réception de la demande, en avise promptement le donneur d'ordre ou, le cas échéant, sa partie ordonnatrice, sauf convention contraire de l'émetteur et du donneur d'ordre. Un défaut de notification ne prive pas l'émetteur de son droit à remboursement, mais habilite le donneur d'ordre à recouvrer auprès de l'émetteur des dommages-intérêts pour tout préjudice subi du fait de ce défaut de notification]."

87. Le Groupe de travail a fait observer que l'article 15, qui était calqué sur l'article 17 des RUGD, était placé entre crochets, les opinions ayant été partagées aux sessions précédentes sur le point de savoir s'il convenait que la loi uniforme impose au garant l'obligation de donner avis au donneur d'ordre d'une demande faite par le bénéficiaire. A la présente session, les avis ont été à nouveau partagés quant à l'opportunité d'imposer une telle obligation, principalement pour les raisons déjà exposées en détail lors de la dix-septième session (voir A/CN.9/361, par. 26 et 27).

88. A l'appui de la suppression de l'article 15, on a fait valoir qu'en imposant l'obligation légale de donner avis au donneur d'ordre on mettait en doute la valeur et on compromettait l'indépendance et la fiabilité de l'engagement du l'émetteur, notamment en permettant au donneur d'ordre de prendre des mesures pour bloquer le paiement. On a également déclaré que, du moins dans certains pays, la pratique consistant à donner avis n'avait pas cours en matière de lettres de crédit stand-by, ou pourrait susciter des difficultés du point de vue de la réglementation devant certaines juridictions. On a fait valoir que si le Groupe de travail décidait de conserver cette disposition, il faudrait prévoir une exemption en ce qui concerne les lettres de crédit stand-by. Toutefois, on a fait observer que l'on parviendrait à un résultat similaire faute de conserver l'article, étant donné qu'un avis serait probablement exigé pour les garanties bancaires (en vertu des RUGD) mais vraisemblablement pas pour les lettres de crédit stand-by (en vertu des RUU).

89. A l'appui du maintien de l'obligation de notification, on a fait valoir que la notification du donneur d'ordre était

une pratique courante, non seulement en ce qui concerne les garanties bancaires mais aussi les lettres de crédit stand-by dans certains pays. On a également déclaré que la pratique consistant à donner avis était équitable, et ne mettait pas en cause l'indépendance de l'engagement de l'émetteur dans la mesure où cette obligation ne serait pas liée temporellement à celle d'examiner la demande ou de prendre une décision au sujet du paiement. Le texte stipulait clairement que l'inobservation de l'obligation de notification n'entamerait pas l'efficacité du paiement et que l'émetteur n'était pas tenu à la notification avant le paiement. La disposition de l'article 15 était encore tempérée par la règle figurant dans la deuxième phrase de cet article selon laquelle l'émetteur ne se verrait pas privé de son droit à remboursement. Il a été suggéré de supprimer la référence aux dommages-intérêts en laissant au droit général applicable le soin de régler cette question.

90. Le Groupe de travail a réfléchi à la manière dont on pourrait dissiper les doutes suscités par l'article 15 sans aller jusqu'à supprimer cette disposition. On a notamment suggéré de remanier l'article 15 à l'effet d'y stipuler que si l'émetteur serait tenu de donner notification d'une demande de paiement, sauf stipulation contraire de la lettre de garantie ou de tout autre convention conclue entre le donneur d'ordre et l'émetteur, une telle stipulation contraire se déduirait de la simple référence aux règles en vigueur, telles que celles des RUU qui ne prévoyaient pas de notification. Il a été proposé à l'opposé de remplacer l'article 15 par le texte suivant : "Lorsque les règles ou la pratique internationale applicables l'autorisent ou l'exigent, l'émetteur peut ou doit donner au donneur d'ordre notification du fait qu'il a reçu une demande, pour autant que cette notification ne retarde pas l'exécution de ses obligations en vertu de la lettre de garantie".

91. Une autre proposition partait du principe que les divergences d'opinion concernant l'opportunité de la règle énoncée à l'article 15 n'étaient pas liées uniquement aux disparités dans les pratiques actuelles concernant les lettres de crédit stand-by et les garanties bancaires. De telles divergences refléteraient plutôt la diversité des approches adoptées par les différentes législations internes et pratiques bancaires en ce qui concerne la situation du donneur d'ordre, de l'émetteur et du bénéficiaire. Il a été suggéré que le Groupe de travail envisage la possibilité que les Etats puissent faire des réserves à l'applicabilité de l'article 15 une fois le projet de convention ouvert à la signature et à la ratification.

92. Aucune des propositions susmentionnées n'ayant recueilli un appui assez large, le Groupe de travail a décidé de surseoir à se prononcer définitivement sur l'opportunité de conserver une disposition allant dans le sens de l'article 15, en attendant d'examiner la question plus avant. Il a donc décidé de maintenir l'article en question entre crochets.

Article 16. Examen de la demande et des documents joints

93. Le texte du projet d'article 16 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. *Variante A* : L'émetteur examine les documents conformément à la norme de conduite mentionnée au paragraphe 1 de l'article 13 [, à moins que le donneur d'ordre n'ait convenu d'une norme inférieure]. Lorsqu'il détermine si les documents sont conformes en apparence aux termes et conditions de la lettre de garantie, l'émetteur observe la norme [pertinente] [applicable] de la pratique internationale en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by.

Variante B : L'émetteur examine la demande et les documents joints avec la diligence professionnelle requise par la pratique internationale en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by [, à moins que le donneur d'ordre n'ait consenti à une moindre obligation de soin.] afin de déterminer s'ils sont conformes aux termes et conditions de la lettre de garantie et s'ils sont compatibles entre eux.

2. Sauf disposition contraire de la lettre de garantie, l'émetteur dispose d'un délai raisonnable, mais d'un maximum de sept jours, pour examiner la demande et les documents joints et pour décider de payer ou non."

Paragraphe 1

94. Deux variantes ont été proposées pour le paragraphe 1. Le Groupe de travail a noté que la variante A comportait la distinction proposée à la dix-septième session entre, d'une part, la norme de soin applicable pour l'examen des documents et, d'autre part, le critère à utiliser pour déterminer si les documents soumis étaient conformes aux termes de la lettre de garantie. On a demandé pourquoi deux normes, peut-être différentes, étaient imposées dans la variante A. Un autre sujet de préoccupation a été que la référence à la norme de la pratique internationale était vague et ne donnerait pas de directive suffisante pour la fin recherchée. En conséquence, il a été suggéré de suivre, ici également, l'approche adoptée pour l'article 12.2, c'est-à-dire d'utiliser une formule telle que "compte dûment tenu" de la norme de la pratique internationale. Une autre suggestion tendait à suivre l'approche de la norme unique adoptée dans la variante B.

95. L'avis dominant a cependant été qu'il convenait de garder l'approche de la double norme adoptée dans la variante A. On a fait observer que la variante A faisait une distinction utile entre les normes applicables à deux phases distinctes du processus d'examen des documents : la norme de bonne foi et de soin raisonnable que l'émetteur devait suivre dans l'examen des demandes, c'est-à-dire dans la recherche de toutes divergences; et le critère à utiliser pour déterminer le poids ou l'importance qu'il convenait d'attacher à certaines divergences mineures, c'est-à-dire pour déterminer si les divergences devaient conduire à rejeter la demande. On a noté que ce type d'approche reflétait la pratique et était adopté à l'article 13 des RUU 500.

96. Le Groupe de travail a ensuite porté son attention sur la référence expresse, dans la première phrase de la variante A, à la possibilité que l'émetteur et le donneur d'ordre n'aient convenu d'une norme inférieure pour l'examen de la demande. On a fait remarquer que cette formulation avait pour objet de tenir compte d'une pratique

assez répandue, disait-on, dans la pratique des lettres de crédit stand-by et utilisée lorsque le donneur d'ordre souhaitait diminuer les frais en réduisant les droits d'examen ou lorsque le temps était une considération essentielle, souvent dans le contexte de relations établies de longue date entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Un tel abaissement de la norme n'apparaissait généralement pas dans les termes de l'instrument.

97. Des avis divergents ont été exprimés au sujet de la référence à l'abaissement de la norme. Certains ont estimé que les mots devaient être supprimés parce qu'il ne convenait pas de mentionner cette question qui avait trait aux rapports entre l'émetteur et le donneur d'ordre, rapports sur lesquels il avait été décidé que la convention ne devrait pas être axée. De plus, l'abaissement de la norme dont il était question ne nuirait normalement pas aux intérêts du bénéficiaire puisque, du fait de cet abaissement, une demande présentant une divergence aurait plus de chance d'être acceptée. D'autres, également favorables à la suppression des mots en question, ont estimé que l'abaissement de la norme était une pratique que la convention ne devrait pas envisager ni encourager. Ils doutaient que l'on puisse présumer à juste titre que l'abaissement de la norme servirait uniformément les intérêts des bénéficiaires, qui étaient en droit de compter que les documents seraient examinés avec un soin raisonnable. D'autres, enfin, ont été d'avis que la pratique était suffisamment importante pour être traitée dans la convention et qu'il fallait par conséquent garder les mots en question. Il a même été suggéré que la disposition soit élargie de manière à envisager la possibilité de convenir avec le bénéficiaire d'une norme d'examen encore plus élevée.

98. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots en question, d'autant que dans l'ensemble la convention devait être axée sur les rapports entre émetteur et bénéficiaire. On a fait observer qu'il n'y aurait pas lieu d'interpréter cette suppression comme tendant à empêcher le donneur d'ordre et l'émetteur de convenir des normes applicables. Le Groupe de travail a cependant fondé sa décision sur le fait que, selon lui, l'abaissement de la norme d'examen ne devait pas être désavantageux au bénéficiaire et ne devait pas lui porter atteinte sans son consentement.

99. Le Groupe de travail a décidé d'ajouter à la variante A un membre de phrase indiquant que l'émetteur était aussi tenu de déterminer si les documents étaient compatibles les uns avec les autres, obligation également imposée par les RUU. Le Groupe de travail a en outre décidé que, dans la deuxième phrase, l'expression "norme applicable" devrait être utilisée plutôt que l'expression "norme pertinente", et que le mot "observe" pourrait être remplacé par une formule telle que "tient dûment compte de".

Paragraphe 2

100. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 2 combinait des approches suggérées pendant la discussion précédente d'une règle sur le délai accordé pour l'examen, à savoir la notion de délai raisonnable, avec un temps maximum. Le Groupe de travail, notant que ce type d'approche figurait aussi dans les RUU 500, a affirmé la portée essentielle du paragraphe 2.

101. Il y a eu un échange de vues sur le point de savoir si le temps maximum devait être exprimé en jours civils ou en jours ouvrables. On a fait observer que la deuxième approche était suivie dans les RUU alors que, dans les textes juridiques de la Commission, la pratique courante était d'exprimer en jours civils les périodes de temps de la durée visée au paragraphe 2 (c'est-à-dire les périodes de plus d'un jour ou deux). Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver le paragraphe 2 tel quel.

Article 17. Paiement ou rejet de la demande

102. Le texte du projet d'article 17 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. L'émetteur effectue le paiement en cas de demande

Variante A : conforme aux termes et conditions de la lettre de garantie.

Variante B : présentée par le bénéficiaire conformément aux dispositions de l'article 14.

2. L'émetteur n'effectue pas le paiement si

Variante X : il sait ou devrait savoir [3] que la demande est incorrecte au vu de l'article 19.

Variante Y : la demande est manifestement et clairement incorrecte au vu des dispositions de l'article 19.

3. Si l'émetteur décide de rejeter la demande [pour tout motif visé aux paragraphes 1 et 2 du présent article], il en donne promptement avis au bénéficiaire par télétransmission ou, si cela est possible, par tout autre moyen rapide. Sauf disposition contraire de la lettre de garantie, l'avis doit

Variante A : indiquer le motif du rejet.

Variante B : , si la non-conformité des documents aux termes et conditions de la lettre de garantie constitue le motif de rejet, spécifier chaque élément non conforme et, si le rejet se fonde sur un autre motif, indiquer ce motif.

[4. Si l'émetteur ne se conforme pas aux dispositions de l'article 16 ou du paragraphe 3 du présent article, il sera déchu de son droit

Variante X : à invoquer la non-conformité de la demande aux termes et conditions de la lettre de garantie.

Variante Y : à invoquer tout élément non conforme des documents qui n'a pas été découvert ou qui n'a pas été notifié au bénéficiaire conformément auxdites dispositions.]"

Paragraphe 1

103. Le Groupe de travail s'est dans l'ensemble prononcé en faveur de la demande retenue par la variante B, qui contenait une référence générale aux prescriptions de l'article 14, notamment celle ayant trait à la forme de la demande et au lieu de sa présentation. Si l'on a exprimé l'avis que les prescriptions de l'article 14 n'avaient pas toutes la même importance, on s'est accordé à dire, conformément à la décision prise par le Groupe de travail

à sa dix-septième session, que les obligations de l'émetteur visées à l'article 17 devaient être le pendant de celles stipulées à l'intention du bénéficiaire à l'article 14 qui posait comme règle générale que toute demande de paiement devait être conforme aux termes de la lettre de garantie (voir A/CN.9/361, par. 49 et 50).

104. On a estimé que la référence à toute demande présentée "par le bénéficiaire" contenue dans la variante B était impropre en ce sens que toute demande pouvait être présentée non seulement par le bénéficiaire mais aussi par un ou plusieurs cessionnaires ou par toute autre personne désignée en vertu de la lettre de garantie. Au surplus, on pourrait y voir à tort une tentative de solution de la question non réglée d'une demande qui serait présentée par un imposteur. A la suite d'un débat, le Groupe de travail a adopté la proposition tendant à supprimer cette référence.

105. On a fait observer que le texte du paragraphe 1 laissait subsister la question de savoir si l'émetteur, dans le cas exceptionnel où il ne serait pas tenu de payer, aurait l'obligation ou simplement l'autorisation de refuser le paiement. A cet égard, le Groupe de travail a identifié deux hypothèses distinctes où l'émetteur ne serait pas tenu de payer. La première était celle où la demande était incorrecte au vu des dispositions de l'article 19. Cette hypothèse était envisagée au paragraphe 2, qui énonçait une exception à la règle posée au paragraphe 1. La seconde était celle où une demande, sans être incorrecte au vu des dispositions de l'article 19, ne serait pas conforme aux termes de la lettre de garantie ou aux autres prescriptions de l'article 14.

106. On a fait observer que, dans le cas d'une demande non conforme aux termes de la lettre de garantie, le projet de convention devrait déterminer si l'émetteur devrait être tenu de ne pas payer ou s'il pouvait agir en toute discrétion. Des opinions divergentes ont été exprimées sur ce sujet. Selon une opinion, le projet de convention devrait éviter de traiter de cette question, les conséquences du paiement ou du non-paiement en vertu d'une telle demande ne présentant un intérêt que pour la relation entre l'émetteur et le donneur d'ordre, laquelle n'était pas son objet principal. Selon une autre opinion, dans le cas où la demande n'était pas conforme aux termes de la lettre de garantie, l'émetteur devrait être tenu de ne pas payer dans la mesure où il n'existerait apparemment aucun motif de droit sur lequel le paiement pourrait se fonder. D'après une troisième opinion, l'émetteur devait être libre de décider quant à savoir s'il effectuerait un paiement en vertu d'une demande non conforme aux termes de la lettre de garantie, et pourrait le faire, par exemple, s'il considérait le paiement comme nécessaire pour préserver sa réputation internationale de bon payeur. On a estimé que la décision de l'émetteur de payer sur présentation d'une demande non conforme aux termes de la lettre de garantie n'avait d'incidence que sur l'obligation de remboursement à la charge du donneur d'ordre. On a d'autre part fait ressortir que, quelle que soit la solution qui serait adoptée pour les demandes non conformes, ce devrait être la même que pour les demandes incorrectes.

107. Après délibération, le Groupe de travail est convenu que, dans le cas où une demande n'était ni incorrecte ni conforme aux termes de la lettre de garantie, il serait

loisible à l'émetteur de décider de payer ou non. Toutefois, si l'émetteur décidait de payer sur présentation d'une telle demande, le paiement ne devrait pas porter préjudice aux droits du donneur d'ordre. Le Secrétariat a été prié d'élaborer, pour examen par le Groupe de travail à sa session suivante, un projet de disposition dans ce sens.

Paragraphe 2

108. D'aucuns se sont prononcés en faveur de la variante X qui, à leur avis, était à juste titre axée sur l'émetteur en question en lui faisant obligation de rejeter la demande s'il savait ou devait savoir que celle-ci était incorrecte. On a déclaré qu'il serait impropre d'imposer à l'émetteur l'obligation de refuser de payer sans exiger de lui qu'il sache ou sans juger qu'il aurait dû savoir que la demande était incorrecte. Il a été jugé particulièrement important d'écarter tout acte de cécité volontaire par lequel l'émetteur pourrait choisir de méconnaître le caractère incorrect de la demande.

109. On s'est cependant largement prononcé en faveur de la variante Y qui énonçait un critère objectif pouvant fonder le rejet de la demande. On a fait valoir que le critère de connaissance d'une personne ou d'une institution consacré par la variante X était source de difficultés de preuve en raison de son caractère subjectif. En outre, la référence faite dans la variante X à ce que l'émetteur devrait savoir pourrait être interprétée à tort comme exigeant de la part de celui-ci des investigations en vue de déterminer si la demande était incorrecte, ce qui serait contraire au caractère indépendant et documentaire de l'engagement.

110. On a exprimé l'opinion que la variante Y convenait d'autant moins que parler en termes généraux de demande "manifestement et clairement incorrecte" ne faisait pas ressortir clairement qu'il appartenait à l'émetteur de déterminer le caractère "manifestement et clairement incorrect" de cette demande. On a exprimé l'avis que loin de présumer que la détermination du caractère "manifestement et clairement incorrect" de la demande serait du genre à la portée de toute personne, il fallait préciser qu'elle devait être faite par l'émetteur en sa qualité de spécialiste. Il a été proposé de remplacer le libellé actuel du paragraphe 2 par la formulation suivante fondée sur le texte de la variante A du paragraphe 1 du projet d'article 19 :

"L'émetteur n'effectue pas le paiement si, compte dûment tenu du caractère indépendant et documentaire de l'engagement, il apparaît clairement et sans aucun doute à l'émetteur que la demande est incorrecte au vu des dispositions de l'article 19".

111. En réponse à cette proposition, on a exprimé la crainte qu'en mettant la détermination du caractère incorrect de la demande à la charge de l'émetteur la disposition ne soit interprétée à tort comme invitant celui-ci à exercer toute discrétion s'agissant d'apprécier le caractère incorrect de la demande, ouvrant ainsi la voie à une conduite imprudente ou peu scrupuleuse de la part de l'émetteur. On a estimé qu'il fallait adopter un critère plus objectif.

112. Un certain nombre d'autres propositions ont été présentées pour assurer l'objectivité de la norme tout en

conservant la condition que l'émetteur devait savoir que la demande était incorrecte, par exemple : exprimer dans la variante Y l'idée que l'émetteur savait que la demande était incorrecte; faire commencer la variante X par le membre de phrase "Compte dûment tenu du caractère documentaire et indépendant de l'engagement"; supprimer les termes "manifestement et clairement" de la variante Y; remplacer les deux variantes par la clause "l'émetteur a de bonnes raisons de croire que la demande est incorrecte" ou "l'émetteur certifie que la demande est incorrecte".

113. Les délibérations ont fait apparaître que les préoccupations exprimées portaient sur deux aspects différents de la règle. L'opinion générale était qu'il serait utile d'introduire un *distinguo* entre d'une part les faits, qui en général ressortaient des documents, sur lesquels s'appuyait la détermination juridique du caractère incorrect de la demande et, d'autre part, cette détermination elle-même. Pour le premier point, on a conclu qu'il fallait que l'émetteur ait connaissance des faits en question ou que ceux-ci apparaissent dans le domaine sur lequel l'émetteur se tenait informé, et qu'il ne suffisait pas que des tiers soient au courant. Quant au second aspect cependant — le fait de déterminer que les faits considérés rendaient la demande incorrecte — il ne devait pas être laissé à la seule appréciation de l'émetteur; la détermination devait se fonder sur la nature des faits : seraient-ils considérés, d'une manière générale, comme un cas manifeste de demande incorrecte ? Cela étant entendu, il a été convenu de proposer le libellé suivant :

"2. L'émetteur n'effectue pas le paiement s'il a connaissance de faits qui rendent la demande manifestement et clairement incorrecte au vu des dispositions de l'article 19."

Paragraphes 3 et 4

114. Le Groupe de travail a réaffirmé qu'il fallait prévoir l'obligation d'aviser le bénéficiaire du rejet de sa demande. Ses membres se sont cependant demandés si cette obligation ne devait s'appliquer que lorsque le motif du rejet était la non-conformité des documents, ou s'il fallait au contraire l'élargir encore et la rendre applicable même aux cas de demande incorrecte.

115. Selon l'un des avis exprimés, l'obligation de notification, qui comprenait l'obligation d'indiquer au bénéficiaire les motifs du rejet, devait être limitée aux cas de non-conformité des documents. On pouvait craindre en effet que l'application de la règle de déchéance fixée au paragraphe 4 aux cas où l'émetteur s'était abstenu d'informer le bénéficiaire que sa demande était rejetée pour non-conformité des documents, n'ait pour effet pervers d'aider les fraudeurs ou, plus simplement, ceux qui essayaient d'obtenir le paiement de lettres de garantie non valables ou inexistantes. Imposer une telle obligation sans prévoir dans la convention la déchéance de l'émetteur dans les cas de ce genre n'empêcherait pas nécessairement un tribunal d'imposer une sanction, la déchéance par exemple.

116. L'opinion générale a cependant été que l'obligation de notification devait s'appliquer à tous les cas de rejet, y compris pour non-conformité avec le paragraphe 2 de l'article 16, ou pour lettre de garantie non valable ou

inexistante. Même en cas de demande incorrecte, on ne pouvait d'une manière générale présumer que le bénéficiaire n'était pas légitimement fondé à connaître le motif de rejet de sa demande puisque, dans certains cas, ce bénéficiaire lui-même pouvait être victime d'une manœuvre frauduleuse. On a proposé de limiter la portée de la règle de déchéance aux documents non conformes, ce qui répondrait aux préoccupations exprimées par le Groupe de travail. Celui-ci a fait observer que la portée de l'obligation de notification était étroitement liée à la portée des conditions de déchéance qui seraient éventuellement fixées au paragraphe 4.

117. Avant de passer à l'examen du paragraphe 4, le Groupe de travail a examiné un certain nombre d'observations sur divers autres aspects du paragraphe 3. L'une de ces observations était qu'il faudrait, au moment de la révision du texte, harmoniser la première phrase du paragraphe 3 et le délai fixé au paragraphe 2 de l'article 16. A ce propos, on s'est demandé si le mot "promptement" était suffisamment clair. D'autres observations portaient sur la nécessité de prévoir une notification quand le motif du rejet était l'expiration des délais, et sur la question de savoir si la convention devait prévoir une disposition obligeant l'émetteur à mettre les documents à la disposition du bénéficiaire en cas de rejet. Pour ce qui était des formules proposées au paragraphe 3, qui prévoyaient toutes deux que l'avis de rejet devait être motivé, la solution plus simple de la variante A a eu la préférence. Le Groupe de travail a décidé de proposer de remplacer les termes "décide de rejeter la demande" par "rejette", car la première formule pourrait être entendue comme donnant un trop grand pouvoir discrétionnaire à l'émetteur.

118. En ce qui concerne le paragraphe 4, les opinions ont divergé sur le point de savoir s'il fallait maintenir la règle de déchéance qui y était stipulée. Selon l'une d'elles, le paragraphe 4 devrait être supprimé puisque la question des sanctions serait suffisamment réglée par le droit interne, qui offrirait des voies de recours au bénéficiaire, et il était donc inutile de faire une place à la règle de déchéance dans la convention. Selon une deuxième opinion, également favorable à la suppression, si la règle de déchéance était spécialement nécessaire pour les lettres de crédit stand-by, on pouvait la faire disparaître de la convention sans compromettre la pratique effective en la matière, puisqu'elle s'appliquerait quand même à ces lettres de crédit stand-by par le biais des RUU. D'après une troisième opinion, tant dans le cas de violations au paragraphe 2 de l'article 16 qu'au paragraphe 3 de l'article 17, la convention ne devrait pas prévoir une clause de déchéance mais des dommages-intérêts.

119. Une quatrième opinion, largement appuyée, était qu'il était nécessaire de mentionner la règle de déchéance parce qu'il s'agissait d'une disposition clef qui donnait un sens aux obligations imposées à l'émetteur. On a dit que si cette disposition était omise, la convention présenterait une grave lacune. Cependant, le Groupe de travail a reconnu qu'il ne convenait pas de rédiger le paragraphe 4 en termes si larges que la règle de déchéance s'appliquerait au défaut de notification d'une demande incorrecte ou invalide. Il a été généralement admis qu'un tel résultat n'était pas recherché ni souhaité et qu'il fallait préciser que la règle de

déchéance ne s'appliquait pas à ces cas-là. Le Groupe de travail a aussi estimé qu'il convenait de clarifier cette disposition en se référant expressément au paragraphe 2 de l'article 16.

120. Différentes approches possibles ont été envisagées sur la manière de traiter la question des sanctions dans les cas où l'exigence de notification n'était pas couverte par la règle de déchéance. L'une d'elles était de s'en remettre simplement au droit national, qui pourrait donner au bénéficiaire la possibilité d'obtenir une indemnité et des intérêts (par exemple, le montant de la lettre de garantie et des intérêts pour manquement à notifier des défauts auxquels il aurait pu être remédié). Cette approche a été critiquée au motif qu'elle ne contribuerait guère à assurer un haut degré de certitude, car il s'agissait d'un domaine dont les lois d'un grand nombre de pays ne traitaient pas expressément, et que le droit devait être uniformisé sur ce point important. Une autre approche, que le Groupe de travail a appuyée, était d'envisager d'inclure dans la convention une disposition sur les sanctions traitant des aspects de l'exigence de notification qui n'étaient pas couverts par la règle de déchéance.

121. Après un débat, le Groupe de travail a pris les décisions suivantes au sujet des paragraphes 3 et 4. Il a été décidé qu'au paragraphe 3 l'émetteur devrait être tenu de donner avis de tous les motifs de rejet, et non seulement de tout élément non conforme ayant pu être découvert dans les documents. Le Groupe de travail, sous réserve d'un examen plus approfondi, a affirmé à titre provisoire, qu'une règle de déchéance devrait être incluse, mais qu'elle ne devrait s'appliquer qu'aux documents comportant un élément non conforme et à l'inobservation du paragraphe 2 de l'article 16. Pour faciliter la suite des débats du Groupe de travail, le Secrétariat a été prié d'établir un projet de disposition prévoyant des dommages-intérêts en remplace-

ment de la règle de déchéance, ainsi que des sanctions pour les aspects de l'exigence de notification qui n'étaient pas couverts par la règle de déchéance.

122. Le Secrétariat a aussi été prié d'établir le texte provisoire d'une disposition concernant le moment où le paiement de la lettre de garantie était dû. Il a été dit qu'une telle disposition pourrait utilement préciser que l'obligation de l'émetteur était de payer promptement et non pas simplement de décider au moment voulu s'il acceptait la demande de paiement. Elle pourrait aussi apporter des éclaircissements sur l'utilisation du paiement différé dans la pratique des lettres de crédit stand-by, car cette technique était encore peu connue dans un certain nombre de pays. Le Secrétariat a de même été prié d'établir à l'intention du Groupe de travail une disposition concernant l'obligation de l'émetteur de payer malgré l'insolvabilité du donneur d'ordre et malgré des circonstances analogues susceptibles d'affecter la sécurité de l'émetteur, par exemple le manquement du donneur d'ordre à payer la commission.

III. TRAVAUX FUTURS

123. Le Groupe de travail a décidé, sous réserve de l'approbation de la Commission, de tenir sa prochaine session à Vienne du 22 novembre au 3 décembre 1993.

124. Le Groupe de travail a noté que le Secrétariat avait l'intention d'établir une version révisée des projets d'articles premier à 17 en tenant compte des débats des dix-huitième et dix-neuvième sessions et que le texte révisé serait prêt pour la vingtième session. Il a été décidé qu'à cette session le Groupe de travail examinerait d'abord les articles 18 à 27 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1, puis reverrait le texte révisé des projets d'articles premier à 17.

D. Documents de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa dix-neuvième session

1. *Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : articles révisés du projet de Convention sur les lettres de garanties internationales : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1) [Original : anglais]*

2. *Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : proposition des Etats-Unis d'Amérique : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.77) [Original : anglais]*

Ces deux documents de travail, qui avaient déjà été soumis au Groupe de travail à sa dix-huitième session, sont reproduits dans la deuxième partie, II, B.1 et 2, du présent volume.

III. ÉCHANGES DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI)

A. Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-cinquième session (New York, 4-15 janvier 1993) (A/CN.9/373) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-9
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	10
II. PORTÉE ET FORME DES RÈGLES UNIFORMES	11-34
A. Champ d'application quant au fond	11-33
1. La notion d'EDI	11-20
2. Opérations nationales et internationales	21-28
3. Opérations impliquant des consommateurs	29-33
B. Forme des règles uniformes	34
III. DÉFINITIONS ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES	35-43
A. Définitions	35-36
1. Parties à une opération d'EDI	35
2. EDI, message EDI et autres termes	36
B. Dispositions générales	37-43
1. Autonomie des parties en vertu des règles uniformes	37
2. Interprétation des règles uniformes	38-42
3. Arbitrage et conflits de lois	43
IV. CONDITIONS DE FORME	44-108
A. Observations préliminaires	44-49
1. Relations entre les usagers de l'EDI et les autorités publiques	45-48
2. Opérations faisant intervenir des conditions de forme particulières ..	49
B. Equivalents fonctionnels de l'écrit	50-62
1. L'exigence légale de l'écrit	50-61
2. Définition contractuelle de l'écrit	62
C. Authentification des messages EDI	63-76
D. Exigence d'un original	77-96
1. Equivalents fonctionnels	77-91
2. Règles contractuelles	92-96
E. Force probante des messages EDI	97-108
1. Admissibilité des moyens de preuve produits par EDI	97-101
2. Valeur probante des enregistrements produits par EDI	102
3. Règles contractuelles	103-108
V. OBLIGATIONS DES PARTIES	109-125
A. Obligations de l'expéditeur d'un message	109-115
B. Obligations découlant de la transmission	116-125
1. Accusé de réception fonctionnel	116-122
2. Enregistrement des opérations	123-125

	<i>Paragraphes</i>
VI. FORMATION DES CONTRATS	126-147
A. Consentement, offre et acceptation	126-133
B. Moment de la formation du contrat	134-143
C. Lieu de formation du contrat	144-146
D. Conditions générales	147
VII. RESPONSABILITÉ ET RISQUE	148-152
VIII. AUTRES QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE TRAITÉES	153

INTRODUCTION

1. A sa vingt-quatrième session, en 1991, la Commission a estimé que les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) deviendraient de plus en plus importants à mesure que ce type d'échanges se développerait, et que la Commission devrait par conséquent entreprendre des travaux dans ce domaine. La Commission est convenue que le sujet devrait être traité de façon approfondie par un groupe de travail¹.

2. Comme suite à cette décision, le Groupe de travail des paiements internationaux a consacré sa vingt-quatrième session à l'identification et à l'examen des problèmes juridiques découlant du développement de l'EDI. Dans le rapport sur les travaux de cette session, le Groupe de travail a estimé que l'examen des questions juridiques liées au développement de l'EDI avait fait apparaître que, pour certaines de ces questions, le mieux serait d'élaborer des dispositions législatives (A/CN.9/360, par. 129). Pour ce qui est de l'élaboration possible d'un accord type de communication d'application universelle pour le commerce international, le Groupe de travail était convenu que, du moins pour le moment, il n'était pas nécessaire que la Commission élabore un tel accord. Toutefois, le Groupe de travail a noté que, conformément à l'approche souple recommandée à la Commission en ce qui concerne la forme que revêtirait l'instrument qui serait élaboré, il se pourrait que, dans certains cas, l'élaboration de clauses contractuelles types soit considérée comme un moyen approprié de traiter certaines questions (*ibid.*, par. 132). Le Groupe de travail a réaffirmé que les organisations internationales actives dans ce domaine devraient coopérer étroitement. Il a été convenu que la Commission, vu le caractère universel de sa composition, et son mandat en général, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, devrait jouer un rôle particulièrement actif en la matière (*ibid.*, par. 133).

3. A sa vingt-cinquième session, en 1992, la Commission a examiné le rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/360). La Commission est convenue que, comme

l'avait indiqué le Groupe de travail, la nécessité s'imposait d'examiner plus avant les aspects juridiques de l'EDI et d'élaborer des règles pratiques dans ce domaine. De même, comme l'avait suggéré le Groupe de travail, si, pour certaines questions, le mieux était d'élaborer des dispositions législatives, pour d'autres en revanche, il serait sans doute plus approprié de mettre au point des clauses contractuelles types. Après en avoir débattu, la Commission a fait siennes les recommandations contenues dans le rapport du Groupe de travail (*ibid.*, par. 129 à 133) et a chargé le Groupe de travail des paiements internationaux, qu'elle a rebaptisé Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, du soin d'élaborer des règles juridiques relatives à l'EDI².

4. Le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, composé de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa vingt-cinquième session à New York du 4 au 15 janvier 1993. Ont assisté à la session les Etats membres du Groupe de travail suivants : Allemagne, Arabie saoudite, Autriche, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chine, Costa Rica, Danemark, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Nigéria, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan, Thaïlande et Uruguay.

5. Ont assisté à la session les observateurs des Etats suivants : Australie, Bolivie, Brésil, Côte d'Ivoire, Finlande, Indonésie, Israël, Micronésie (Etats fédérés de), Pakistan, Philippines, Roumanie, Suède, Suisse et Venezuela.

6. Ont assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes : Commission économique pour l'Europe (CEE), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Communauté européenne, Conférence de La Haye sur le droit international privé, Centre d'arbitrage commercial international du Caire, Fédération des banques européennes, Association internationale des ports (AIP), Chambre de commerce internationale, Société de télécommunications interbancaires mondiales et Assemblée mondiale des petites et moyennes entreprises.

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-quatrième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément n° 17 (A/46/17)*, par. 314 à 317.

²Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17 (A/47/17)*, par. 140 à 148.

7. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après :

Président : M. José María Abascal Zamora (Mexique)

Rapporteur : M. Essam Ramadan (Égypte)

8. Le Groupe de travail a été saisi d'une note dans laquelle le Secrétariat présentait l'ébauche de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) (A/CN.9/WG.IV/WP.55).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Election du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Ebauche de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI).
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

10. Le Groupe de travail a étudié les questions abordées dans la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.55). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont consignées dans les chapitres II à VIII ci-après. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces délibérations et conclusions, une première série de projets d'articles, avec différentes variantes, sur les questions abordées.

II. PORTÉE ET FORME DES RÈGLES UNIFORMES

A. Champ d'application quant au fond

1. La notion d'EDI

11. Le Groupe de travail a repris sa discussion générale sur la notion de l'EDI, discussion qui, faute de temps, n'avait pu être conclue lors de la session précédente, après avoir achevé son premier examen des problèmes juridiques en jeu.

12. D'emblée, le Groupe de travail a confirmé la décision prise à sa session précédente, à savoir qu'en traitant la question dont il était saisi le Groupe de travail aurait de l'EDI une conception large, couvrant toute une série d'utilisations de l'EDI liées au commerce que l'on pouvait désigner de manière générale par la formule "commerce électronique" (voir A/CN.9/360, par. 28 et 29), bien que d'autres termes descriptifs aient été proposés. On a rappelé qu'au nombre des moyens de communication recouverts par la notion de "commerce électronique" figuraient les moyens de transmission ci-après, qui font appel à des techniques électroniques : communication par EDI définie de manière restrictive, comme la transmission d'ordinateur à ordinateur de données commerciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard); transmission de messages électroniques utilisant des normes publiques ou des normes exclusives; transmission par voie électronique de textes librement formatés. On a également noté que, dans certains cas, la notion de "commerce électronique"

pourrait englober l'utilisation de techniques comme le télex et la télécopie.

13. On a donné des exemples de cas où une information numérique communiquée au départ sous la forme d'un message EDI normalisé pourrait, à un point donné de la chaîne de communication établie entre l'expéditeur et le destinataire, être transmise sous la forme d'un message télex créé par un ordinateur ou sous la forme d'une télécopie d'une sortie d'imprimante. D'une manière générale, on a estimé que de telles situations devraient être visées par les règles uniformes, les usagers ayant besoin d'un ensemble de règles cohérentes régissant diverses techniques de communication qui pourraient être interchangeables dans la pratique. D'une manière plus générale, on a admis qu'en principe aucune technique de communication ne devrait être exclue du champ d'application des règles uniformes, celles-ci devant tenir compte des faits nouveaux pouvant se produire dans ce domaine.

14. Des vues divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si le Groupe de travail devrait s'attacher, avant même d'examiner le contenu des règles uniformes, à définir d'une manière plus explicite le champ d'application desdites règles et, à cet effet, s'efforcer de définir le terme "EDI". Selon un avis, cette démarche était nécessaire, si l'on entendait définir les hypothèses de travail sur la base desquelles le Groupe de travail poursuivrait son examen. On a signalé qu'une définition de l'EDI permettrait de délimiter le champ d'application des règles uniformes, car s'agissant de certaines méthodes de communication combinant la transmission électronique de données "dématérialisées" et un support papier (par exemple le télex et la télécopie), on pouvait se demander si l'EDI était bien, dans tous les cas, le contexte approprié. On a appuyé l'idée d'adopter comme hypothèse de travail une définition de l'EDI incluant expressément le télex et la télécopie.

15. Selon un autre avis, il ne convenait pas d'inclure expressément dans le champ d'application des règles uniformes le télex et la télécopie, car ces moyens de communication étaient en partie tributaires du papier. Il a été indiqué que le Groupe de travail devrait s'attacher avant toute chose à fixer des règles tenant compte des problèmes juridiques liés à l'utilisation de l'informatique. On a convenu dans l'ensemble que l'élaboration des règles uniformes ne devrait pas amener le Groupe de travail à entreprendre une révision générale des nombreuses règles faisant partie des systèmes juridiques nationaux et liées à l'utilisation du papier.

16. On a noté que les participants aux échanges internationaux avaient de plus en plus recours à la technique de la télécopie (appelée également téléfax) pour transmettre des images de documents sur papier. On a noté également qu'en raison des différences techniques entre la télécopie et l'envoi de données numériques d'ordinateur à ordinateur, il y avait aussi des différences au niveau, par exemple, des méthodes d'authentification et des possibilités de découvrir les erreurs de transmission. Compte tenu de ces différences, on a émis l'avis que des règles spéciales applicables à la télécopie pourraient être nécessaires. Le Secrétariat a été prié d'étudier, lorsqu'il élaborerait des projets de dispo-

sitions pour les règles uniformes, si des dispositions spéciales étaient nécessaires pour certains aspects de la télécopie.

17. S'agissant du champ d'application des règles uniformes, on a également soutenu que le Groupe de travail devrait axer ses travaux non pas sur les différentes techniques de communication à retenir dans la définition de l'EDI, mais sur les fonctions assurées par l'utilisation du papier ou d'un support autre que le papier traditionnel, sans avoir à se préoccuper de savoir si les données en question étaient communiquées sous la forme d'un message ou stockées sous la forme d'un document mécanographique, et qu'il devrait fixer les conditions auxquelles il serait possible d'attribuer aux données reproduites sur un support autre que le papier la même valeur juridique que celle reconnue aux données reproduites sur le papier traditionnel. On a estimé d'une manière générale qu'en axant les travaux sur la fonction plutôt qu'en s'attachant à répertorier et définir les différentes techniques utilisées pour communiquer et stocker les données, on tiendrait mieux compte de la nécessité de proposer des règles uniformes qui ne soient pas liées à un moment précis de l'évolution technique. Les règles uniformes pouvaient donc être décrites comme "neutres" quant à la technique de communication.

18. Après examen, le Groupe de travail a décidé de s'en tenir à la conception générale de l'EDI (ou "commerce électronique") susmentionnée afin de délimiter la portée de ses travaux et la teneur des règles uniformes, et d'en donner une définition concrète à un stade ultérieur.

19. En ce qui concerne la terminologie à utiliser dans les règles uniformes, on a estimé que le Groupe de travail devrait essayer de retenir un dénominateur commun pour la description générale des différentes techniques de communication auxquelles les règles uniformes pourraient s'appliquer. On a indiqué que, suite à l'adoption de la notion large de "commerce électronique", le fait de continuer d'utiliser le terme "EDI" pourrait induire en erreur. On a rappelé que presque toutes les définitions de l'EDI actuellement utilisées ou proposées parmi les usagers de l'EDI (voir A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 9) limitaient l'EDI aux communications entre ordinateurs et aux données transmises selon un format standard. Il fallait donc envisager d'adopter une nouvelle terminologie reflétant plus exactement l'ampleur et la diversité des questions qui devraient faire l'objet des règles uniformes.

20. Plusieurs expressions ont été proposées pour remplacer le terme "EDI". L'idée d'utiliser l'expression "commerce électronique", qui aurait l'avantage d'être suffisamment large pour englober toutes les techniques de communication existantes, a recueilli un certain appui. On a cependant fait observer que la référence à des techniques "électroniques" pourrait se révéler indûment restrictive, car l'évolution technique pourrait aboutir à la mise au point de moyens de transmission optiques ou d'autres moyens non électroniques. On a également proposé, et cette suggestion a recueilli un certain appui, d'introduire la notion d'"information numérique". On a cependant fait remarquer que cette notion pourrait se révéler indûment large, les communications téléphoniques pouvant également être définies comme la transmission d'une information numérique.

D'autres suggestions ont également recueilli un certain appui, notamment celles visant à adopter une formulation fondée sur l'expression "commerce sans papier" ou faisant allusion à la "dématérialisation" des données. Toutefois, on a fait remarquer que l'EDI, sous sa forme actuelle, n'entraînerait vraisemblablement pas la disparition totale des documents sur papier. D'une manière générale, on a estimé qu'il ne serait peut-être pas indiqué d'abandonner le terme "EDI", qui en était venu à désigner communément l'utilisation d'ordinateurs pour la transmission de données commerciales par la voie des télécommunications, indépendamment du point de savoir si des définitions techniques plus étroites de l'EDI étaient également utilisées.

2. Opérations nationales et internationales

21. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si les règles uniformes devaient avoir une portée limitée aux opérations internationales ou si elles devaient englober à la fois les opérations internationales et les opérations nationales.

22. Selon un point de vue, les règles uniformes ne devaient pas se limiter aux opérations internationales. Cela était notamment justifié par le fait que les considérations générales qui sous-tendaient l'établissement des règles uniformes et leur contenu étaient les mêmes pour les opérations internationales et les opérations nationales. En particulier, l'objet des règles uniformes était d'offrir une garantie juridique aux parties qui choisissaient d'enregistrer leurs opérations sous forme électronique, et il n'y avait aucune raison de limiter cette garantie aux enregistrements concernant le commerce international. Les entreprises qui recouraient à l'EDI employaient généralement le même matériel technique et les mêmes procédures pour créer, transmettre et stocker les informations dans le commerce interne et le commerce international; ces entreprises avaient ainsi intérêt à ce que toutes les informations soient traitées de la même manière. En outre, il serait difficile d'établir un critère clair et fonctionnel pour distinguer les opérations nationales des opérations internationales. On pouvait par exemple considérer un enregistrement EDI comme une opération interne s'il était produit, transmis et stocké dans un seul Etat; néanmoins, si cet enregistrement devait être pris en considération pour le règlement d'un litige dans un Etat étranger, l'inapplicabilité des règles uniformes pourrait entraîner des difficultés quant à son utilisation dans l'Etat en question. On a avancé que la coexistence de deux séries de règles pour le commerce électronique national et international entraverait le commerce international en suscitant des incertitudes profondes pour les usagers. On a ajouté que, si les règles uniformes se présentaient sous la forme d'une loi type, un Etat pourrait limiter l'applicabilité de certaines dispositions aux opérations internationales s'il le jugeait approprié.

23. Selon un autre point de vue, les règles uniformes devaient être limitées aux opérations internationales puisque leur objet était de faciliter le commerce international. On a fait valoir que les lois nationales sur certaines questions relatives à l'EDI (par exemple les questions relatives à la preuve) étaient trop diverses pour permettre une unification totale du droit et que les Etats seraient proba-

blement plus enclins à accepter des dispositions unifiées si celles-ci ne se substituaient pas entièrement aux règles régissant les relations internes. On a répondu à cela qu'il était peu probable qu'un conflit surgisse entre les règles uniformes et les réglementations nationales relatives à l'EDI interne puisqu'un petit nombre d'Etats seulement avaient élaboré des règles dans ce domaine. On a fait remarquer que, si les règles prenaient la forme d'une loi type traitant du commerce international, elles pourraient être appliquées au plan national si les Etats le souhaitaient.

24. Dans la mesure où il y avait convergence entre les principes législatifs qui sous-tendaient l'EDI international et ceux qui s'appliquaient aux opérations nationales, le Groupe de travail a provisoirement jugé plus prudent, une fois que les règles unifiées concernant l'EDI international seraient établies et qu'elles se seraient révélées satisfaisantes dans la pratique, de laisser aux Etats le soin d'étendre le régime unifié à l'EDI interne. On a fait valoir par ailleurs que la Commission mettait traditionnellement l'accent sur les règles qui facilitaient le commerce international et que le projet actuel devrait se conformer à cette tradition.

25. En ce qui concerne le critère employé pour la définition des opérations internationales, certains membres se sont déclarés favorables à une caractérisation fondée sur le fait que l'expéditeur et le destinataire du message se trouvaient dans des Etats différents. On pouvait également envisager une définition souple selon laquelle une opération serait considérée comme internationale si le message EDI ou son objet concernait plusieurs pays ou si le message EDI avait une incidence sur le commerce international; on a rappelé au Groupe de travail que certains Etats avaient adopté cette formule souple pour établir une distinction entre les arbitrages internationaux et les arbitrages nationaux.

Le message : objet principal des règles uniformes

26. Dans le cadre de la discussion consacrée à l'EDI national et international, le Groupe de travail a examiné la question de l'objet des règles uniformes. Il a été généralement convenu que c'étaient les messages EDI qui devaient constituer l'axe initial de ces règles et non les opérations ou les contrats qui résultaient de l'échange des messages EDI. Si les règles uniformes englobaient les opérations ou les contrats, cela entraînerait l'adoption de règles spéciales relatives aux contrats parallèlement au droit contractuel traditionnel, ce qui n'était pas souhaitable. On a néanmoins constaté que, dans la mesure où les règles uniformes traiteraient de l'utilisation de l'EDI pour la formation de contrats, il faudrait peut-être évoquer certains aspects des opérations auxquelles les messages étaient liés.

27. En ce qui concerne les messages EDI qui devaient constituer l'objet des règles uniformes, plusieurs suggestions ont été faites. Ces messages devaient être définis de façon très générale comme comprenant, outre les communications échangées entre les parties, les enregistrements établis par une partie mais qui n'étaient pas transmis à une autre partie, par exemple à cause d'une erreur ou d'une interruption des télécommunications ou parce que l'enregistrement devait être réservé à la partie qui l'avait créé.

On a suggéré que, comme la notion de message était plus générale, il valait peut-être mieux utiliser dans les règles uniformes le terme "enregistrement" qui englobait à la fois les messages et les données qui n'avaient pas été transmises par les parties.

28. En ce qui concerne les types de messages à inclure, on a fait valoir que les règles uniformes ne devaient pas simplement valider les messages EDI qui exprimaient une volonté chez les parties d'être liées mais qu'elles devaient englober des messages très divers pouvant prendre une signification juridique pour les parties. Il pouvait s'agir par exemple de communications précédant la signature de contrats, de diverses notifications ou demandes présentées durant l'exécution des contrats, et de demandes d'indemnisation résultant de la rupture de contrats.

3. Opérations impliquant des consommateurs

29. Le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble que les règles uniformes ne devraient pas traiter des questions spéciales ayant trait à la protection des consommateurs.

30. Selon une opinion, il pourrait être précisé dans les règles uniformes que celles-ci ne s'appliquent pas aux messages qui émanent d'une partie n'agissant pas dans le cadre d'une opération commerciale ou aux messages adressés à une personne qui ne concernent pas les opérations commerciales du destinataire.

31. Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, les règles uniformes devraient s'appliquer à tous les messages, y compris les messages émanant des consommateurs ou destinés à ceux-ci, mais il faudrait bien préciser qu'elles n'ont pas pour objet de déroger en aucune façon à la législation relative à la protection des consommateurs. On a signalé que les règles uniformes elles-mêmes auraient probablement pour effet d'améliorer la situation des consommateurs en introduisant une plus grande certitude juridique dans leurs opérations et qu'en plus de cet élément positif, elles devraient ouvrir la voie à une législation garantissant une protection spéciale aux consommateurs.

32. Selon les tenants de l'opinion qui a prévalu, les règles uniformes ne devraient pas définir les opérations-consommateurs. En effet, cela ne serait pas approprié puisqu'il avait été convenu que les règles uniformes seraient axées sur les messages ou enregistrements EDI et non pas sur les contrats ou autres obligations qui justifiaient l'envoi des messages ou le stockage des données. Sur le point de savoir s'il convenait d'indiquer dans le corps des règles uniformes ou dans une note de bas de page figurant dans le texte de celles-ci que des règles uniformes n'avaient pas pour objet de déroger en aucune façon à la législation relative à la protection des consommateurs, on a estimé dans l'ensemble qu'en l'absence d'une définition des opérations-consommateurs il serait préférable d'insérer une note de bas de page.

33. On a fait observer qu'il fallait être attentif au fait que les parties à une opération commerciale souhaiteraient probablement savoir avec un certain degré de certitude quand un message EDI ou une opération étaient régis par

une loi spéciale en matière de protection des consommateurs. On a également noté que des lois spéciales ayant trait aux consommateurs pouvaient non seulement conférer à ces derniers des droits spéciaux, mais également leur imposer des obligations ou règles spéciales de comportement.

B. Forme des règles uniformes

34. Le Groupe de travail a convenu de partir de l'hypothèse de travail que les règles uniformes devraient revêtir la forme de dispositions légales. Il a cependant différé sa décision finale quant à la forme concrète que ces dispositions légales devraient revêtir.

III. DÉFINITIONS ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES

A. Définitions

1. Parties à une opération d'EDI

35. Les règles uniformes devant être axées sur les messages EDI, on a estimé qu'elles devraient peut-être contenir une définition de l'expéditeur et du destinataire du message et, selon la teneur des règles à élaborer, éventuellement aussi d'autres parties, telle la partie qui a créé ou stocké un message ou la tierce partie qui a fourni, en ce qui concerne le message, des services représentant une valeur ajoutée. S'agissant des fournisseurs de services tiers, on a fait observer qu'eu égard à la grande diversité des services qu'ils offraient toute définition de ces fournisseurs ne pourrait être que très générale, ce qui réduirait son utilité.

2. EDI, message EDI et autres termes

36. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait reporté sa décision quant à la définition de l'EDI (voir par. 18 ci-dessus). Il a également estimé qu'il faudrait peut-être envisager en temps opportun d'introduire dans les règles uniformes la définition d'autres termes.

B. Dispositions générales

1. Autonomie des parties en vertu des règles uniformes

37. Le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble que les règles uniformes devraient reconnaître en général l'autonomie des parties. Toutefois, eu égard à la politique des gouvernements et à la nécessité de veiller à l'équité des relations dans l'EDI, le Groupe de travail a également convenu d'examiner la nécessité, lorsqu'il formulerait les dispositions des règles uniformes, de limiter la liberté des parties de déroger par convention à une disposition. On a fait observer que, dans la mesure où les règles uniformes traiteraient des relations entre les réseaux EDI et les utilisateurs de leurs services, il pourrait se révéler nécessaire de protéger les intérêts des parties se trouvant dans une position de négociation moins favorable.

2. Interprétation des règles uniformes

38. Le Groupe de travail a examiné le point de savoir s'il fallait insérer dans les règles uniformes une règle, calquée sur l'alinéa 1 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée Convention des Nations Unies sur les ventes), prévoyant qu'il faudrait tenir compte, dans l'interprétation des règles uniformes, de leur caractère international et de la nécessité d'en promouvoir une application uniforme, et une règle, calquée sur l'alinéa 2 de l'article 7 de ladite Convention, prévoyant que les questions concernant les matières régies par les règles uniformes et qui n'étaient pas expressément tranchées par elles devraient être réglées selon les principes généraux dont elles s'inspiraient.

39. Selon certains, des dispositions calquées sur l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes pourraient être utiles si les règles uniformes devaient revêtir la forme d'une convention. En revanche, au cas où elles prendraient la forme d'une loi type, l'idée de ne pas insérer de telles dispositions a reçu un appui considérable. On a dit qu'une loi type exigeait une certaine souplesse dans l'application de ses dispositions et que ces règles d'interprétation seraient incompatibles avec une telle souplesse.

40. Selon une autre opinion, une loi type dans le domaine de l'EDI ayant pour objectif d'unifier et d'harmoniser les lois nationales, il conviendrait, pour souligner cet objectif, de rappeler aux utilisateurs des lois fondées sur la loi type le caractère international de celle-ci et la nécessité d'en promouvoir une interprétation uniforme. On a ajouté que le libellé de la règle d'interprétation pourrait être conçu de façon à ne pas exclure la possibilité pour un Etat de déroger à la loi type.

41. Le Groupe de travail a également examiné le point de savoir si les règles uniformes devaient prévoir des normes pour l'interprétation des actes ou déclarations des participants à l'EDI. Il a examiné les normes proposées ci-après, conçues sur le modèle de l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur les ventes : 1) l'intention de la partie, lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention; 2) le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie aurait donné à cette déclaration dans les mêmes circonstances.

42. Pour justifier l'opposition à l'insertion de telles normes d'interprétation dans les règles uniformes, on a fait valoir que leur application susciterait des difficultés et des incertitudes. En particulier, une règle relative à l'interprétation de l'intention d'une partie pouvait susciter des difficultés lorsque l'intention était exprimée par l'intermédiaire d'un ordinateur ou d'un autre dispositif automatique dont le fonctionnement n'était pas tributaire d'une intervention directe de l'homme. Selon d'autres opinions, le Groupe de travail devrait examiner pareilles normes d'interprétation ultérieurement, si l'on décidait que les règles uniformes doivent aborder la question de la formation des contrats par l'intermédiaire de l'EDI.

3. Arbitrage et conflits de lois

43. Le Groupe de travail a convenu de réexaminer ces questions à un stade plus avancé de ses discussions.

IV. CONDITIONS DE FORME

A. Observations préliminaires

44. Avant d'entamer une discussion générale quant à la manière dont les conditions de forme applicables pourraient être rendues compatibles avec l'EDI, le Groupe de travail a examiné différentes questions susceptibles d'avoir des incidences sur la portée des règles uniformes.

1. Relations entre les usagers de l'EDI et les autorités publiques

45. Le Groupe de travail a examiné la possibilité d'établir une distinction entre l'admissibilité des messages EDI dans une procédure d'arbitrage commercial ou une procédure judiciaire et l'acceptation et l'utilisation de ces messages par des autorités administratives.

46. En faveur de l'adoption d'une telle distinction, l'avis a été exprimé que les règles uniformes ne devraient pas traiter des conditions de forme obligatoires qui pourraient être imposées aux sociétés et aux particuliers au regard des règlements administratifs ou des lois (par exemple des lois fiscales ou des lois sur les opérations de bourse, des lois sur la supervision des opérations bancaires, etc.). Il a été rappelé qu'à sa précédente session le Groupe de travail avait décidé qu'il ne serait pas approprié, dans le cadre du programme d'activité de la Commission, de recommander des modifications des règles administratives à l'échelon national. Dans le même temps, il avait été noté que des recommandations visant à surmonter les obstacles à l'utilisation de l'EDI à l'échelon international pourraient contribuer à faciliter la suppression de ces obstacles dans le domaine administratif (A/CN.9/360, par. 52).

47. Selon un autre point de vue, il ne serait pas approprié d'établir une distinction de portée générale entre les conditions de forme régissant l'admissibilité des messages EDI dans une procédure d'arbitrage commercial ou une procédure judiciaire et les conditions de forme applicables à l'acceptation et à l'utilisation de ces messages dans le domaine administratif. Il a été déclaré que, dans un certain nombre de cas, les deux types de conditions visaient les mêmes objectifs. Par exemple, les exigences concernant l'utilisation par les autorités publiques d'enregistrements informatiques comme moyens de preuve à des fins comptables et fiscales ne devraient pas être artificiellement dissociées des exigences concernant l'acceptabilité des enregistrements informatiques comme moyens de preuve par les tribunaux. Il a été déclaré que, conformément à l'"approche fonctionnelle" sur laquelle le Groupe de travail s'était mis d'accord lors de sa précédente session, les règles uniformes devraient définir les conditions dans lesquelles on pourrait en toute sécurité utiliser des données informatisées à la place de données sur papier. A cet égard, il ne semblait pas y avoir de difficulté à reconnaître qu'un tel équivalent fonctionnel de l'écrit pourrait être utilisé non seulement entre les usagers privés de l'EDI ainsi qu'en cas de litige, mais également dans les relations entre les usagers de l'EDI et les autorités publiques.

48. Après avoir examiné la question, le Groupe de travail a estimé que les diverses vues exprimées n'étaient pas

incompatibles. Il a été convenu que, si les règles uniformes ne devaient pas traiter expressément des situations dans lesquelles une condition de forme était prescrite par une autorité administrative pour des raisons de politique générale, en revanche, le domaine des relations entre les usagers de l'EDI et les pouvoirs publics ne devrait pas être exclu du champ d'application des règles uniformes. Toutefois, il a également été convenu que l'adoption d'une telle approche intégrée de l'admissibilité des données informatisées en tant que moyens de preuve ne devrait pas engendrer la présomption selon laquelle les autorités publiques appliqueraient et exploiteraient les technologies EDI si leur coût devait être supérieur aux fonds qu'ils étaient disposés à déboursier.

2. Opérations faisant intervenir des conditions de forme particulières

49. Le Groupe de travail a convenu que les règles uniformes n'avaient pas pour objet de traiter des opérations pour lesquelles, dans divers pays, une certaine forme d'authentification ou d'immatriculation était requise. Il pouvait s'agir par exemple des opérations suivantes : vente de biens immobiliers ou de biens mobiliers immatriculés tels que des aéronefs et navires. Il a été entendu que les règles uniformes devraient mettre l'accent sur les relations commerciales concernant l'échange de biens et de services.

B. Equivalent fonctionnel de l'"écrit"

1. L'exigence légale de l'écrit

50. Le Groupe de travail a estimé qu'il conviendrait d'adopter une approche "fondée sur l'équivalence fonctionnelle" en ce qui concerne l'exigence faisant obligation à l'heure actuelle de présenter les données par écrit. La vue a été exprimée que le Groupe de travail devrait définir les fonctions essentielles traditionnellement assurées par l'écrit, en vue d'établir les conditions dans lesquelles les messages EDI seraient réputés remplir ces fonctions et se verraient donc reconnaître la même valeur légale que les documents écrits.

51. Il a été rappelé qu'à sa précédente session le Groupe de travail avait estimé que l'écrit avait les fonctions suivantes : 1) fournir un document lisible par tous; 2) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace d'une opération; 3) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte; 4) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; et 5) assurer que le document se présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux (A/CN.9/360, par. 42). En outre, on avait suggéré que l'écrit pouvait également remplir les fonctions suivantes : 6) consigner l'intention de l'auteur de l'écrit et conserver la trace de cette intention; 7) permettre un stockage aisé des données sous une forme tangible; 8) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles; 9) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des

fins comptables, fiscales ou réglementaires; et 11) établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un écrit était requis aux fins de validité.

52. Etant donné les suggestions susmentionnées, une mise en garde a été lancée contre l'adoption d'une conception excessivement vaste des fonctions remplies par l'écrit. Il a été déclaré que l'exigence actuelle selon laquelle les données devaient être présentées par écrit, tout en ne mettant généralement pas l'accent sur les fonctions devant être assurées par l'écrit, combinait souvent l'exigence de l'écrit avec des concepts qui en étaient distincts comme, par exemple, la signature. On s'est généralement accordé à reconnaître que, si l'on adoptait une approche fonctionnelle, il faudrait garder à l'esprit que l'exigence de l'écrit devait être considérée comme la strate inférieure de la hiérarchie des conditions de forme, qui prévoyait des niveaux distincts de fiabilité, de matérialité et d'inaltérabilité des documents écrits. L'exigence selon laquelle les données doivent être présentées par écrit (décrite comme l'"exigence minimum") ne devait donc pas être confondue avec des exigences plus strictes comme la production d'un "écrit signé", d'un "original signé" ou d'un "acte légal authentifié". Par exemple, un document écrit qui ne serait ni daté ni signé, et dont l'auteur ne serait pas identifié dans le document écrit ou ne serait identifié que par un simple en-tête, serait considéré comme un écrit quand bien même il n'aurait peut-être qu'une force probante négligeable en l'absence d'autres éléments de preuve (par exemple un témoignage) quant à l'auteur du document. On a aussi noté que la notion d'inaltérabilité ne devait pas être considérée comme inhérente à celle d'écrit, en tant que condition absolue, car un document écrit au crayon pourrait néanmoins être considéré comme un écrit selon certaines définitions légales. En règle générale, on a jugé que des notions telles que "élément de preuve" et "intention manifestée par les parties de se lier entre elles" devraient être rattachées aux questions de nature plus générale concernant la fiabilité et l'authentification des données et ne devraient pas intervenir dans la définition d'un "écrit". En outre, on s'est demandé si les règles uniformes devraient être axées sur l'"intention" des parties. On a également estimé, dans l'ensemble, qu'il fallait établir une distinction entre, d'une part, l'acceptabilité des données en tant qu'éléments de preuve et, d'autre part, la force probante de ces données ou la valeur de preuve s'y attachant.

53. A ce propos, il a été noté que certaines techniques électroniques pouvaient remplir certaines fonctions assurées par les documents sur support papier avec une plus grande fiabilité et rapidité, notamment en ce qui concerne l'identification de la source et le contenu des données. Néanmoins, on a généralement admis que l'adoption de l'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle ne devrait pas avoir pour conséquence d'imposer aux usagers de l'EDI des normes de sécurité plus strictes (avec l'augmentation des coûts qui en résulterait) que pour les supports papier.

54. Au sujet de la méthode à suivre pour définir l'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle pour les documents sur support papier, deux propositions ont été faites. L'une d'elles consistait à élargir la définition de l'"écrit" aux techniques EDI. Il a été proposé que la définition suivante de l'écrit serve de base aux discussions :

"Par «écrit», on désigne notamment les télégrammes, messages télex ou autres moyens de communication qui assurent la préservation des renseignements y figurant et peuvent être reproduits sous une forme tangible."

55. Cette définition, qui a été accueillie favorablement, pourrait éventuellement être affinée en y ajoutant la possibilité de reproduire les données sous une forme lisible par l'homme ou sous toute autre forme requise par la loi applicable.

56. Toutefois, l'opinion a été exprimée qu'il ne serait pas approprié d'adopter pour l'usage général une définition de l'écrit qui serait trop large par rapport à ce que l'on entend généralement par "écrit". L'adoption d'une définition élargie pourrait ainsi avoir pour conséquence fâcheuse de valider la dématérialisation des instruments pour lesquels les Etats désireraient peut-être maintenir le support papier. Des exemples ont été donnés sur l'utilisation du papier pour l'émission de chèques et de titres. Il a donc été proposé d'examiner plusieurs définitions au cas par cas en fonction des différentes situations où la présentation de données sous forme écrite est requise par la loi. Il a été noté qu'une telle démarche pourrait susciter des difficultés pratiques en raison du grand nombre de cas à considérer.

57. Une autre solution consisterait à élaborer une nouvelle définition qui énoncerait les conditions à remplir, lorsque la loi exige de présenter un document écrit, pour que cette exigence puisse être considérée comme satisfaite. Le texte suivant a été proposé :

"Dans les situations juridiques où un «écrit» est requis, on doit entendre par écrit toute inscription sur un support quelconque apte à transmettre dans leur intégralité les informations contenues dans l'inscription, qui doivent pouvoir être reproduites sous une forme lisible par l'homme."

58. Cette proposition a été accueillie favorablement. Il a toutefois été proposé de l'affiner en ajoutant que les données devraient être enregistrées ou transmises intentionnellement. Il a également été proposé que la référence à "un support quelconque" soit interprétée comme excluant le papier et qu'il soit stipulé que les systèmes informatiques concernés devraient être entretenus de manière adéquate.

59. Selon une autre proposition, il faudrait disposer que, sauf convention contraire des parties, toute forme d'enregistrement électronique d'une information serait réputée être un équivalent fonctionnel de l'écrit, à condition qu'elle puisse être reproduite sous une forme visible et intelligible (ou tangible et lisible) et qu'elle puisse être préservée en tant qu'enregistrement.

60. Une autre proposition a été formulée en vue d'adopter les dispositions suivantes :

"1. Aux fins du présent article, les expressions ci-après ont le sens suivant :

a) «Système d'information» : un ordinateur ou tout autre procédé technique par lequel l'information peut être enregistrée, traitée ou communiquée;

b) «Emetteur originaire» : la personne par laquelle l'enregistrement des informations est authentifié ou, lorsque cet enregistrement n'est pas authentifié,

- i) Dans le cas d'un enregistrement établi pour le compte d'une autre personne, la personne pour le compte de laquelle l'enregistrement a été établi;
 - ii) Dans tout autre cas, la personne par laquelle l'enregistrement a été établi; et
- c) «Règle de droit pertinente»: toute règle de droit (y compris une disposition contractuelle) qui
- i) Règle les modes de communication entre personnes de différents pays, la nature de l'enregistrement de ces communications ou les conditions dans lesquelles cet enregistrement peut être conservé; ou
 - ii) Stipule certaines conséquences découlant du mode de communication, la nature de l'enregistrement ou les conditions dans lesquelles cet enregistrement est conservé.
2. S'agissant d'une quelconque règle de droit exigeant un document écrit ou un document écrit portant une signature manuscrite (ou authentifié d'une autre manière), ou qui stipule certaines conséquences découlant de l'existence de ce document, un enregistrement qui, bien que n'étant pas un écrit et ne portant pas de signature manuscrite, se présente comme étant une représentation fidèle et complète des informations contenues dans le document écrit (s'il existe), sera suffisant si les conditions énumérées au paragraphe 3 ci-dessous sont remplies.
3. Les conditions visées au paragraphe 2 ci-dessus sont les suivantes :
- a) L'émetteur originaire de toutes les informations qui composent l'enregistrement est la personne par laquelle le document écrit aurait été authentifié ou par laquelle ou au nom de laquelle le document écrit aurait été composé;
 - b) L'identité de l'émetteur originaire de l'information est dûment authentifiée;
 - c) L'information qui compose l'enregistrement est enregistrée et stockée dans un système informatique qui :
 - i) Enregistre la date à laquelle et l'ordre dans lequel il consigne l'information;
 - ii) Est capable de produire un relevé lisible indiquant la date et l'ordre de l'enregistrement; et
 - iii) Fonctionne correctement au moment où l'information est censée avoir été enregistrée et stockée;
 - d) Le relevé lisible de la date à laquelle et de l'ordre dans lequel l'information a été enregistrée :
 - i) Est certifié par la personne responsable de la production du relevé comme indiquant avec exactitude la date et l'ordre consignés par le système informatique; et
 - ii) Correspond à l'heure à laquelle le document écrit, auquel l'enregistrement est censé correspondre, aurait été créé ou (si elle est ultérieure) signé ou authentifié;
 - e) Toute les mesures voulues ont été prises par l'émetteur originaire de l'information et la ou les per-

sonnes responsables du fonctionnement du système informatique où celle-ci est enregistrée pour s'assurer que l'information n'a à aucun moment pu être altérée lors de la transmission ou de l'enregistrement ou bien ultérieurement; et

f) Le système informatique qui a enregistré l'information est capable de produire un relevé lisible de l'information contenue dans l'enregistrement, authentifiant l'identité de l'émetteur originaire de l'information.

4. Aux fins de l'alinéa b du paragraphe 3 ci-dessus, l'identité de l'émetteur originaire de l'information est dûment authentifiée si les procédures d'authentification permettent d'établir dans ces circonstances que l'authentification est absolument ou essentiellement fiable.

5. Lorsqu'une règle de droit mentionnée au paragraphe 2 ci-dessus découle uniquement d'une disposition contractuelle, les parties au contrat peuvent s'accorder sur une méthode d'authentification différente de celle visée au paragraphe 4 ci-dessus, aux fins de leurs rapports juridiques mutuels.

6. Aux fins de l'alinéa c iii du paragraphe 3 ci-dessus, le système informatique est présumé, sauf preuve du contraire, avoir fonctionné correctement au moment de l'enregistrement.

7. Sous réserve des paragraphes précédents, aux fins de toute règle de droit qui impose que l'information soit communiquée ou enregistrée sous une forme lisible ou prévoit certaines conséquences liées à la communication ou à l'enregistrement de l'information sous une telle forme, il suffit qu'un relevé lisible de l'information puisse être produit par le système informatique auquel l'information a été communiquée ou par lequel celle-ci a été enregistrée.

8. Le présent article n'a pas d'incidence sur une quelconque règle de droit :

- a) Portant sur la création ou l'aliénation d'un titre quelconque de propriété (meuble ou immeuble, tangible ou intangible) ou d'un intérêt y afférent; ou
- b) Imposant ou prévoyant certaines conséquences liées au respect de formalités autres que celles visées au paragraphe 1 ci-dessus."

61. La formule retenue dans cette proposition, selon laquelle, plutôt que de tenter de donner une définition générale de l'écrit, les règles uniformes décriraient les conditions nécessaires pour que les données informatiques aient une valeur légale, a été favorablement accueillie. On a toutefois fait valoir que les définitions étaient trop complexes et traitaient de questions sortant du cadre de la définition de l'équivalent fonctionnel de l'écrit". L'avis a également été exprimé que la proposition imposerait des conditions trop strictes qui risqueraient d'entraver l'utilisation de l'EDI. Il a été déclaré que la disposition définissant l'équivalent fonctionnel de l'écrit" devait être concise et que les règles supplémentaires concernant la force probante et l'admissibilité des messages EDI devaient faire l'objet d'autres dispositions des règles uniformes.

2. Définition contractuelle de l'écrit

62. On s'est généralement accordé à penser que les règles uniformes devraient contenir une disposition visant à éliminer les doutes pouvant subsister dans certains systèmes juridiques quant à la validité de définitions de l'écrit convenues par les parties. Toutefois, il a également été convenu que cette validation des accords privés devrait être rédigée de telle sorte que les Etats puissent limiter la liberté donnée aux parties pour certains types particuliers de documents. D'aucuns ont également estimé que, puisque le but des règles uniformes était d'établir des règles légales validant l'utilisation de l'EDI, les définitions de l'"écrit" convenues entre les parties prèdraient de leur utilité avec l'adoption des règles uniformes.

C. Authentification des messages EDI

63. Afin de déterminer s'il était possible de trouver un équivalent fonctionnel de la "signature" pour les messages EDI, le Groupe de travail a passé en revue les fonctions remplies par la signature dans les échanges sur papier. Il est dans l'ensemble convenu que la signature manuscrite remplissait notamment les fonctions suivantes : identifier une personne; apporter la certitude de la participation personnelle de cette personne à l'acte de signer; associer cette personne à la teneur d'un document. On a noté que la signature pouvait en outre remplir diverses autres fonctions, selon la nature du document. Par exemple, elle pouvait attester l'intention d'une partie d'être liée par le contrat qu'elle avait signé; l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte; l'intention d'une personne de s'associer à la teneur d'un document écrit par quelqu'un d'autre; le fait qu'une personne s'était rendue en un lieu donné, à une heure donnée.

64. On a noté qu'outre la signature manuscrite traditionnelle, il existait divers types de procédures, parfois aussi appelées "signatures", qui apportaient divers degrés de certitude : par exemple, dans certains pays, au-dessus d'un certain montant, les contrats de vente de marchandises devaient être "signés" pour que leur exécution puisse être exigée en justice. Toutefois, dans ce contexte, la notion de signature était élargie de sorte qu'un cachet, une signature dactylographiée ou un en-tête pouvaient suffire pour satisfaire à cette règle. A l'autre extrême, il existait des cas où était exigée, en sus de la signature manuscrite traditionnelle, une procédure de sécurité comme la certification de la signature par des témoins.

65. On a émis l'avis qu'il pourrait être souhaitable de mettre au point des équivalents fonctionnels des divers types et niveaux de signature actuellement utilisés. De la sorte, la certitude quant au degré de reconnaissance juridique pouvant être escompté des divers types d'authentification utilisés dans les échanges de données informatisées à la place des "signatures" s'en trouverait renforcée. Toutefois, une bonne partie des participants a estimé que, la notion de signature étant intimement liée au support papier, il n'y avait peut-être pas de solutions techniques permettant de retrouver dans un contexte sans support matériel l'équivalent de tous les types et de toutes les utilisations actuels de la "signature". On a de plus fait

observer qu'en cherchant à réglementer les normes et procédures à utiliser pour remplacer tels ou tels types de "signatures", on risquait de voir les règles uniformes bientôt dépassées par l'évolution des techniques.

66. Comme autre solution, on a suggéré d'inclure dans les règles uniformes une disposition qui énoncerait les conditions générales dans lesquelles les messages EDI seraient réputés authentifiés avec suffisamment de crédibilité et seraient opposables au vu des exigences en matière de signature entravant actuellement le commerce électronique. Diverses suggestions ont été faites quant aux éventuelles distinctions à ne pas oublier lorsqu'on élaborerait une telle disposition générale. Il a en outre été proposé que le Groupe de travail traite séparément de la question de l'authentification et de celle de la signature.

67. On a notamment suggéré de distinguer les situations dans lesquelles les parties à une opération d'EDI étaient liées par un accord de communication de celles dans lesquelles les parties n'avaient aucune relation contractuelle préalable concernant le recours à l'EDI. Dans le premier cas, les messages seraient considérés comme authentiques dès lors que les parties seraient convenues d'une méthode d'authentification commercialement raisonnable et qu'elles s'y seraient conformées. Dans le deuxième cas, le message serait considéré comme authentique dès lors qu'il aurait été authentifié par une méthode commercialement raisonnable eu égard aux circonstances. Pour déterminer si une méthode d'authentification était commercialement raisonnable, il faudrait notamment prendre en compte les facteurs ci-après : 1) le statut et la taille économique relative des parties; 2) la nature de leur activité commerciale; 3) la fréquence avec laquelle elles effectuaient entre elles des opérations commerciales; 4) la nature et l'ampleur de l'opération; 5) le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné; 6) la capacité des systèmes de communication; 7) les procédures d'authentification proposées par les opérateurs des systèmes de communication; et 8) tout autre facteur pertinent.

68. Des participants se sont prononcés en faveur de cette suggestion qui, selon eux, avait le mérite d'offrir des critères d'authentification suffisamment souples pour satisfaire les besoins des usagers. On a toutefois objecté qu'il ne fallait pas restreindre la liberté contractuelle des parties de convenir de n'importe quelle méthode d'authentification, même si la méthode convenue pouvait être jugée déraisonnable au regard de critères objectifs. On a également émis l'avis que, dans la pratique, la question de l'authentification s'inscrivait généralement dans le cadre de la relation entre les parties à une opération d'EDI et des prestataires de services tiers qui mettaient divers niveaux possibles d'authentification à la disposition de celles-ci. On a répliqué que la notion d'authentification "commerciale-ment raisonnable" était utile en ce qu'elle fournissait une norme minimale d'authentification à satisfaire en l'absence d'autres exigences résultant de dispositions contractuelles ou de textes réglementaires. Dans le même temps, on a exprimé l'avis qu'une telle norme minimale devait laisser les Etats libres de rendre obligatoires certaines conditions de forme pour tel ou tel type d'opération.

69. Pour ce qui est de la référence à une authentification "commerciale-ment raisonnable", des exemples ont été

donnés de situations (impliquant soit des partenaires commerciaux ayant une relation commerciale suivie, soit des parties n'ayant aucune relation contractuelle préalable) dans lesquelles les méthodes d'authentification utilisées dans la pratique pourraient être jugées déraisonnables d'un point de vue objectif. On a noté que, de même, s'agissant des échanges sur papier, certaines méthodes d'authentification actuellement utilisées pourraient être considérées comme déraisonnables d'un point de vue commercial. On a émis l'avis que si elles devaient encourager l'utilisation généralisée de procédures d'authentification pour l'échange de données informatisées, les règles uniformes devaient éviter de poser, en matière d'authentification, des règles plus strictes que pour les échanges sur papier.

70. L'objectivité d'un critère faisant appel à la notion d'authentification "commercialement raisonnable" a également été contestée. On a déclaré que le recours à cette notion risquait d'accroître l'incertitude quant aux méthodes d'authentification qui seraient considérées comme acceptables dans une juridiction donnée. On a en outre fait valoir que le mot "commercialement" risquait d'établir abusivement une dichotomie entre les utilisations "commerciales" de l'EDI et d'autres utilisations professionnelles faites de l'EDI par des parties qui, dans certaines juridictions, ne seraient pas considérées comme exerçant une activité "commerciale" (par exemple certaines catégories de professions libérales).

71. Après délibération, le Groupe de travail est généralement convenu qu'un message devant être authentifié ne devait pas se voir refuser valeur légale du simple fait qu'il n'était pas authentifié ou qu'il n'était pas authentifié de la manière voulue pour les documents sur papier. Pour ce qui est des questions de preuve, le Groupe de travail est également convenu que la force probante d'un message pourrait être fonction non seulement de l'utilisation de telle ou telle méthode d'authentification, mais également d'autres éléments (par exemple la preuve testimoniale).

72. On a émis l'avis qu'il serait utile de fixer une norme minimale d'authentification pour les messages EDI qui pourraient être échangés en l'absence de relations contractuelles préalables. On a également déclaré que même si les parties pratiquaient l'EDI dans le cadre d'un accord de communication, il pourrait être utile que les règles uniformes donnent une indication de ce qui pourrait constituer une méthode appropriée d'authentification. Selon un autre point de vue, toutefois, la question de l'authentification devait être laissée entièrement à la discrétion des parties.

73. Divers avis ont été émis sur le point de savoir si les règles uniformes devraient énoncer les conséquences de l'adoption de la forme d'authentification prescrite ou convenue. Selon un avis, si une méthode raisonnable d'authentification avait été appliquée, le message serait considéré comme liant l'expéditeur présumé. Selon un autre avis, l'authentification d'un message vaudrait, à moins que les parties n'en aient convenu ou que la loi n'en dispose autrement, présomption sauf preuve contraire de l'authenticité de sa teneur. On a objecté que de telles solutions risquaient d'imposer une charge excessive à l'expéditeur présumé d'un message qui ne devait ni être lié par le

contenu d'un message falsifié ni être tenu de rapporter la preuve que le message n'émanait pas de lui.

74. On a fait observer qu'il pourrait être utile, lors de l'élaboration de règles uniformes sur la question de l'authentification, de ne pas perdre de vue la distinction entre l'authentification d'un message pour ce qui est de sa source (c'est-à-dire l'identité de l'expéditeur) et pour ce qui est de sa teneur.

75. Diverses suggestions ont été faites en ce qui concerne la définition de l'"authentification", notamment "le procédé d'attestation de la source et de la teneur du message" et "le procédé par lequel une intention est consignée dans un message".

76. La disposition suivante a également été proposée :

"1. Lorsque la signature d'une personne est requise aux fins d'une règle de droit, toute méthode d'identification supposée avoir été utilisée par cette personne ou au nom de cette personne constitue une authentification suffisante à cette fin en lieu et place de la signature si elle est suffisante pour constituer une preuve substantielle du fait que cette personne avait l'intention d'approuver la teneur de l'information ayant fait l'objet de l'authentification.

2. Lorsque la signature d'une personne est requise à des fins autres que celles d'une règle de droit (qu'elle soit ou non requise par un accord), toute méthode d'authentification supposée avoir été utilisée par cette personne ou au nom de cette personne en lieu et place de la signature est considérée comme une authentification suffisante à cette fin si elle peut constituer une preuve suffisante, dans toutes les circonstances se rattachant à l'enregistrement ou à la communication de l'information ayant fait l'objet de l'authentification, du fait que la personne avait l'intention d'approuver la teneur de cette information.

3. L'application du paragraphe 2 ci-dessus peut être exclue par tout engagement ou accord ayant valeur légale."

Selon un avis, cette proposition ne traitait pas des conditions de forme liées à la signature.

D. Exigence d'un original

1. *Equivalent fonctionnel*

77. Le Groupe de travail a noté qu'un certain nombre de législations nationales exigeaient, dans différents contextes, la présentation d'un original sur papier et que de telles règles faisaient obstacle au recours à l'EDI.

78. Durant l'examen des solutions possibles pour lever cet obstacle, le Groupe de travail a établi une distinction entre deux types d'exigences d'un original. Dans le premier type entrent les règles de la preuve selon lesquelles lorsqu'un écrit devait être produit à l'appui d'une prétention, le document original était exigé car il constituait la meilleure preuve ainsi que les règles concernant certains documents (par exemple, les factures) qui, pour des raisons

de contrôle administratif, devaient être conservés et présentés sous leur forme originale. Le second type concernait des documents qui attestaient un droit ou un titre (par exemple les connaissements, les récépissés d'entrepôt et les effets de commerce); pour obtenir ou transférer le droit ou titre attesté par ces documents, il était nécessaire d'obtenir ou de transférer la possession d'un document original.

79. Le Groupe de travail est convenu que ces deux types d'exigences opposaient des obstacles de type différent au recours à l'EDI et que toutes dispositions législatives devaient traiter ces obstacles séparément. Le Groupe de travail a axé son débat sur le premier type d'exigence. Pour ce qui est du second type, il fallait étudier plus avant la question pour déterminer si des dispositions législatives étaient nécessaires et quelles solutions elles pourraient apporter.

80. On a proposé de régler la question de l'original au moyen d'une disposition allant dans le sens de la disposition ci-après :

“Un message émis par des moyens électroniques sur un support quelconque sera considéré comme un original doté de la même valeur probante que s'il était rédigé sur papier si les conditions suivantes sont respectées : la qualité d'original est attribuée au message par l'émetteur originaire de l'information; le message est signé et horodaté; il est accepté comme original de façon implicite ou explicite par l'accusé de réception du destinataire.”

81. Diverses observations ont été faites concernant la disposition proposée. On a notamment fait remarquer que sa portée se limitait aux messages et qu'il faudrait l'élargir de façon à englober les enregistrements, que les parties se soient ou non communiqué un enregistrement.

82. On a noté qu'il était préférable de ne pas lier la disposition à telle ou telle technique ou tel ou tel moyen, mais on a néanmoins estimé que l'expression “sur un support quelconque”, qui pouvait englober par exemple les messages adressés par téléphone, avait une portée trop large.

83. A propos de l'exigence de la “signature”, on a fait observer que la technique de la “signature” d'enregistrements informatiques était fondamentalement différente de celle de la signature de documents sur support papier, que le degré de sécurité apporté par une authentification informatique dépendait de la méthode utilisée et que la disposition ne donnait aucune indication quant au degré de sécurité que devait apporter l'authentification informatique. On a fait observer que certaines formes de ce dernier type d'authentification apportaient au moins la même, sinon une meilleure, sécurité que les signatures sur support papier.

84. On a noté que le texte proposé ne résolvait pas la question de savoir quand et comment il serait indiqué qu'on avait affaire à un original, en particulier dans la situation où le message ou l'enregistrement était par la suite modifié et où seule la version modifiée était désignée comme original.

85. On a également déclaré qu'il ne fallait pas confondre le fait pour le destinataire d'“accuser réception” du message et de souscrire à son contenu. On a émis l'avis

qu'il serait plus clair, au lieu de parler d'accusé de réception, de dire que le destinataire reconnaissait le caractère original du message. Selon une autre opinion, la reconnaissance juridique d'un message EDI comme étant l'équivalent d'un original papier ne devait pas être dans tous les cas subordonnée à l'acceptation du destinataire.

86. On a également fait observer que la condition énoncée dans la disposition proposée était plus contraignante que celles imposées pour les communications sur papier, car elle exigeait les équivalents fonctionnels de la signature, une indication de l'heure et de la date, un accusé de réception et la qualité d'original.

87. On a émis l'avis que la notion d'original ne valait que pour les documents traditionnels sur support papier et qu'étant donné la façon dont les enregistrements informatiques étaient créés, conservés et communiqués, on ne pouvait pas parler d'original. Cela étant, les règles uniformes devraient, au lieu de poser la fiction d'un enregistrement informatique qui devrait être considéré comme un original, disposer que dans les cas où la loi exigeait la présentation d'un original, cette exigence était satisfaite si certaines conditions étaient remplies. Une autre solution, qui a été suggérée, consisterait à disposer que les enregistrements EDI ne devaient pas être exclus comme modes de preuve du simple fait que la production d'un original était exigée. On a fait observer qu'une telle disposition, qui réglait le problème de l'admissibilité des enregistrements informatiques, laisserait entier celui de la force probante de ces enregistrements.

88. On a fait valoir que si un original était exigé c'était pour avoir l'assurance que les informations figurant sur le document étaient fiables et que, dès lors qu'on prévoyait d'admettre un équivalent fonctionnel de l'original, il fallait également traiter de la question de la fiabilité et de la gestion du système informatique utilisé pour créer ou communiquer le message. A cet égard, on a suggéré d'inclure dans les règles uniformes une disposition prévoyant que la règle de l'original serait satisfaite si les conditions ci-après étaient réunies : a) l'auteur du message pouvait être identifié de façon fiable, et b) on pouvait avoir l'assurance que le message reçu était bien le message qui avait été adressé.

89. On a fait observer que, s'agissant des communications sur support papier, certaines législations nationales acceptaient également les documents non signés et non datés. En posant de telles conditions pour les messages EDI, on risquait donc d'imposer des charges supplémentaires et superflues aux participants à ce mode de communication.

90. On a fait observer que, dans la pratique, les parties pouvaient authentifier et désigner comme originaux plusieurs exemplaires d'un document et qu'il serait utile de prévoir une pratique analogue pour l'EDI. Il a été déclaré que l'original était en général le premier enregistrement dans le temps et que le premier enregistrement dont on pouvait attendre raisonnablement qu'il soit disponible dans le cas de l'EDI devrait satisfaire aux critères d'originalité.

91. La disposition suivante a également été proposée :

“1. Lorsqu'il est nécessaire aux fins de toute règle de droit ou à des fins de preuve qu'un enregistrement soit un document original,

a) Lorsqu'il existe deux enregistrements contenant des informations identiques et authentifiés comme il convient par la même personne, l'enregistrement créé et authentifié en premier est présumé être l'enregistrement pertinent; et

b) Lorsqu'il existe deux enregistrements authentifiés par la même personne mais contenant des informations qui diffèrent de quelque manière que ce soit, chacun est présumé être un enregistrement pertinent de l'information qu'il contient.

2. Un enregistrement pertinent aux fins du paragraphe 1 ci-dessus est réputé satisfaire aux exigences de la règle de droit en question et avoir la même force probante qu'un enregistrement original.

3. Le paragraphe 1 ci-dessus ne s'applique pas s'il apparaît qu'un autre enregistrement contenant des informations identiques et authentifié comme il convient par la même personne est l'original ou a été créé et authentifié à une date antérieure."

2. Règles contractuelles

92. Une bonne partie des participants au Groupe de travail était favorable à ce que les règles uniformes reconnaissent expressément aux parties le droit de convenir qu'un message EDI devait être considéré comme un original ou qu'un message EDI devait être admissible comme preuve lorsqu'un original était exigé. On a toutefois estimé que sur ce point, l'autonomie des parties ne devait pas être étendue aux documents attestant un droit ou un titre qui avait été acquis et transféré par l'acquisition et le transfert de la possession du document original (voir les paragraphes 2 et 3 ci-dessus).

93. On a émis l'avis que s'il était utile de reconnaître l'autonomie des parties, il était encore plus souhaitable de poser des règles claires qui réduiraient la nécessité pour les parties de passer entre elles des conventions pour régler la question de l'original.

94. On a émis l'avis que les parties devraient être en mesure d'inclure de telles conventions concernant les originaux dans l'accord de communication, qui portait sur la méthode de communication électronique entre les parties ou dans l'enregistrement donnant corps au contrat conclu par voie d'EDI.

95. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de l'effet qu'aurait sur un tiers une convention entre les parties concernant les originaux. On a émis l'avis que si en principe une telle convention ne valait qu'à l'égard des parties, les tiers devraient aussi pouvoir l'invoquer pour faire admettre un message EDI comme preuve. En revanche, on a estimé qu'une telle convention ne pourrait pas être opposée à un tiers qui déciderait de faire jouer la règle exigeant la production de l'original.

96. On a émis l'avis que la disposition reconnaissant l'autonomie des parties devrait être rédigée de façon à ne pas toucher aux restrictions générales de l'autonomie des parties prévues par les législations nationales.

E. Force probante des messages EDI

1. Admissibilité des moyens de preuve produits par EDI

97. Le Groupe de travail, rappelant son débat à sa vingt-quatrième session (A/CN.9/360, par. 44 à 52), a noté que, dans certaines juridictions, l'admissibilité des enregistrements EDI ne se heurtait à aucun obstacle juridique et que les juridictions en question n'éprouvaient pas la nécessité de réglementer l'admissibilité des moyens de preuve produits par EDI. Cependant, le Groupe de travail a également noté que des obstacles juridiques à l'admissibilité des enregistrements informatiques comme moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales existaient dans un certain nombre de juridictions. Un exemple illustrant tout particulièrement ce type d'obstacle était constitué par la règle des témoignages indirects ("*hearsay*") qui existe dans les pays de *common law* (*ibid.*, par. 46).

98. Beaucoup ont été favorables à l'idée d'incorporer aux règles uniformes une disposition qui énoncerait que les enregistrements EDI sont des moyens de preuve admissibles, afin de supprimer les obstacles tels que ceux qui découlent de la règle du *hearsay*. Ils estimaient que ce type d'obstacle constituait une entrave à l'utilisation de l'EDI dans le commerce international. Il a été suggéré de clairement établir, dans la disposition proposée, que les moyens de preuve produits par ordinateur, pour être admissibles, devaient être présentés sous une forme "tangibile" ou "lisible par l'œil humain".

99. Selon un autre point de vue, un enregistrement EDI devrait être déclaré admissible à condition que l'on puisse démontrer qu'il avait été produit et archivé de manière sûre. D'autres encore ont fait valoir que la question de l'admissibilité des moyens de preuve, qui ne se posait que dans une certaine catégorie de systèmes juridiques, y avait été réglée de différentes manières qui ne se prêtaient pas à l'uniformisation. Par contre, les pays où il existait des restrictions quant à l'admissibilité des moyens de preuve produits par ordinateur devraient eux-mêmes modifier ces restrictions au vu de l'évolution de la définition des équivalents fonctionnels de l'écrit et de la signature. On s'est demandé si cette solution permettrait vraiment d'aplanir les obstacles au commerce électronique.

100. Il a été noté que l'admissibilité d'enregistrements EDI produits dans un réseau d'ordinateurs posait des problèmes particuliers, surtout si le réseau comprenait des unités centrales situées dans des Etats différents. Il pourrait être difficile ou coûteux, s'il fallait faire la preuve que toutes les unités centrales d'un réseau étaient en bon état et sûres, d'établir l'admissibilité des enregistrements.

101. Le Groupe de travail s'est accordé provisoirement à penser que, si une règle devait instaurer l'admissibilité des enregistrements EDI, elle devrait être sans incidence sur les règles existantes en matière de charge de la preuve et sur la condition que constituait la pertinence d'un enregistrement fourni comme moyen de preuve.

2. Valeur probante des enregistrements produits par EDI

102. Le Groupe de travail a généralement estimé qu'il n'était ni possible ni souhaitable de réglementer de façon détaillée l'évaluation de la valeur probante des enregistrements EDI. Il a jugé préférable de laisser l'évaluation des moyens de preuve produits par EDI à la discrétion du juge du fait. Il a néanmoins estimé qu'il serait utile de donner des orientations en la matière et d'incorporer aux règles uniformes certains éléments à prendre en compte lors de l'évaluation des moyens de preuve électroniques. Il s'agissait d'aider le juge du fait dans sa tâche d'évaluation des moyens de preuve électroniques et d'accroître leur fiabilité, sans toutefois déroger au principe selon lequel il appartient au juge du fait d'évaluer les preuves à la lumière des circonstances de l'espèce. Les critères suivants ont été retenus comme pouvant être incorporés aux règles uniformes : la méthode de saisie des données; la fiabilité des mesures de protection contre toute altération des données; la qualité de la maintenance du système informatique; et les méthodes utilisées pour authentifier les messages EDI.

3. Règles contractuelles

103. Il a été mentionné que plusieurs organisations nationales et internationales avaient établi ou établissaient des accords types régissant notamment la question de l'admissibilité et de la valeur des moyens de preuve produits par EDI. D'aucuns se sont déclarés favorables à la validation de ces accords types en incluant une disposition à cet effet dans les règles uniformes.

104. Le Groupe de travail est convenu que l'autonomie des parties devait être reconnue tout en faisant observer que, dans ce domaine, cette autonomie était soumise à certaines restrictions, dont l'obligation de respecter le principe de l'égalité des parties, la latitude dont les tribunaux doivent disposer lorsqu'ils établissent les circonstances dans lesquelles un litige s'est produit et le principe selon lequel un accord ne doit pas léser des tiers.

105. D'aucuns ont pensé que ces restrictions, qui pouvaient varier d'un système juridique à l'autre, étaient inhérentes à la notion d'autonomie des parties et qu'il n'était pas nécessaire que les règles uniformes en rendent compte ou tentent de les harmoniser.

106. D'autres ont estimé que, puisque les législations applicables en matière de preuve reposaient sur des principes fondamentaux d'équité et d'ordre public, les règles uniformes devaient expressément énoncer que l'autonomie des parties était subordonnée à l'ordre public.

107. D'autres encore ont considéré que, s'agissant des restrictions à l'autonomie des parties, il était souhaitable que les règles uniformes offrent un degré minimum de sécurité, ce qui n'était pas garanti par la simple mention de l'ordre public. On a également déclaré qu'il importait de distinguer l'admissibilité à l'égard de tiers.

108. Enfin, selon un avis ayant pour objet de permettre aux tribunaux arbitraux et judiciaires de valider l'utilisation de systèmes EDI établis par convention privée, les règles

uniformes devraient disposer que l'autonomie des parties en matière de preuve est reconnue dans toute la mesure permise par la loi applicable. A l'appui de cet avis, on a fait valoir la nécessité de promouvoir les échanges internationaux et de favoriser une interprétation harmonisée des règles uniformes.

V. OBLIGATIONS DES PARTIES

A. Obligations de l'expéditeur d'un message

109. Le Groupe de travail a examiné le point de savoir s'il fallait inclure dans les règles uniformes une disposition précisant dans quelles conditions l'expéditeur d'un message était lié par le contenu du message.

110. Au cours de ce débat, il a été fait référence aux paragraphes 1 à 4 de l'article 5 de la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, où sont précisés les cas dans lesquels l'expéditeur est lié par un ordre de paiement émis par lui ou en son nom. Les quatre premiers paragraphes de l'article 5 sont libellés comme suit :

"Article 5

Obligations de l'expéditeur

1. L'expéditeur est lié par un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement s'ils ont été émis par lui ou par toute autre personne qui avait le pouvoir de le lier.

2. Lorsqu'un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement doit faire l'objet d'une authentification autrement que par une simple comparaison de signatures, un expéditeur apparent qui n'est pas lié en application du paragraphe 1 est néanmoins lié :

a) Si l'authentification est, compte tenu des circonstances, une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés; et

b) Si la banque réceptrice a respecté la procédure d'authentification.

3. Les parties ne sont pas autorisées à convenir qu'un expéditeur apparent est lié en application du paragraphe 2 si, compte tenu des circonstances, l'authentification n'est pas commercialement raisonnable.

4. Un expéditeur apparent n'est toutefois pas lié en application du paragraphe 2 s'il prouve que l'ordre de paiement qu'a reçu la banque réceptrice résulte des actes d'une personne qui n'est ni

a) Un employé ou ancien employé de l'expéditeur apparent; ni

b) Une personne qui, de par sa relation avec l'expéditeur apparent, a eu accès à la procédure d'authentification.

La phrase qui précède ne s'applique pas si la banque réceptrice prouve que l'ordre de paiement résulte des actes d'une personne qui a eu accès à la procédure d'authentification par la faute de l'expéditeur apparent."

111. Selon une opinion, il existait de bonnes raisons de préciser dans les règles uniformes la question de savoir à quel moment l'expéditeur ou l'expéditeur apparent seraient liés par le contenu d'un message. On a proposé d'inclure dans les règles uniformes une disposition, calquée sur le modèle du paragraphe 1 de l'article 5 de la loi type, selon laquelle, si la procédure d'authentification des messages a été respectée, l'expéditeur est lié par le contenu d'un message si celui-ci a été expédié par lui ou par une autre personne qui avait le pouvoir de le lier. Des dispositions complémentaires, dont le contenu aurait à être examiné, devraient préciser quand le destinataire d'un message qui n'avait aucune raison de douter de l'authenticité du message était en droit de considérer que le message liait l'expéditeur apparent.

112. Il a été indiqué que, si nombre de messages EDI n'avaient pas pour objet de lier contractuellement l'expéditeur, quantité d'autres messages EDI avaient pour objet de créer une obligation liant l'expéditeur, et que, dans ce dernier cas, il fallait permettre au destinataire de savoir avec un certain degré de certitude qu'il pouvait ajouter foi au message reçu et y donner suite. On a fait valoir en outre que la disposition proposée, qui était intimement liée à la procédure d'authentification et aux mesures de protection, ne manquerait pas d'inciter les participants à l'EDI à respecter et à améliorer ces procédures. On a ajouté que, s'agissant de certitude, il faudrait dûment examiner les obligations du destinataire du message et de toute autre tierce partie qui fournissait des services en vue de la transmission du message.

113. Selon une autre opinion, la question de savoir si l'expéditeur ou l'expéditeur apparent étaient liés par un message ne relevait pas des règles uniformes, car elle avait trait à la transaction visée et non aux procédures de communication. Il a été fait observer qu'on ne pouvait se fonder sur le fait que la loi type sur les virements internationaux contenait une disposition relative à ce point pour inclure une disposition analogue dans les règles uniformes, car les deux textes concernaient des sujets différents. La loi type avait trait aux contrats ayant pour objet des virements, indépendamment de la méthode utilisée pour transmettre des ordres de paiements alors que les règles uniformes étaient, elles, axées sur l'EDI en tant que méthode de communication et ne se préoccupaient pas de savoir si les messages EDI avaient pour objet de créer des obligations contractuelles.

114. On a fait observer que, hormis les cas où des messages EDI ayant force obligatoire étaient échangés entre des parties en l'absence d'un accord sur l'échange de messages, les messages EDI devant avoir force obligatoire étaient en général échangés entre des parties qui avaient conclu un accord au préalable en vue de la conclusion de contrats par EDI. Selon une opinion, il n'était guère nécessaire que la disposition en question traite des messages envoyés dans le cadre d'un accord antérieur, la question du risque en cas de messages non autorisés pouvant être tranchée sur la base dudit accord et du droit applicable à celui-ci. A l'inverse, on a soutenu qu'il n'était pas certain que l'accord et le droit applicable en l'espèce offrent une solution claire ou harmonisée sur le plan international; il fallait donc résoudre la question en incluant dans les règles

uniformes une disposition harmonisée. Quant aux messages échangés entre des parties n'ayant pas conclu un accord au préalable, on a dit que la question devrait être réglée selon le principe général qu'une personne ne peut être liée par un message que si celui-ci a été envoyé par elle-même ou par une personne qu'elle a habilitée à cet effet.

115. Selon une opinion, étant donné qu'un message EDI pouvait poursuivre des objectifs différents, il serait peut-être préférable de ne pas parler dans les règles uniformes d'un message ayant force obligatoire et de se contenter de dire que l'expéditeur apparent était censé être l'expéditeur du message lorsque certaines conditions étaient réunies. Il a été avancé qu'il s'agissait essentiellement d'un problème de sécurité et d'utilisation de techniques telles que l'accusé de réception fonctionnel. Selon une autre opinion, compte tenu du fait que tous les messages n'avaient pas pour objet de créer une obligation, la disposition pourrait ne s'appliquer qu'aux seuls messages ayant pour objet de lier l'expéditeur. Selon une autre opinion encore, lorsque le destinataire d'un message respectait la procédure d'authentification et les règles de protection et n'avait aucune raison de douter de l'authenticité du message, les règles uniformes devraient établir la présomption que le message émane de l'expéditeur apparent, ce dernier devant cependant avoir la possibilité de refuter cette présomption.

B. Obligations découlant de la transmission

1. Accusé de réception fonctionnel

116. On s'est accordé à reconnaître qu'une règle éventuelle devrait énoncer clairement qu'un accusé de réception fonctionnel, qui a simplement pour objet d'indiquer que le message a bien été reçu, ne visait pas à donner un effet légal quelconque à la conclusion possible de contrats au moyen de communications EDI. En aucun cas, sauf si les parties conviennent expressément du contraire, ne devra-t-on confondre accusé de réception par le destinataire et accord sur le contenu du message.

117. Diverses opinions ont été exprimées quant à la question de savoir si les règles uniformes devraient prévoir l'obligation statutaire de produire des accusés de réception fonctionnels en l'absence d'un accord entre les parties. Un accueil favorable a été réservé à l'opinion selon laquelle, par principe, les règles uniformes ne devraient pas créer une obligation d'accuser réception, pas plus qu'elles ne doivent imposer l'utilisation de telle ou telle procédure de sécurité plus raffinée. Il a été noté que l'utilisation d'accusés de réception relevait essentiellement d'une décision d'affaires devant être prise par les parties à une opération d'EDI. A cet égard, il a été suggéré que les accusés de réception fonctionnels étaient comparables à du courrier expédié en recommandé. On a fait observer que, s'agissant de certaines catégories de messages, l'utilisation, ne serait-ce que de la procédure simple et relativement peu coûteuse que constituait la production d'un accusé de réception fonctionnel, pouvait être considérée comme par trop encombrante et coûteuse.

118. Selon une autre vue, les règles uniformes devraient prévoir l'obligation de produire des accusés de réception

fonctionnels pour tous les messages reçus, sauf si les parties conviennent expressément du contraire. On a fait observer que l'une des fonctions importantes des règles uniformes serait d'inciter les parties à exploiter la capacité unique des techniques d'EDI d'offrir une certitude immédiate quant à la réception d'un message. On a également fait observer que les systèmes d'EDI étaient généralement assortis de mécanismes prévoyant l'utilisation automatique d'accusés de réception des messages, ce qui permettait d'établir des accusés de réception très rapidement et à faible coût.

119. Le Groupe de travail a discuté du contenu possible d'un régime juridique des accusés de réception fonctionnels. De l'avis général, indépendamment de la question de savoir si les règles uniformes devaient prescrire des obligations statutaires, il faudrait prévoir l'application de règles par défaut dans tous les cas où la production d'accusés de réception fonctionnels était requise pour des messages individuels échangés entre des parties qui n'étaient pas liées par un accord de communication ou dans les cas où des vérifications étaient envoyées même si elles n'avaient pas été demandées. Le Groupe de travail a examiné la proposition ci-après comme base de discussion :

"Sauf convention contraire,

- 1) Toute partie peut demander à la partie qui reçoit le message qu'elle en accuse réception;
- 2) L'accusé de réception est donné dans les meilleurs délais et au plus tard dans un délai d'un jour ouvrable suivant le jour de réception du message;
- 3) Le destinataire d'une telle demande ne peut donner suite au message reçu que lorsqu'il en a accusé réception;
- 4) Lorsque l'expéditeur ne reçoit pas d'accusé de réception dans les délais prévus, il peut considérer le message comme nul et non avenu lorsqu'il en avise l'expéditeur."

120. En ce qui concerne les conséquences sanctionnant la non-production d'un accusé de réception requis, la proposition susmentionnée a reçu un accueil favorable. Il a été fait observer que cette proposition ménageait à juste titre la possibilité d'accuser réception d'un message par des moyens autres que la production d'un accusé de réception fonctionnel. Il a également été fait observer que cette proposition permettait d'établir un équilibre entre les droits et les obligations de l'expéditeur et du destinataire. Toutefois, d'aucuns ont craint qu'une disposition s'inspirant du texte proposé n'entraîne des résultats non désirables, par exemple au cas où on l'interpréterait à tort comme signifiant qu'un message contenant l'acceptation d'une offre pouvait être révoqué après avoir été reçu ou qu'un message ne pouvait être révoqué, qu'un accusé de réception ait été reçu ou non. Par ailleurs, la crainte a été exprimée qu'une telle disposition ne constitue la base d'une action en dommages-intérêts découlant de la non-production d'un accusé de réception fonctionnel.

121. Il a été proposé que, au lieu de mettre l'accent sur la non-production d'un accusé de réception requis, les règles uniformes énoncent les conséquences de la production d'un

tel accusé de réception, par exemple en décidant que la production d'un accusé de réception fonctionnel constituerait une preuve concluante ou créerait la présomption que le message avait bien été reçu. On a toutefois fait observer qu'une telle règle serait susceptible d'avoir des incidences sur les règles concernant la charge de la preuve. Selon une autre proposition, il fallait disposer que le destinataire n'était pas tenu d'accuser réception d'un message, mais n'était toutefois pas habilité à donner suite au message si un accusé de réception est requis. Selon une autre proposition encore, il fallait disposer que le défaut d'accusé de réception pourrait être pris en compte pour déterminer si le destinataire était habilité à se fonder sur un message; mais une telle disposition n'empêcherait pas l'expéditeur d'indiquer — ou les parties de convenir — qu'un message serait sans effet tant qu'un accusé de réception n'aurait pas été reçu.

122. S'agissant des délais à prévoir pour la production de l'accusé de réception, on s'est accordé à reconnaître que, compte tenu des diverses attentes des parties, des diverses pratiques industrielles et commerciales et des diverses solutions techniques possibles, il ne serait pas approprié de prescrire un délai précis. Le simple fait d'indiquer que l'accusé de réception devait être donné dans les meilleurs délais a été jugé suffisant.

2. Enregistrement des opérations

123. Il a été proposé de faire figurer dans les règles uniformes une disposition reconnaissant l'acceptabilité de l'archivage des enregistrements EDI sous des formes autres que le papier. Il a été proposé que les règles uniformes disposent que la conservation des données par d'autres moyens que le papier ou la microfiche soient réputées équivalant à la conservation assurée par ces supports, pour autant que les fonctions d'inaltérabilité, de durabilité, de permanence de la visibilité, en tant que de besoin, soient remplies.

124. Certains se sont prononcés contre une telle disposition, dont ils considéraient qu'elle constituerait une ingérence dans la réglementation nationale concernant la tenue des dossiers. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il serait souhaitable d'établir une telle règle, qui se bornerait exclusivement à valider l'archivage d'enregistrements sous forme électronique ou sous une forme analogue, dans la mesure où cette règle offrirait la possibilité de réduire le coût de l'archivage des dossiers. Dans le même ordre d'idées, il a été jugé nécessaire d'étudier, du point de vue des autorités de tutelle, la question du coût de l'équipement nécessaire pour rendre lisibles les données ainsi archivées.

125. Selon une autre proposition, il faudrait disposer dans les règles uniformes que l'obligation d'archivage, pour des raisons légales ou conventionnelles, devrait s'aligner sur une durée harmonisée incompressible de six ans. Au-delà de cette durée, la preuve du message archivé pourrait être faite par tous moyens. Une telle règle, qui traiterait des questions de savoir quels enregistrements devaient être archivés et pendant quelle durée ils devaient l'être, n'a reçu aucun appui. Ces questions relevaient des organes nationaux de tutelle et il n'était donc pas approprié d'en traiter dans les règles uniformes.

VI. FORMATION DES CONTRATS

A. Consentement, offre et acceptation

126. On a fait observer que les parties qui, dans le cadre de relations commerciales, échangeaient des messages EDI concluait généralement un "accord-cadre" dans lequel elles réglait diverses questions relatives à la conclusion des contrats, notamment celle de la forme du contrat et les éléments requis pour l'expression du consentement des parties. Celles-ci pouvaient régler ces questions dans l'accord-cadre pour éliminer toute incertitude que laisserait à leurs yeux subsister l'application des règles générales du droit des contrats dans un contexte EDI.

127. On a émis l'avis que l'un des objectifs des règles uniformes serait de valider la pratique consistant à conclure de tels accords-cadres, dans la mesure où ils étaient compatibles avec les principes d'ordre public de l'Etat concerné.

128. Pour ce qui est des clauses des accords-cadres relatives à la forme du contrat, le Groupe de travail a rappelé son débat sur les définitions contractuelles de l'écrit (voir par. 62 ci-dessus). Le Groupe de travail a estimé que s'il était souhaitable en principe de valider ces clauses, les Etats ne souhaiteraient peut-être pas laisser totalement libre cours à l'autonomie des parties pour ce qui est de la forme de certains types de contrats, et qu'il faudrait donc que la disposition des règles uniformes qui validerait ces clauses soit subordonnée aux règles impératives ou de l'ordre public de l'Etat concerné. On a toutefois noté que subordonner simplement l'autonomie des parties dans ce domaine aux règles impératives ou à l'ordre public laisserait subsister trop d'incertitudes quant à la validité de ces clauses et que les limitations apportées à l'autonomie des parties dans ce domaine devraient être formulées avec plus de précision.

129. S'agissant des clauses des accords-cadres régissant le consentement nécessaire pour la formation des contrats, le Groupe de travail s'est penché sur les cas où les ordinateurs des parties étaient programmés de façon à procéder automatiquement aux offres et aux acceptations. Le Groupe de travail a également rappelé le débat qu'il avait eu à la précédente session sur ce genre de formation "automatique" des contrats (A/CN.9/360, par. 83 à 85).

130. On a exprimé l'avis que les règles actuellement en vigueur du droit des contrats laissent les parties libres d'avoir recours à ce type d'échange automatique de messages pour conclure des contrats et qu'elles leur laissent également toute latitude pour régler dans un accord-cadre des questions telles que le moment où un contrat serait réputé avoir été conclu. Il a été avancé que l'inclusion dans les règles uniformes d'une disposition sur ce genre de formation automatique des contrats était superflue.

131. Selon un autre point de vue, en revanche, il serait utile d'éliminer les doutes qui pouvaient exister quant aux effets juridiques de la formation automatisée de contrats en traitant expressément cette question dans les règles uniformes. Ce point de vue était partagé par certains de ceux qui estimaient que, puisque les ordinateurs programmés pour procéder automatiquement aux offres et

acceptations de contrats ne faisaient que donner effet à des décisions humaines délibérées, une telle utilisation des ordinateurs devrait normalement être acceptable.

132. Dans le cas où un ordinateur, par suite, par exemple, d'une erreur non intentionnelle dans sa programmation, générerait un message qui n'était en fait pas voulu, les conséquences devaient être supportées par la ou les parties responsables de la programmation de l'ordinateur.

133. On a toutefois objecté qu'il était risqué de laisser aux programmes informatiques toute liberté de déclencher automatiquement des offres et acceptations de contrats et que certaines législations nationales exigeaient une approbation humaine pour qu'un contrat soit réputé conclu.

B. Moment de la formation du contrat

134. L'inclusion dans les règles uniformes d'une disposition relative au moment de la formation d'un contrat par message EDI a emporté l'adhésion.

135. Selon un point de vue, une telle disposition devrait se borner à définir le moment où les messages EDI devaient perdre effet ou le moment où ils devaient être réputés reçus. Une telle approche offrirait, dans le cas où le message en question était une acceptation d'offre de contrat, une base pour déterminer le moment de la conclusion du contrat par référence aux règles générales relatives à la formation des contrats. Cette approche avait, a-t-on dit, le mérite de ne pas empiéter sur les règles générales du droit des contrats ou de faire double emploi avec elles. Elle présenterait en outre l'avantage de la clarté pour tous les messages EDI et non pas seulement pour ceux qui constituaient l'acceptation d'une offre de contrat.

136. Selon un autre point de vue, les règles uniformes devaient répondre directement à la question de savoir à quel moment un contrat par EDI devait être réputé conclu. Pour les tenants de cette approche, celle-ci était nécessaire pour éviter toute incertitude sur l'une des questions les plus cruciales de l'EDI.

137. S'agissant du moment où un message prenait effet (ou était réputé reçu), ou du moment où un contrat par EDI était réputé conclu, plusieurs solutions ont été mentionnées: lorsque le message (ou l'acceptation d'une offre de contrat) entrait dans le système informatique du destinataire; lorsque le message (ou l'acceptation) était mis à la disposition du système d'information; lorsque le message (ou l'acceptation) atteignait le système d'information; lorsque le message (ou l'acceptation) entrait dans le système informatique du destinataire et y était enregistré; lorsque le message (ou l'acceptation) était mis à la disposition du système d'information du destinataire interprétant et traitant le message; lorsque le message (ou l'acceptation) était enregistré sur le système informatique directement contrôlé par le destinataire de telle sorte qu'il pouvait être extrait; ou lorsque le message (ou l'acceptation) atteignait le destinataire.

138. La notion de "mise à disposition" du message contenant l'acceptation d'une offre de contrat a été jugée peu claire. On lui a en outre reproché de s'écarter apparemment

de la règle applicable en droit général des contrats, et plus particulièrement de la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies sur les ventes selon laquelle l'acceptation d'une offre prenait effet au moment où l'indication d'acquiescement parvenait à l'auteur de l'offre. Il a été noté que certaines situations liées à l'EDI, qui seraient traitées dans la loi uniforme, seraient aussi régies par la Convention des Nations Unies sur les ventes et que la coexistence de règles différentes sur la formation des contrats pourrait être source d'incertitudes.

139. Pour ce qui est des expressions "entre dans" ou "atteint le système informatique ou d'information" ou des expressions analogues, on a fait observer que, lorsque le destinataire ne recevait pas les messages individuellement mais par lots, le moment où les données étaient entrées dans le système d'information du destinataire et le moment où celui-ci pouvait en fait les utiliser ne coïncidaient pas.

Caractère non impératif de la disposition

140. Le Groupe de travail est convenu que les dispositions concernant la prise d'effet du message EDI ou le moment de l'acceptation d'une offre de contrat ne devaient pas être impératives.

141. Des points de vue différents ont été avancés quant à la façon dont le caractère non impératif de la disposition devait être exprimé. Selon un point de vue, les règles uniformes devraient préciser expressément que la disposition était subordonnée aux règles découlant de la pratique dans la branche ou des usages commerciaux ou, dans le même ordre d'idées, comporter une définition de la "convention des parties", référence étant faite à la possibilité qu'une telle convention puisse ressortir implicitement d'un mode d'action, d'une pratique ou d'un usage de la profession.

142. Aux tenants de ce point de vue, on a objecté qu'il n'appartenait pas aux règles uniformes de résoudre la question de l'applicabilité des usages commerciaux ou des règles découlant de la pratique d'une branche. Il était préférable d'indiquer que la disposition en question était subordonnée à l'autonomie des parties en utilisant une expression du genre "sauf convention contraire des parties", ou en faisant référence aux "usages commerciaux acceptés par les parties", ce qui ferait de l'applicabilité des usages ou pratiques commerciaux une question d'interprétation.

143. On a fait observer que la question de l'applicabilité des usages était traitée à l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. On a également fait observer que la plupart des systèmes juridiques admettaient qu'une partie soit autorisée à rapporter la preuve de l'existence d'un usage ou d'une pratique donné pour ne pas avoir à se soumettre à une règle non impérative en contradiction avec cet usage ou cette pratique.

C. Lieu de formation du contrat

144. Selon un point de vue, il n'était pas nécessaire que les règles uniformes traitent de la question du lieu où le contrat était réputé avoir été conclu. On a fait valoir que

cette question relevait de la loi régissant l'opération sous-jacente, sur laquelle les règles uniformes ne devaient pas empiéter. On a également fait valoir que dans la mesure où les règles uniformes devaient retenir la règle de la réception pour la détermination du moment de la formation du contrat (voir par. 134 à 143 ci-dessus), cette règle serait suffisante pour permettre de déterminer où le contrat était réputé avoir été conclu.

145. Selon une autre opinion, étant donné les implications que pouvait avoir le lieu de formation du contrat (juridiction compétente, obligations fiscales, ou loi applicable), il était souhaitable que les règles uniformes éclaircissent la question. On a suggéré, avant d'élaborer la disposition pertinente, de passer en revue les pratiques commerciales et les solutions adoptées dans les accords d'échange de données informatisées.

146. Il a été convenu que toute disposition sur le lieu de formation du contrat devrait être subordonnée à l'autonomie des parties. Quant à la teneur de la disposition, on a émis l'avis que le lieu à retenir était celui où l'acceptation de l'offre de contrat était reçue par le système informatique de l'auteur de l'offre. On a objecté à l'encontre de cette position que le système informatique d'une partie pouvait très bien être installé dans un Etat autre que celui de son établissement commercial, et que le contrat pouvait n'avoir aucun rapport avec l'Etat où le système informatique était situé. Selon un autre avis, le contrat devait être réputé avoir été conclu là où la partie qui recevait l'acceptation de l'offre avait son établissement commercial. On a toutefois objecté qu'une telle solution serait source d'incertitude puisqu'une partie pouvait avoir plusieurs établissements commerciaux, et qu'on ne savait pas nécessairement lequel devait être retenu.

D. Conditions générales

147. Le Groupe de travail est convenu de reporter l'examen de cette question à un stade ultérieur de ses travaux (voir A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 109 à 113).

VII. RESPONSABILITÉ ET RISQUE

148. On a émis l'avis que, s'agissant de la responsabilité et du risque, une place particulière devait être accordée au principe de l'autonomie des parties. Les règles uniformes devaient notamment donner aux parties utilisant l'EDI la liberté de répartir les risques entre elles et de convenir d'un plafond de responsabilité en ce qui concerne les dommages directs ou indirects.

149. Selon un autre avis, il fallait inclure dans les règles uniformes des dispositions impératives concernant la répartition des risques et des responsabilités de façon à rendre les utilisateurs d'EDI moins vulnérables à des clauses abusives d'exonération de responsabilité qui pourraient leur être imposées dans le cadre d'un accord entre coéchangistes par des parties au savoir-faire et au pouvoir de négociation supérieurs au leur. On a émis l'avis que la question des clauses d'exonération de responsabilité serait sans doute plus pertinente dans le contexte des accords

conclus avec des tiers prestataires de services que dans celui des accords entre coéchangistes.

150. Pour ce qui est de la teneur des règles en matière de responsabilité qu'il conviendrait d'inclure dans les règles uniformes, on a indiqué qu'il faudrait veiller, lorsqu'on traiterait de la responsabilité et des questions de communication (par exemple la responsabilité pour non-transmission ou erreur dans la transmission d'un message) à ce que les dispositions retenues ne portent pas atteinte au régime juridique applicable à l'opération commerciale pour l'exécution de laquelle il serait recouru à l'EDI.

151. On a émis l'avis que, pour déterminer les règles possibles en matière de répartition des responsabilités et des risques, une distinction devrait être établie entre les situations dans lesquelles aucune partie n'était en faute et celles dans lesquelles une partie avait manqué à ses obligations.

152. Les participants se sont largement accordés à penser qu'avant d'examiner la teneur possible de dispositions concernant les responsabilités et les risques le Groupe de

travail devrait recenser les divers risques que pourraient avoir à supporter des parties à une opération d'EDI et examiner les facteurs qui pourraient être pris en considération pour répartir les responsabilités et les risques. On a émis l'avis que les risques à prendre en considération étaient notamment les suivants : non-communication; déformation de la teneur d'un message; communication tardive; communication de données au mauvais destinataire; divulgation de données confidentielles; répudiation du message original; non-disponibilité permanente ou temporaire de services d'EDI.

VIII. AUTRES QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE TRAITÉES

153. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas examiné la responsabilité des tiers prestataires de services (voir A/CN.9/WP.IV/WP.55, par. 124 à 134) ni celle des titres et valeurs (voir A/CN.9/WP.4/WP.55, par. 135 et 136). Il a convenu qu'il examinerait ces questions à une session ultérieure.

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur les échanges de données informatisées à sa vingt-cinquième session : échange de données informatisées : ébauche de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.55) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-6
I. PORTÉE ET FORME DES RÈGLES UNIFORMES	7-22
A. Champ d'application quant au fond	7-20
1. La notion d'EDI	7-14
2. Opérations nationales et internationales	15-17
3. Opérations impliquant des consommateurs	18-20
B. Forme des règles uniformes	21-22
II. DÉFINITIONS ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES	23-35
A. Définitions	23-26
1. Parties à une opération d'EDI	24-25
2. EDI, message EDI et autres termes	26
B. Dispositions générales	27-35
1. Autonomie des parties en vertu des règles uniformes	27-29
2. Interprétation des règles uniformes	30-31
3. Arbitrage	32
4. Conflits de lois	33-35
III. CONDITIONS DE FORME	36-81
A. Remarques générales	36-38
B. Equivalent fonctionnel de l'"écrit"	39-49
1. L'exigence légale de l'écrit	40-48
2. Définition contractuelle de l'écrit	49

	<i>Paragraphes</i>
C. Authentification des messages EDI	50-63
D. Exigence d'un original	64-70
1. Equivalent fonctionnel	66-69
2. Règles contractuelles	70
E. Force probante des messages EDI	71-81
1. Admissibilité des moyens de preuve produits par EDI	73-74
2. Valeur des moyens de preuve produits par EDI	75-80
3. Règles contractuelles	81
IV. OBLIGATIONS DES PARTIES	82-94
A. Obligations de l'expéditeur d'un message	82-86
B. Obligations découlant de la transmission	87-94
1. Accusé de réception fonctionnel	88-93
2. Enregistrement des opérations	94
V. FORMATION DES CONTRATS	95-113
A. Consentement, offre et acceptation	96-102
B. Date de la formation	103-106
C. Lieu de formation du contrat	107-108
D. Conditions générales	109-113
VI. RESPONSABILITÉ ET RISQUE	114-123
VII. AUTRES QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE TRAITÉES	124-136
A. Responsabilité des tiers assurant des services de communication	124-134
B. Titres et valeurs	135-136

INTRODUCTION

1. A sa vingt-quatrième session, en 1991, la Commission a estimé que les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) deviendraient de plus en plus importants à mesure que ce type d'échange se développerait et qu'elle devrait par conséquent entreprendre des travaux dans ce domaine¹. Elle a décidé, vu le nombre de questions à examiner, que le sujet devrait être traité de façon approfondie par un groupe de travail. Comme suite à cette décision, le Groupe de travail des paiements internationaux a consacré sa vingt-quatrième session à un inventaire et à un examen des questions juridiques liées au développement de l'EDI.

2. A sa vingt-cinquième session, en 1992, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/360). Conformément aux suggestions du Groupe de travail, la Commission a convenu qu'il était nécessaire d'étudier plus avant les aspects juridiques de l'EDI et d'élaborer des règles pratiques dans ce domaine. Il a été convenu qu'aucune décision ne devrait être prise à ce stade initial quant à la forme définitive et au contenu final des règles juridiques à élaborer, mais que la Commission

devrait s'efforcer d'atteindre le niveau le plus élevé possible de certitude juridique et d'harmonisation.

3. Après un débat, la Commission a fait siennes les recommandations figurant dans le rapport du Groupe de travail (*ibid.*, par. 129 à 133) et a chargé le Groupe de travail des paiements internationaux, qu'elle a rebaptisé Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, d'élaborer des règles juridiques relatives à l'EDI².

4. La présente note a été rédigée afin de faciliter la poursuite du débat ouvert par le Groupe de travail à sa dernière session sur certaines des questions qui pourraient être incluses dans un ensemble de règles uniformes relatives à l'utilisation de l'EDI dans le commerce international. Elle a été établie comme suite à la réunion d'un groupe d'experts organisée par le Secrétariat et elle tient compte des délibérations dudit groupe. La liste des questions figurant dans la présente note se fonde sur la liste des questions juridiques examinées par le Groupe de travail à sa session précédente. Le Secrétariat a estimé que, le Groupe de travail n'ayant pas encore pris de décision quant à la nature et à la portée des règles uniformes, il était prématuré d'élaborer des projets de dispositions pour la vingt-cinquième session du Groupe de travail. Toutefois,

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-quatrième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément n° 17 (A/46/17)*, par. 306 à 317.

²Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17 (A/47/17)*, par. 140 à 148.

afin qu'une première série de projets de dispositions puisse être prête pour la vingt-sixième session, la présente note soumet au Groupe de travail, pour certaines questions, diverses dispositions, sous forme de projets ou sous une forme définitive, de caractère contractuel ou réglementaire, qui ont été élaborées par d'autres organes s'intéressant aux aspects juridiques de l'EDI. Certaines des idées exprimées dans la présente note sont tirées des débats sur la question des transferts électroniques de fonds qui ont eu lieu, au sein de la Commission et du Groupe de travail, durant les premières étapes du processus qui a abouti à l'adoption par la Commission, à sa vingt-cinquième session, de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux.

5. Pour ce qui est des transferts électroniques de fonds, la Commission a décidé en 1986 qu'en traitant des problèmes pertinents et en proposant des solutions possibles au stade initial de la mise en œuvre d'une nouvelle technique telle que le transfert électronique de fonds, on pourrait, au moyen de règles types, influencer sur le développement des pratiques et des législations nationales et contribuer à prévenir les disparités entre elles³. De même, pour ce qui est de l'EDI, on notera que plusieurs pays ont commencé d'étudier si la législation en vigueur devrait être modifiée et, si oui, dans quelle mesure. On peut s'attendre à ce que, dans un avenir proche, d'autres pays entreprennent d'étudier si la législation en vigueur dans ce domaine est appropriée. On escompte que la coordination de ces efforts nationaux permettra de réduire les risques d'incompatibilité entre les régimes juridiques.

6. Afin de surmonter les difficultés qui pourraient résulter de l'élaboration de règles uniformes avant que les aspects techniques ou commerciaux ne soient au point, la Commission a décidé en 1986 que les règles devraient être souples et rédigées de manière à ne pas être tributaires d'une technologie donnée⁴. Il est proposé que le Groupe de travail adopte une approche similaire pour l'EDI.

I. PORTÉE ET FORME DES RÈGLES UNIFORMES

A. Champ d'application quant au fond

1. La notion d'EDI

7. Cette question a été examinée dans une note antérieure du Secrétariat (voir A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 25 à 33). Elle a également été traitée dans le cadre du débat préliminaire sur les aspects juridiques de l'EDI lors de la session précédente du Groupe de travail (voir A/CN.9/360, par. 29 à 31).

8. Lors de sa dernière session, le Groupe de travail a dans l'ensemble convenu qu'en traitant la question dont il était saisi, il ne devrait pas avoir de l'EDI une conception étroite limitée à l'échange électronique d'informations entre des réseaux fermés d'utilisateurs parties à un accord de communication par lequel ils avaient convenu de la manière dont ils communiqueraient entre eux au moyen de l'EDI.

Le Groupe de travail devrait plutôt avoir présent à l'esprit une conception de l'EDI englobant aussi les réseaux ouverts qui autorisaient les utilisateurs de l'EDI à communiquer sans avoir préalablement adhéré à un accord de communication, couvrant ainsi toute une gamme d'utilisations de l'EDI liée au commerce que l'on pouvait désigner de manière générale par la formule "commerce électronique" (voir A/CN.9/360, par. 28). Il a été décidé de renvoyer à un stade ultérieur la question d'une définition concrète de l'EDI car, en se fondant sur une vision globale des questions en jeu, le Groupe de travail serait mieux à même de se pencher sur la question de la définition de l'EDI (voir A/CN.9/360, par. 29). Vu les incertitudes quant à la notion même de l'EDI, le Groupe de travail jugera peut-être approprié de reprendre son débat sur la définition de l'EDI, débat qui, faute de temps, n'a pu être conclu lors de la session antérieure, après avoir achevé son examen général des problèmes juridiques en jeu.

9. On notera que presque toutes les définitions de l'EDI actuellement utilisées ou proposées parmi les usagers de l'EDI (voir A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 26 à 32) limitent l'EDI aux communications entre ordinateurs et aux données transmises selon un format standard. Ces définitions étroites de l'EDI n'engloberaient sans doute pas les cas où l'échange d'informations ne fait pas intervenir que des ordinateurs, mais suppose aussi, du moins d'un côté de la chaîne de transmission, l'intervention directe d'un opérateur humain. Autre conséquence de l'adoption d'une définition étroite de l'EDI, on risque d'exclure de son champ l'échange de données en format libre, par exemple de données transmises par télécopieur ou par courrier électronique.

10. Cette approche restrictive de l'EDI a été retenue dans une instruction adoptée en France pour l'application d'une loi de 1990 validant, dans certaines conditions, la télétransmission de factures (voir A/CN.9/350, par. 56 et note 14). Cette instruction interprète la loi comme excluant de son domaine d'application l'utilisation de télécopieurs et télécopieurs⁵.

11. Le Groupe de travail a, semble-t-il, donné la préférence à sa dernière session à une approche plus globale, fondée sur le fait que les usagers ont besoin d'un ensemble de règles cohérentes régissant diverses techniques de communication qui peuvent être interchangeables dans la pratique (par exemple, l'EDI au sens étroit du terme et le courrier électronique). Ainsi, tout en encourageant le recours à des techniques modernes, les règles juridiques à établir ne devraient pas tenter d'imposer des techniques de télécommunication données, mais plutôt essayer de les englober toutes. Selon cette approche, que l'on peut décrire comme "neutre" quant à la technique de communication à utiliser, les différences entre les règles régissant les diverses techniques de communication seraient justifiées pour l'essentiel par le degré de fiabilité plus ou moins élevé de ces techniques.

12. Compte tenu de cette vision globale des questions à examiner, le Secrétariat estime que, pour ce qui est de la terminologie, il serait peut-être trompeur de continuer

³Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17 (A/41/17)*, par. 230.

⁴*Ibid.*, par. 231.

⁵Voir "Instruction du 27 décembre 1991 sur la télétransmission des factures", in *Bulletin officiel de la Direction générale des impôts (BOI)*, 10 janvier 1992, p. 6.

d'utiliser le terme "EDI". Le Groupe de travail pourra envisager d'adopter une nouvelle terminologie reflétant plus exactement l'ampleur et la diversité des questions actuellement regroupées sous le vocable "EDI". Une formulation fondée sur l'expression "commerce sans papier" serait peut-être plus appropriée, même si l'EDI, sous sa forme actuelle, n'entraînera vraisemblablement pas la disparition totale des documents sur papier.

13. Pour ce qui est de la portée des règles juridiques à élaborer par la Commission, on notera que les questions de droit commercial se posant dans le contexte de l'EDI peuvent être divisées en trois catégories : celles qui sont communes à toutes les formes de transfert électronique de données (la preuve de l'opération, par exemple), celles qui sont propres à l'EDI au sens étroit (par exemple, la formation des contrats par EDI interactif) et des questions générales de droit commercial qui se posent tant pour des échanges de données sur papier que pour l'EDI (par exemple, date et lieu de la formation du contrat lorsque les parties contractantes ne sont pas en présence l'une de l'autre). Le Groupe de travail voudra peut-être prévoir des types différents de règles pour chacune de ces trois catégories, envisageant ainsi d'établir une distinction entre les questions se rattachant à l'EDI au sens étroit du terme et les autres questions touchant les télécommunications. On se rappellera que, pour l'élaboration de normes techniques appropriées, une telle distinction a été introduite dans le modèle d'edi ouvert ISO/CEI, mis au point par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et la Commission électrotechnique internationale (CEI). Ce modèle se fonde sur les distinctions établies entre des termes tels que "EDI", "edi" et "edi-ouvert" (voir A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 32). A ce propos, on notera que, dans le modèle ISO/CEI, l'"edi-ouvert" est "ouvert" en ce sens que toutes les conditions des échanges entre entreprises du monde entier, dans tous les secteurs industriels, sont régies par des normes et règles publiées et non exclusives. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser si la définition ISO/CEI de l'"edi-ouvert" correspond à la notion de "réseaux ouverts" qu'il avait envisagée à sa dernière session (voir ci-dessus, par. 8).

14. On notera que la terminologie qui sera en définitive retenue par le Groupe de travail aura peut-être des incidences sur la portée, mais aussi sur la teneur des règles uniformes. Dans une lettre reçue par le Secrétariat, dans laquelle figuraient les observations de l'un des auteurs du modèle ISO/CEI à propos du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-quatrième session, il était suggéré que les problèmes juridiques relatifs à l'"edi-ouvert" seraient peut-être beaucoup plus faciles à résoudre que ceux liés aux données électroniques en général. Par exemple, des règles devront sans doute être élaborées pour les cas où l'information communiquée au destinataire final par une chaîne d'intermédiaires n'est pas transmise sous la forme d'un message EDI au sens étroit le long de toute la chaîne. Si des règles se limitant à l'EDI au sens étroit pourraient régir les segments de la chaîne correspondant à une transmission au moyen d'un message normalisé, des règles supplémentaires seraient peut-être requises pour les segments de la chaîne correspondant à une transmission par télécopie d'une sortie d'imprimante effectuée par un opérateur humain, par exemple.

2. Opérations nationales et internationales

15. Lors de sa dernière session, le Groupe de travail a traité brièvement de la question de savoir si d'éventuelles règles uniformes relatives à l'EDI devraient se limiter aux opérations internationales. Il a décidé que ses travaux devraient être axés sur les questions juridiques soulevées par l'utilisation de l'EDI dans le commerce international, conformément à l'approche adoptée pour les précédents travaux de la Commission. Il a été noté que, selon la forme que revêtiraient ces travaux, ce choix exigerait peut-être la définition d'un critère d'internationalité et n'exclurait pas la possibilité d'une application dans un cadre national des règles éventuellement élaborées par la Commission (voir A/CN.9/360, par. 25).

16. Pour qu'une méthode législative limitant la portée d'un régime juridique aux opérations internationales donne ses meilleurs résultats, il faut que ces opérations soient clairement distinctes des opérations nationales. Dans certains cas, il est impossible de ne pas tenir compte de certains aspects nationaux d'une opération internationale. Si l'on souhaite néanmoins l'adoption d'un régime juridique international spécial, ce régime devra englober les aspects nationaux de l'opération qui ne sauraient être laissés de côté. On pourrait aussi adopter des règles harmonisées ou unifiées régissant toutes les opérations du type en question, qu'elles soient nationales ou internationales.

17. Dans le cas des opérations commerciales internationales faisant appel à l'EDI, il ne serait pas possible, dans de nombreux cas, d'édifier un régime juridique couvrant la relation entre le donneur d'ordre ou le destinataire final d'un message EDI et tout opérateur d'un réseau de communication traitant le message, sans y inclure certains aspects nationaux. Aussi jugera-t-on peut-être que, pour l'élaboration des règles uniformes, on pourrait, tout en se concentrant sur les problèmes juridiques liés à l'EDI dans le commerce international, partir de l'hypothèse que ces règles s'appliqueraient aux opérations commerciales tant nationales qu'internationales faisant appel à l'EDI.

3. Opérations impliquant des consommateurs

18. Lors de sa dernière session, le Groupe de travail n'a pas tenté de définir l'EDI, mais en a adopté une conception élargie et a étudié si cette conception devrait être interprétée comme englobant les opérations impliquant des consommateurs. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que les questions liées au droit de la consommation seraient expressément exclues du champ d'application des règles uniformes sur l'EDI. Dans le même ordre d'idées, il a été déclaré que la référence aux "réseaux ouverts" ne devrait pas être interprétée comme englobant les systèmes ouverts au public pour des opérations-consommateurs, telles que les réseaux de terminaux points de vente (voir A/CN.9/360, par. 31).

19. Si les opérations-consommateurs doivent être exclues du champ d'application des règles juridiques, le Groupe de travail jugera peut-être qu'il faudrait donner une définition de ces opérations. Cette définition pourrait se fonder sur la nature du donneur d'ordre ou du bénéficiaire d'un message

EDI; par exemple, seule une partie qui est une entité commerciale ou un organisme public pourra être considérée comme utilisant commercialement l'EDI. La définition pourrait également se fonder sur l'objet de l'opération faisant appel à l'EDI, comme c'est le cas dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée la Convention des Nations Unies sur les ventes), dans laquelle les ventes de marchandises pour l'utilisation personnelle, familiale ou ménagère sont exclues.

20. Toutefois, le Groupe de travail jugera peut-être qu'il n'est pas approprié d'essayer de définir les opérations-consommateurs. Si cela était le cas, il pourrait adopter l'approche déjà retenue dans la Loi type de la CNUCID sur les virements internationaux, qui traite de ces opérations dans une note relative à l'article premier (Champ d'application), note qui est libellée comme suit :

“La présente loi ne traite pas des questions relatives à la protection du consommateur.”

B. Forme des règles uniformes

21. Selon la forme que revêtiront les règles uniformes, certaines règles qu'il pourra être envisagé d'inclure seront plus ou moins nécessaires et leur teneur pourra varier. Pour établir les hypothèses de travail voulues, on aura présent à l'esprit que la Commission a approuvé la recommandation du Groupe de travail selon laquelle l'objectif de la Commission, pour ce qui est des problèmes juridiques de l'EDI, devrait être d'assurer le plus haut degré de certitude juridique et d'harmonisation (voir le paragraphe 2 ci-dessus). Il est donc proposé que le Groupe de travail parte de l'hypothèse que les règles uniformes prendront la forme de dispositions légales. Lorsqu'il examinera chacun des problèmes juridiques propres à l'EDI, le Groupe de travail voudra peut-être étudier si ce problème se prête à l'établissement d'une disposition légale et si un autre type de disposition serait souhaitable, en tant que variante ou ajout, par exemple, des directives à l'intention du législateur, des règles optionnelles pour les utilisateurs de l'EDI ou des clauses contractuelles types.

22. Pour ce qui est de savoir si les dispositions légales devraient prendre la forme d'une loi type ou d'une convention internationale, il est en outre suggéré que le Groupe de travail parte pour le moment de l'hypothèse de travail qu'une loi type serait préférable, étant la forme la plus propre à assurer la souplesse nécessaire. Peut-être faudrait-il réviser cette hypothèse si des dispositions énoncées dans les règles uniformes ne sont pas conformes à une convention internationale existante, par exemple, la Convention des Nations Unies sur les ventes.

paraissent souvent dans les termes employés et les définitions qui en sont données. On trouvera ci-après les termes et catégories de termes susceptibles d'être définis.

1. Parties à une opération d'EDI

24. Les principales variables à examiner lors du choix des termes à utiliser pour décrire les parties à une opération d'EDI sont les suivantes : 1) les parties doivent-elles être décrites en fonction de la teneur des messages EDI (par exemple, auteur de l'offre et destinataire de l'offre) ou en fonction du mouvement ou de l'ordre des messages EDI (par exemple, créateur et destinataire des données) ? 2) Les parties doivent-elles être décrites en fonction de l'ensemble du processus de communication ou en fonction d'un segment particulier de la chaîne de transmission (par exemple, expéditeur et destinataire d'un message EDI) ? On notera que la terminologie adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux se fonde sur une distinction entre le virement et la série d'ordres de paiement constituant le virement.

25. Il faut réduire au minimum le nombre de termes utilisés, sans sacrifier pour autant la clarté, étant donné notamment que la même partie peut être décrite par des termes différents selon le point de vue (par exemple, le premier destinataire d'un message EDI peut être l'expéditeur d'un message au deuxième destinataire). Cela risque de rendre plus difficile l'identification de la partie à laquelle on se réfère; mais il peut être ainsi plus facile d'énoncer les règles juridiques régissant toutes les parties qui agissent de manière similaire. Par exemple, la “partie expéditrice” pourra être tenue de prendre certaines précautions, qu'elle soit la personne à l'origine de la communication, un opérateur de réseau ou tout autre fournisseur de services tiers.

2. EDI, message EDI et autres termes

26. Comme il a été proposé plus haut (voir les paragraphes 7 à 14), la définition de l'EDI et du message EDI constitue un élément important de la détermination du champ d'application des règles uniformes. En outre, selon les décisions qui seront prises quant à la teneur des règles uniformes, la définition de termes tels qu'“expédier”, “recevoir”, “notifier” et d'autres termes fondés sur les échanges sur papier sera requise aux fins des règles uniformes. Si les règles uniformes traitent de la situation juridique de tiers fournissant des services de communication ou des services à valeur ajoutée, il faudra également définir ces termes.

II. DÉFINITIONS ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES

A. Définitions

23. Il faudra définir certains termes, notamment parce qu'il peut y avoir dans certains pays des divergences entre les termes utilisés dans le domaine juridique et dans celui des télécommunications. Des décisions de principe trans-

B. Dispositions générales

1. Autonomie des parties en vertu des règles uniformes

27. Selon l'approche retenue ces dernières années par les utilisateurs de l'EDI dans la plupart des pays, c'est avant tout au moyen de contrats que l'on s'est efforcé de résoudre les problèmes juridiques que pose le recours à

l'EDI (voir A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 93 à 96). Aussi détaillées que soient les règles uniformes ou les lois nationales pertinentes, de nombreuses questions que pose l'utilisation de l'EDI continueront d'être régies par des contrats entre partenaires commerciaux et opérateurs de réseaux et entre les partenaires commerciaux eux-mêmes. Un certain nombre d'organismes publics ou privés ont élaboré des contrats modèles, ce qui a entraîné une prolifération des accords d'échanges types. Toutefois, on notera que l'un des problèmes que posent ces accords de communication tient à l'incertitude quant au poids qu'auront certaines dispositions contractuelles en cas de litige. Il ressort clairement du débat qui a eu lieu au sein du Groupe de travail lors de sa session précédente que l'un des objectifs des règles uniformes doit être de permettre aux utilisateurs potentiels de l'EDI d'établir une relation valide et sûre au moyen d'un accord de communication dans un réseau fermé.

28. L'existence de ces contrats pose plusieurs questions qu'il faudra sans doute examiner dans les règles uniformes. On pourrait spécifier dans ces règles dans quelle mesure elles doivent être impératives (si elles sont adoptées par un Etat) et dans quelle mesure elles peuvent être modifiées par contrat. Conformément à l'approche retenue par le Groupe de travail à sa session précédente, les règles uniformes pourraient reconnaître en général l'autonomie des parties. Il existe une telle disposition à l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, qui est libellé comme suit :

"Dérogation conventionnelle

Sauf disposition contraire de la présente loi, les parties à un virement peuvent convenir de modifier leurs droits et obligations."

29. Toutefois, étant donné que les contrats entre les opérateurs de réseaux et leurs clients sont presque toujours établis par les opérateurs de réseaux et qu'à de rares exceptions près concernant les gros clients ces opérateurs ne négocieront pas de conditions spéciales avec leurs clients, ces contrats sont un exemple classique du contrat d'adhésion. Les règles uniformes pourraient donc prévoir un moyen d'évaluer l'équité des conditions contractuelles et de déterminer dans quelle mesure elles seront exécutoires. Ce moyen pourrait être propre aux règles uniformes ou relever des moyens plus généraux de contrôle des contrats d'adhésion.

2. *Interprétation des règles uniformes*

30. Il existe différents types de règles d'interprétation. Dans les conventions récentes sur le droit commercial international, on trouve une clause standard disposant qu'il faut tenir compte du caractère international de la convention et de la nécessité d'en promouvoir une application uniforme. En outre, sur le modèle de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, on pourrait inclure une règle prévoyant que les questions concernant les matières régies par la Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire. Toutefois, les décisions qui seront prises quant à la teneur d'une éventuelle

règle d'interprétation pourront dépendre de la forme que revêtiront en définitive les règles uniformes. Une telle règle sera peut-être considérée comme moins appropriée si les règles uniformes prennent la forme d'une loi type.

31. Une autre question liée à l'interprétation doit être traitée : les règles uniformes devraient-elles prévoir des normes pour l'interprétation des actes ou déclarations des parties à une opération EDI ? A ce propos, on notera que l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur les ventes prévoit des normes pour l'interprétation des déclarations faites par une partie. Ces normes sont les suivantes : 1) l'intention de la partie, lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention; 2) le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie aurait donné à cette déclaration dans les mêmes circonstances. Il semble que de telles normes soient particulièrement importantes dans le contexte des relations EDI.

3. *Arbitrage*

32. A sa dernière session, le Groupe de travail a convenu qu'il faudrait faciliter l'accès des parties à l'arbitrage dans le cadre de relations commerciales faisant appel à l'EDI. En particulier, il a été proposé d'envisager des procédures EDI pour la conclusion de conventions d'arbitrage, ainsi que des dispositions légales permettant de confirmer la validité de telles conventions.

4. *Conflits de lois*

33. Les messages EDI peuvent passer par des réseaux de communications dans plusieurs pays, étant donné notamment que les sociétés multinationales ont pour pratique d'utiliser des ordinateurs centraux dans un pays qui peut n'avoir aucun lien avec l'établissement de l'une ou l'autre des parties à une opération commerciale donnée ni avec tout autre aspect de ladite opération commerciale.

34. A sa dernière session, le Groupe de travail a convenu que, dans le cadre de l'élaboration d'un instrument futur sur les questions juridiques liées à l'EDI, la Commission devrait se pencher sur la question de la loi applicable aux relations EDI (voir A/CN.9/360, par. 126). A ce propos, il a été suggéré que l'on énonce une règle selon laquelle les parties à une relation EDI auraient toute liberté pour déterminer la loi applicable à ladite relation. Toutefois, il a été avancé que l'autonomie des parties dans ce domaine devrait être limitée par des considérations d'ordre public international, afin qu'une clause de conflit de lois ne serve pas en fait à éviter l'application de principes juridiques fondamentaux. Selon une autre proposition, il faudrait énoncer une règle de conflit de lois disposant que, sauf convention contraire, une législation nationale donnée sera applicable aux différents segments d'une opération EDI et indiquant une méthode pour la détermination de ladite loi.

35. On se rappellera que la solution retenue à l'article Y joint à la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux se fonde sur une distinction entre le virement dans son ensemble et les différents ordres de paiement émis aux fins du virement. En vertu de cet article, la

loi de l'Etat de la banque réceptrice s'applique à l'ordre de paiement, sauf disposition contraire des parties. En conséquence, les lois applicables peuvent ne pas être les mêmes pour les différents ordres de paiement. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si, dans le cas des communications EDI, la même distinction devrait être retenue ou s'il serait possible d'adopter une approche plus unitaire.

III. CONDITIONS DE FORME

A. Remarques générales

36. Différentes questions, qui pourraient avoir des incidences sur la portée des règles uniformes, devront être traitées lorsque l'on étudiera la manière dont les conditions de forme applicables pourront être rendues compatibles avec l'EDI.

37. La première question tient à une distinction possible entre l'admissibilité des messages EDI dans une procédure d'arbitrage commercial ou une procédure judiciaire et l'acceptation et l'utilisation de ces messages par des autorités administratives. Un bref débat sur la question au sein du Groupe de travail lors de la dernière session a fait apparaître que les règles applicables et les approches retenues dans ces deux types d'instances étaient en général différentes. Dans le domaine administratif, l'accent tendait à être mis sur la collecte d'informations; l'autorité administrative avait davantage de latitude et l'on mettait en général moins l'accent que dans le domaine judiciaire ou arbitral sur les règles et procédures en matière de preuve. Dans le même temps, des règlements administratifs ou des lois (par exemple, des lois fiscales ou des lois sur les opérations de bourse) imposaient parfois des conditions particulières pouvant avoir des incidences sur le régime probatoire. L'une des plus fréquentes de ces exigences était l'obligation imposée aux entités commerciales de tenir des dossiers commerciaux à des fins comptables et fiscales. Dans certains pays, le recours à l'EDI à ces fins était expressément accepté, sous réserve de conditions telles que l'intelligibilité et l'inaltérabilité des enregistrements électroniques. Dans la législation d'autres pays, toutefois, le recours à l'EDI n'était autorisé qu'à condition qu'il soit possible de produire des documents sur papier (voir A/CN.9/360, par. 47). Le Groupe de travail a convenu qu'il ne serait pas approprié pour la Commission de recommander un changement des règles administratives à l'échelon national. Dans le même temps, il a été noté que des recommandations visant à surmonter les obstacles à l'EDI sur le plan international pourraient contribuer à faciliter la suppression de ces obstacles dans le domaine administratif. Le Groupe de travail voudra donc peut-être étudier s'il faudrait énoncer une disposition visant à limiter à l'arbitrage commercial et aux procédures judiciaires le champ des règles uniformes concernant l'admissibilité des données présentées sous forme de messages EDI. Une telle limitation exclurait les relations mettant en jeu des organismes publics. Le Groupe de travail pourra peut-être aussi envisager une variante, fondée sur une approche plus intégrée de l'admissibilité et visant à énoncer des normes applicables également aux relations mettant en jeu des organismes publics. Cette approche intégrée, qui supposerait un examen des règlements administratifs, serait peut-

être nécessaire pour surmonter les exigences de forme imposées par les pouvoirs publics, dont il a été déterminé qu'il s'agissait d'un des principaux obstacles au développement de l'EDI (voir A/CN.9/333, par. 38 à 41).

38. La deuxième question est la suivante : le champ d'application des règles uniformes devrait-il être expressément limité aux relations commerciales établies pour l'échange de biens et de services, à l'exclusion des opérations pour lesquelles, dans divers pays, une certaine forme d'authentification ou d'immatriculation est requise ? Il peut s'agir par exemple des opérations suivantes : vente de biens immobiliers ou de biens mobiliers immatriculés, tels que des navires et aéronefs. Il ne semblerait pas opportun que les règles uniformes régissent des opérations supposant de telles procédures pour lesquelles l'EDI ne se développera sans doute pas dans un avenir proche.

B. Equivalent fonctionnel de l'«écrit»

39. Cette question a été traitée dans divers rapports et notes établis par le Secrétariat (voir A/CN.9/333, par. 20 à 28; A/CN.9/350, par. 68 à 78 et A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 37 à 45). Elle a également été examinée lors du débat préliminaire sur les problèmes juridiques de l'EDI durant la dernière session du Groupe de travail (voir A/CN.9/360, par. 32 à 43).

1. L'exigence légale de l'écrit

40. Lors de sa dernière session, le Groupe de travail a estimé que, pour s'affranchir des obstacles possibles à l'utilisation de l'EDI pouvant découler de l'exigence de l'écrit dans les lois nationales, on pourrait peut-être élargir la définition de l'écrit aux techniques EDI, ce qui permettrait de faciliter le respect de cette exigence par des moyens électroniques. Le but de cette approche, parfois désignée sous l'appellation d'«approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle» serait de permettre et de valider l'utilisation de l'EDI et non de l'imposer (voir ci-dessus, par. 11). Il a été proposé d'envisager une définition de l'écrit qui pourrait être libellé comme suit :

«Par «écrit», on désigne notamment les télégrammes, messages télex ou autres moyens de communication qui assurent la préservation des renseignements y figurant et peuvent être reproduits sur une forme tangible.»

41. Une définition élargie de l'écrit resterait toujours fondée sur une analogie entre les messages EDI et les documents écrits. Elle n'instituerait pas ce concept entièrement nouveau que l'on estime parfois nécessaire pour couvrir les applications les plus avancées de l'EDI. Cependant, une telle définition élargie n'interdirait pas que l'on continue de s'attacher à déterminer quel nouveau concept serait approprié. On notera qu'une définition élargie de l'écrit permettrait de traiter des nombreux cas où les relations EDI restent comparables aux relations fondées sur des documents écrits.

42. L'objet d'une définition élargie de l'écrit est de valider l'utilisation de tout mode de télécommunication, à l'exclusion des communications purement verbales. Il sem-

ble que, dans la définition proposée, l'exigence selon laquelle l'écrit doit pouvoir être reproduit sous une forme tangible n'est toutefois pas nécessaire, puisque la condition selon laquelle les renseignements doivent être préservés semble suffisante à cette fin. En outre, dans la définition proposée, le mot "tangible" pourrait être interprété de manière si étroite qu'un texte apparaissant sur une console de visualisation pourrait ne pas être considéré comme "écrit". C'est pourquoi il serait peut-être préférable d'utiliser par exemple les mots "lisible par l'homme". La reproduction "lisible par l'homme" d'un enregistrement informatique, tout en pouvant être observée par l'œil humain, pourra être sous la forme de codes, de symboles ou de données qui ne seront pas directement compréhensibles par des non-spécialistes. L'utilisation de telles formes ne devrait pas constituer un obstacle à la validation d'enregistrements informatiques, dans la mesure où ceux-ci peuvent être interprétés, notamment par l'application des procédures déjà utilisées lorsque des documents écrits dans une langue étrangère sont présentés lors d'une procédure judiciaire.

43. A ce propos, le Groupe de travail voudra peut-être étudier une définition du mot "document", dont une section a été mentionnée et notée avec intérêt par le Groupe de travail à sa dernière session (voir A/CN.9/360, par. 48). Cette définition, établie à l'intention des tribunaux fédéraux australiens, est libellée comme suit :

"Le mot «document» désigne :

- a) La totalité ou une partie des éléments suivants :
 - i) Tout support papier ou autre matériau sur lequel figure un écrit;
 - ii) Une carte, un plan, un dessin ou une photographie;
 - iii) Tout support papier ou tout autre matériau sur lequel figurent des signes, chiffres, symboles ou perforations ayant un sens pour une personne qualifiée pour les interpréter;
 - iv) Tout article ou matériau à partir duquel des sons, images ou textes peuvent être reproduits avec ou sans l'aide de quelconque autre article ou dispositif;
 - v) Tout article sur lequel des informations ont été stockées, enregistrées, soit mécaniquement, soit électroniquement;
 - vi) Tout autre enregistrement d'informations; ou
- b) Toute copie, reproduction ou duplicata d'un tel élément; ou
- c) Toute partie d'une telle copie, reproduction ou duplicata." (Traduction officielle)

44. Il semble toutefois que, conformément à l'approche "neutre" quant à la technique d'information, le Groupe de travail devrait peut-être éviter d'axer ses travaux sur la définition de la notion d'"écrit" ou de notions connexes telle que celle de "document" (voir A/CN.9/360, par. 49). Il pourrait plutôt envisager d'énoncer les conditions dans lesquelles, lorsque la loi applicable exige que toute donnée soit présentée par "écrit" ou sous la forme d'un "document", l'exigence sera réputée satisfaite.

45. La définition élargie de l'"écrit" proposée à la dernière session du Groupe de travail se fonde sur de nombreuses définitions actuelles (voir A/CN.9/333, par. 13 et 14), qui énumèrent les modes de communication pouvant produire des équivalents acceptables du papier ou les supports matériels acceptables de ces données. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il faudrait retenir une telle approche, étant donné notamment que l'on a estimé, lors de la dernière session, que la définition ne devrait pas être trop étroite, afin d'éviter d'exclure des progrès techniques que l'on ne peut encore envisager (voir A/CN.9/360, par. 37). Au cas où les messages EDI seraient inclus dans une telle liste, il faudrait peut-être définir le "message EDI" (voir ci-dessus, par. 26).

46. Pour éviter de faire obstacle aux progrès technologiques, conformément à l'"approche fonctionnelle" recommandée par le Groupe de travail à sa dernière session, la définition pourrait être axée non sur des modes de communication particuliers, mais sur les fonctions essentielles traditionnellement assurées par l'écrit, et pouvant maintenant être assurées par des techniques EDI. A ce propos, on notera que, parmi les raisons invoquées pour exiger un écrit, par exemple lors de la conclusion d'un contrat, figurent les suivantes : 1) réduire les litiges en veillant à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles; 2) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat; 3) permettre la reproduction d'un document, afin que chaque partie détienne une copie des mêmes données; 4) permettre l'authentification des données par signature; 5) permettre aux tiers de se fonder sur un document lisible par tous; 6) faciliter une vérification ultérieure à des fins comptables, fiscales ou réglementaires.

47. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait bon d'élaborer un concept fondé sur une telle approche. Un tel concept est actuellement à l'étude au sein du Sous-Comité des pratiques commerciales électroniques de l'American Bar Association. Le Sous-Comité s'attache non à modifier les définitions actuelles de l'"écrit", mais à élaborer un concept différent (provisoirement appelé "X") englobant l'écrit et les autres supports d'informations. La définition à l'étude est libellée comme suit :

- "X" est la
- 1) représentation symbolique
 - 2) créée intentionnellement*
 - 3) d'une information
 - 4) sous une forme objectivement observable ou susceptible d'être ramenée à une forme objectivement observable
 - 5) pouvant durer indéfiniment." (Traduction officielle)

48. La référence à une "création intentionnelle" risque d'être interprétée comme visant à introduire dans la définition de l'équivalent d'un "écrit" un élément de certitude quant à l'intention qu'a l'émetteur d'être lié par la teneur du message. A ce propos, il semble qu'il faille établir une distinction claire entre la "création intentionnelle" d'un

*Note du traducteur : l'ordre des critères 1 et 2 a été inversé en français pour des raisons de syntaxe.

équivalent de l'écrit" et l'intention qu'a l'émetteur d'un message EDI d'être lié par la teneur dudit message. Pour la détermination des conditions dans lesquelles l'expéditeur d'un message EDI est lié par la teneur du message, on se reportera utilement à l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux qui énonce les obligations de l'émetteur d'un ordre de paiement (voir ci-après, par. 82 à 86).

2. Définition contractuelle de l'écrit

49. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si, outre une disposition générale sur l'autonomie des parties (voir ci-dessus, par. 28), il serait utile d'envisager une disposition légale visant à éliminer les doutes pouvant subsister dans certains systèmes juridiques quant à la validité de définitions de l'écrit convenue par les parties.

C. Authentification des messages EDI

50. Cette question a été traitée dans des rapports et notes établis précédemment par le Secrétariat (voir A/CN.9/265, par. 49 à 58; A/CN.9/333, par. 50 à 59; A/CN.9/350, par. 86 à 89; et A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 61 à 66). Elle a également été abordée lors du débat préliminaire sur les problèmes juridiques liés à l'EDI à la dernière session du Groupe de travail (voir A/CN.9/360, par. 71 à 75).

51. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si les règles uniformes devraient exiger que les messages EDI soient authentifiés. Il serait peut-être approprié d'énoncer une exigence légale selon laquelle, par exemple, les messages EDI ayant les mêmes fonctions que les originaux sur papier devraient être authentifiés. Toutefois, on notera que, dans le contexte des communications EDI, comme dans celui des communications sur papier, les partenaires commerciaux devraient être libres d'échanger des informations qui ne soient pas authentifiées, mais qui portent simplement une indication d'origine (par exemple, un en-tête). Pour ce qui est des messages ou types de messages qui devraient être authentifiés, le Groupe de travail voudra peut-être étudier si les règles uniformes devraient énoncer des formes impératives ou acceptables d'authentification.

52. D'autres questions devraient être examinées concernant l'authentification et l'utilisation des procédures d'authentification : les règles uniformes devraient-elles énoncer les conséquences du non-respect de la forme prescrite ou convenue d'authentification ? En cas de non-respect, les parties pourront-elles être liées par le message ? Et quelles seront les conséquences d'une authentification frauduleuse ou contrefaite (voir ci-après, par. 82 à 86) ?

53. On pourra juger approprié que la loi dispose que certains messages EDI doivent être authentifiés, mais on estimera peut-être moins utile de spécifier la forme de cette authentification, comme c'était souvent le cas pour la signature dans le passé, car il existe un grand nombre de moyens d'authentifier un message EDI et il en apparaîtra de nouveaux à l'avenir. On peut se demander s'il serait possible et approprié de fixer des critères permettant d'évaluer la forme d'authentification visée. Il est particulièrement important

d'énoncer des critères uniformes, car les autorités nationales pourront prévoir différents types de procédures d'authentification ou différents critères d'évaluation de chaque type d'authentification des messages EDI.

54. On notera qu'un certain nombre d'instruments internationaux récents envisagent l'utilisation d'équivalents fonctionnels de la signature autographe dans le contexte des transmissions électroniques. Ces dispositions donnent généralement une définition élargie de la "signature", telle la définition suivante qui figure à l'article 5 k de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux :

"Le terme «signature» désigne la signature manuscrite ou un fac-similé de celle-ci ou une authentification équivalente effectuée par tout autre moyen."

Toutefois, d'autres instruments, tels que la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, se fondent sur la notion de "convention écrite", définie comme une convention "signée par les parties ou contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes" (art. II).

55. Lors de la dernière session du Groupe de travail, le débat a porté sur les fonctions traditionnelles de la signature autographe apposée sur un document papier. On a fait observer qu'une des fonctions de la signature était d'indiquer au destinataire du document et aux tiers la source dudit document. La signature avait aussi pour fonction d'indiquer que la partie authenticatrice approuvait la teneur du document sous la forme sous laquelle il était émis et avait l'intention d'être liée par cette teneur.

56. Diverses techniques (par exemple, la "signature numérique") ont été mises au point pour authentifier les documents transmis électroniquement. Certaines techniques de codage peuvent authentifier la source d'un message et confirmer l'intégrité de sa teneur. Lors du choix entre ces méthodes d'authentification, il importe de se préoccuper de leur coût, qui peut considérablement varier selon l'ampleur du traitement informatique nécessaire. Ce coût doit être apprécié en fonction des avantages présumés du mode d'authentification retenu et différents degrés d'authentification devront probablement être envisagés par les utilisateurs de l'EDI selon les types de transmission.

57. A sa dernière session, le Groupe de travail a convenu qu'il fallait éliminer l'exigence légale d'une signature dans les communications EDI. Il a aussi estimé qu'il fallait promouvoir l'utilisation de procédures électroniques d'authentification en ce qui concerne la source et le contenu des messages EDI et que ces procédures devraient être adaptées à la nature du message. Les parties devraient être libres de déterminer la nature de ces procédures d'authentification dans les limites de ce qui est commercialement raisonnable. L'idée selon laquelle il faudrait peut-être élaborer des dispositions législatives pour consacrer le principe du "commercialement raisonnable" a reçu un large appui.

Normes commercialement raisonnables d'authentification

58. On notera que l'article 5 de la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux se fonde sur la notion

d'“authentification” ou d'“authentification commercialement raisonnable” et prévoit que l'expéditeur apparent d'un ordre de paiement sera normalement lié par l'ordre de paiement si les procédures d'authentification convenues ont été observées.

59. Pour établir une norme “commercialement raisonnable” d'authentification, il faut tenir compte d'un certain nombre d'éléments. Le caractère commercialement raisonnable d'une norme de sécurité appliquée pour authentifier un message EDI peut considérablement varier en fonction : 1) de l'existence et de la nature des relations contractuelles entre les parties; 2) du statut et de l'importance des parties; 3) de la nature de leur activité commerciale; 4) de la fréquence des opérations commerciales entre les parties; 5) du type et des dimensions de l'opération; 6) du statut et de la fonction de la signature dans un cadre légal et réglementaire donné; 7) des possibilités qu'offrent les systèmes de communication et 8) des procédures d'authentification fixées par les opérateurs des systèmes de communication.

60. Le Gouvernement français a récemment fait établir une étude afin de comparer les niveaux de sécurité qu'offrent la signature traditionnelle sur papier et les techniques d'authentification utilisées dans un environnement électronique. L'étude a conclu que les techniques d'authentification les plus modernes disponibles dans un contexte EDI (par exemple, des techniques fondées sur la cryptographie à clé révélée), permettant d'authentifier la source d'un message et de confirmer l'intégrité de sa teneur, ont des fonctions équivalentes aux procédures considérées comme les plus sûres dans le contexte des signatures manuscrites (par exemple, signature certifiée ou autres formes de signature légalisée), que la signature manuscrite soit requise à des fins de validité ou à des fins de preuve. A l'autre extrémité du spectre, l'étude fait apparaître que les techniques offrant une sécurité réduite dans un environnement électronique (par exemple, l'authentification au moyen d'un numéro personnel d'identification), sont équivalentes, de par leurs fonctions, aux procédures offrant un niveau de sécurité inférieur pour les documents sur papier (par exemple, les signatures reproduites par tampon, symbole, impression, fac-similé, perforation ou par d'autres moyens mécaniques). Ces techniques d'authentification les moins sûres identifient l'origine du message, mais ne garantissent pas l'identification personnelle de l'expéditeur, ni ne confirment la teneur du message. L'étude conclut que toute tentative de réglementer l'authentification dans un environnement électronique devrait se fonder sur une hiérarchie des “signatures informatiques”. Si les procédures les plus sûres pourront être considérées comme l'équivalent d'une signature manuscrite, les procédures les moins sûres pourront être considérées comme ayant valeur de présomption de l'authenticité du message⁶.

61. Il ne semble pas qu'il serait approprié pour le Groupe de travail de s'attacher à définir le caractère “commercialement raisonnable” d'une procédure d'authentification par référence à telle ou telle technique. A ce propos, il semble aussi que, lorsqu'il traitera de la question de

l'authentification en général, le Groupe de travail ne devrait pas supposer que tous les utilisateurs de l'EDI utiliseront des techniques fondées sur telle ou telle forme de système de certification public ou privé fiable, central ou géré par des tiers. Si les parties à une relation EDI devraient être libres de faire appel à un tiers fournisseur de services d'authentification, il pourrait être jugé inapproprié d'encourager dans les règles uniformes le recours à de telles méthodes au motif que, dans un certain nombre de cas, l'intervention d'un tiers à la seule fin d'authentifier les messages EDI pourrait être considérée comme une nouvelle exigence injustifiée entraînant une augmentation du coût de l'opération. En outre, dans certains cas où il est fait appel à des systèmes publics de certification, ces techniques d'authentification pourront être considérées comme créant des obstacles commerciaux injustifiés.

62. Le Groupe de travail jugera peut-être approprié, toutefois, d'indiquer dans une disposition des règles uniformes que les conditions actuelles, selon lesquelles les documents doivent être signés ou authentifiés, sont réputées satisfaites si l'émetteur apparent ou le destinataire d'un message se conforment aux procédures de sécurité qui sont : convenues par les parties; fixées par les règles applicables du système de communication; ou commercialement raisonnables selon les circonstances. On pourrait également disposer que, pour déterminer si les procédures de sécurité sont commercialement raisonnables en l'espèce, les facteurs suivants devront être pris en compte : respect des règles applicables du système; importance et niveau technologique des parties; type de données échangées; raisons pour lesquelles la loi impose une signature; ampleur de l'opération résultant de l'échange; disponibilité et coût des techniques de sécurité.

63. Pour ce qui est des modes de communication largement utilisés offrant un degré d'authentification peu élevé (par exemple, la télécopie), on notera que, dans certains pays, les données transmises par ces moyens, si elles ne sont en général pas acceptées comme l'équivalent de la communication d'un original sur papier, peuvent néanmoins exercer des effets juridiques, tels que l'interruption d'une période de prescription ou toute autre période, à condition qu'une authentification de l'information soit ultérieurement donnée au bénéficiaire. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si la réception d'un document télécopié pourrait être considérée comme créant une présomption de réception de l'information originale, sous réserve d'une confirmation ultérieure de la communication d'une manière permettant une authentification appropriée.

D. Exigence d'un original

64. Cette question a déjà été traitée dans divers rapports et notes du Secrétariat (voir les documents A/CN.9/265, par. 43 à 48; A/CN.9/350, par. 84 et 85; et A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 56 à 60). Elle a en outre été traitée dans le cadre de l'examen préalable des questions juridiques soulevées par l'EDI lors de la session précédente du Groupe de travail (voir le document A/CN.9/360, par. 60 à 70).

65. Lors de la précédente session du Groupe de travail, on a estimé dans l'ensemble que la notion d'un “original”

⁶Une copie de l'étude de M. Devys, intitulée “Du sceau numérique ... à la signature numérique”, a été communiquée au Secrétariat. L'étude doit être publiée dans *Actualité juridique — Droit administratif*, novembre 1992.

avait peu d'intérêt dans le contexte EDI. On a considéré que la notion d'un "enregistrement" susceptible d'être présenté sous une forme lisible était plus appropriée. On a adopté une approche dite d'"équivalence fonctionnelle" des buts et fonctions traditionnellement associés à la notion d'original sur papier afin de déterminer comment on pourrait atteindre ces buts ou accomplir ces fonctions au moyen des techniques EDI.

1. *Equivalent fonctionnel*

66. Les buts et fonctions traditionnels des originaux reposent sur l'idée que quiconque intente une action en justice ou fait valoir des droits fondés sur un document doit en posséder l'original, ou pouvoir justifier l'avoir perdu, pour prouver qu'il est vraiment le titulaire des droits en question. Les originaux ont d'autres raisons d'être, en particulier lorsqu'il est nécessaire de présenter les meilleurs éléments de preuve possibles ou d'authentifier des transactions. Par ailleurs, il arrive que l'original ne puisse pas être retrouvé. Il est alors juridiquement possible de faire appel à des moyens permettant de recréer l'original, ce qui démontre que l'exigence d'un original n'est pas absolue.

67. On estime qu'un original a pour fonction de garantir le degré le plus élevé possible d'authenticité de l'information qui y est portée, aussi, pour définir un équivalent fonctionnel applicable dans un contexte EDI, l'exigence d'un original peut-elle être considérée comme une variante de l'exigence d'une authentification en bonne et due forme des données.

68. Les règles uniformes pourraient donc disposer que l'exigence d'un original (autre que l'original d'un titre ou d'un effet de commerce) est satisfaite lorsque la preuve est rapportée que le message EDI ou la sortie d'imprimante reproduit bien le message tel qu'il a été envoyé, tel qu'il a été reçu ou tel qu'il est stocké. Pour atteindre cette équivalence fonctionnelle, il conviendrait d'énoncer des normes afin que les méthodes d'authentification en usage garantissent que le message EDI reçu est le même que celui qui a été émis, vérifient l'intégrité du message et en assurent le non-rejet par l'expéditeur. La "signature numérique" joue dans ce domaine un rôle central (voir plus haut le paragraphe 56). Ce procédé, qui suppose le chiffrement partiel ou total d'un message, permet de s'assurer que le message émane bien de l'expéditeur apparent et qu'il n'a pas été altéré; le destinataire pourrait aussi l'utiliser pour empêcher l'expéditeur de prétendre n'avoir pas transmis le message.

69. En outre, les règles uniformes pourraient disposer que les messages ainsi authentifiés devaient être protégés contre toute altération après réception et stockage. On pourrait devoir introduire une règle de priorité afin de régler le problème posé au cas où seraient présentées plusieurs versions conflictuelles d'un message (message tel qu'il a été envoyé, tel qu'il a été reçu ou tel qu'il est stocké, par exemple). Dans le cadre d'une telle disposition, il serait peut-être nécessaire d'opérer une distinction entre les cas où l'information doit être présentée sous sa forme originale, ou être simplement conservée sous sa forme originale. A ce propos, on devra régler la question qui se

posera au cas où les autorités de tutelle exigeraient que soit conservé le logiciel nécessaire à l'interprétation des documents archivés.

2. *Règles contractuelles*

70. Dans certains systèmes juridiques, les dispositions légales en vigueur énumérant un nombre restreint de cas dans lesquels il est possible de remplacer l'original par une copie ayant même force probante risquent d'empêcher toute définition contractuelle de l'original qui n'y figurerait pas. Aussi, le Groupe de travail voudra-t-il peut-être se demander si, en plus d'une disposition de caractère général sur l'autonomie des parties (voir plus haut le paragraphe 28), il ne serait pas utile d'envisager une disposition impérative validant toute définition de l'"original" convenue par les parties.

E. *Force probante des messages EDI*

71. Les questions que soulèvent l'admissibilité et la valeur des preuves informatiques ont déjà été traitées dans divers rapports et notes établis par le Secrétariat (voir les documents A/CN.9/265, par. 27 à 48; A/CN.9/333, par. 29 à 41; A/CN.9/350, par. 79 à 83; et A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 46 à 55). Elles ont en outre été traitées dans le cadre de l'examen préliminaire des questions juridiques posées par l'EDI lors de la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/360, par. 44 à 59).

72. Si les questions d'admissibilité et de valeur des preuves informatiques se posent dans le cadre de procédures tant arbitrales que judiciaires, on notera que c'est dans la sphère judiciaire que se posent les problèmes les plus aigus, et non dans l'arbitrage car parmi les pouvoirs conférés aux tribunaux arbitraux figure généralement le pouvoir de statuer sur l'admissibilité et la valeur de tout moyen de preuve.

1. *Admissibilité des moyens de preuve produits par EDI*

73. Dans certains systèmes juridiques où existent, en principe, des obstacles à l'admissibilité des enregistrements informatiques comme moyens de preuve dans les procédures judiciaires, ces obstacles naissent de l'existence d'une liste exhaustive des moyens de preuve admissibles, qui peut proscrire les enregistrements informatiques ou disposer qu'ils ne constituent qu'un commencement de preuve. Dans certains pays de *common law*, les obstacles à l'admissibilité des enregistrements informatiques naissent du fait que les tribunaux ne peuvent pas, en principe, admettre les témoignages indirects ("*hearsay evidence*"). Toutefois, dans certains pays de *common law*, on a estimé que les sorties d'imprimantes étaient couvertes par l'exception à la règle du *hearsay* dont bénéficient les enregistrements à caractère commercial.

74. Etant donné les subtilités et les incertitudes qui pourraient découler des exigences légales évoquées ci-dessus en matière de preuve, il serait peut-être souhaitable d'incor-

porer aux règles uniformes une disposition de caractère général qui énoncerait que les moyens de preuve produits par ordinateur sont admissibles au même titre que les éléments d'information sur support papier. Une telle disposition pourrait exclure expressément les messages EDI du champ d'application des règles en vigueur régissant la forme "écrite" ou "originale" des moyens de preuve admissibles, ou du champ d'application des dispositions écartant le témoignage indirect ("*hearsay evidence*").

2. Valeur des moyens de preuve produits par EDI

75. Lors de sa précédente session, le Groupe de travail a dans l'ensemble estimé que si l'on pouvait probablement arriver à un accord sur l'admissibilité au sens strict du terme (c'est-à-dire le droit donné aux parties de produire des enregistrements électroniques dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives), il subsisterait des difficultés quant aux critères que devraient appliquer les tribunaux ou les instances administratives pour évaluer la force probante de tels enregistrements (voir le document A/CN.9/360, par. 50).

76. Dans certains pays où les parties à un litige commercial sont, en règle générale, autorisées à soumettre tout type de preuve pertinent en l'espèce, des règles précises ont été élaborées qui régissent la production des moyens de preuve électroniques. Ces règles ont pour objet d'établir l'intelligibilité, la fiabilité et la crédibilité des moyens de preuve; elles sont plus particulièrement axées sur la méthode de saisie des données et sur le niveau de protection dont jouissent ces données contre toute altération. Dans nombre de pays appartenant à ce groupe, lorsque la précision ou la valeur des moyens de preuve électroniques sont contestées, il incombe au juge de déterminer dans quelle mesure il convient de leur attacher foi. Cette évaluation de la qualité des moyens de preuve électroniques peut être soit laissée entièrement à la discrétion du juge, soit s'appuyer sur des éléments parmi lesquels on citera le degré de sécurité du système qui a produit le moyen de preuve, sa gestion et son organisation, son mode de fonctionnement et tout autre critère jugé applicable à la fiabilité des moyens de preuve.

77. Dans les pays où on ne peut admettre de preuve produite par ordinateur qu'au titre de l'exception à la règle du "*hearsay*" dont bénéficient les "enregistrements commerciaux", quiconque présente un tel moyen de preuve doit normalement démontrer que l'information a bien été recueillie dans le cadre normal de l'activité professionnelle et doit décrire l'enchaînement des faits — du stade de la compilation de l'information jusqu'au moment où le moyen de preuve prend la forme sous laquelle il est soumis — afin qu'il soit possible de vérifier l'intégrité et la fiabilité du système l'ayant produit. Dans certains cas, une attestation d'experts doit être produite afin que soit certifiée la fiabilité de la preuve.

78. L'approche choisie dans tous les systèmes juridiques susmentionnés est axée, estime-t-on, sur la fiabilité des systèmes informatiques et des données. A sa session précédente, le Groupe de travail a jugé qu'étant donné la diversité des solutions retenues en matière de preuve, il n'y avait pas lieu d'élaborer des dispositions législatives types

détaillées. Il serait préférable de recommander la suppression, dans toute la mesure possible, des obstacles à l'admissibilité des messages EDI. Dans le même temps, on a fait observer que, pour pouvoir donner des orientations utiles, une telle recommandation ne devait pas être de portée trop générale (voir le document A/CN.9/360, par. 50).

79. Pour ce qui est de la teneur d'une telle recommandation, le Groupe de travail pourra se demander s'il serait souhaitable de définir des normes générales relatives à la maintenance et à la fiabilité des systèmes informatiques. Quant à la fiabilité des données contenues dans un message, on estime que cette question pourrait être traitée de manière appropriée dans le cadre des règles sur le degré de sécurité et d'authentification que doivent présenter les messages liant leur auteur. Une norme minimum de sécurité pourrait être particulièrement utile en ce qui concerne les questions de preuve. Etant donné les coûts qu'engendre souvent la certification par expert visée plus haut, le Groupe de travail souhaitera peut-être établir une présomption d'admissibilité et de validité des messages EDI, sous réserve que soit rapportée la preuve que les procédures de sécurité prescrites ont bien été appliquées.

80. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager de lier les questions de preuve à la question fondamentale des faits soumis au juge du fait comme on l'a proposé lors de la précédente session (voir le document A/CN.9/360, par. 51). Ainsi, si la seule question posée était de savoir si une partie a bien été avisée, l'enquête n'aurait pour objet que de déterminer si le message EDI a ou non été reçu; si la question était de savoir si l'expéditeur était lié par le message, les questions d'authenticité et de vérification devraient être examinées.

3. Règles contractuelles

81. Les conventions privées sur la forme des moyens de preuve risquant d'être entachées de nullité dans certains pays, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, en plus d'une disposition de caractère général sur l'autonomie des parties (voir plus haut le paragraphe 28), il ne serait pas utile d'envisager une disposition impérative qui aurait pour effet d'écartier les incertitudes pouvant peser dans certains systèmes juridiques sur la validité des conventions privées sur les moyens de preuve admissibles.

IV. OBLIGATIONS DES PARTIES

A. Obligations de l'expéditeur d'un message

82. Le Groupe de travail souhaitera peut-être fonder ses débats sur le texte de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. La règle fondamentale qu'énonce l'article 5-1 de ladite loi est la suivante :

"L'expéditeur est lié par un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement s'ils ont été émis par lui ou par toute autre personne qui avait le pouvoir de le lier."

83. Dans la Loi type, on n'essaie pas de déterminer les conditions en vertu desquelles une autre personne aurait

autorité pour lier l'expéditeur. Cette question doit être réglée conformément à la loi applicable par ailleurs. Le corollaire de la règle qu'énonce l'article 5-1 est que l'expéditeur apparent n'est pas lié par un ordre de paiement qui n'a pas été expédié par lui ou par une personne ayant pouvoir de le lier. Cela reste la règle dans la Loi type lorsque la procédure d'authentification utilisée est la "simple comparaison de signatures". En pareil cas, c'est la règle traditionnelle qui s'applique, à savoir que la banque réceptrice assume le risque de contrefaçon. La disposition susmentionnée suscite une question, à savoir à quel stade une "simple comparaison de signatures" cesse-t-elle de l'être pour devenir quelque chose de plus complexe, soumettant ainsi la procédure d'authentification aux dispositions de la Loi type élaborées pour l'authentification des ordres de paiement électroniques. La banque réceptrice assume en outre le risque qu'un ordre de paiement ne soit pas autorisé dans le cas, très hypothétique, où aucune procédure d'authentification n'aurait été convenue entre la banque et son client.

84. La question la plus importante examinée lors de l'élaboration de cet article de la Loi type était celle que posaient les ordres de paiement électroniques non autorisés. Lorsque la procédure d'authentification donne les résultats escomptés, la banque réceptrice ne peut pas distinguer entre un ordre de paiement autorisé et un ordre de paiement qui ne l'est pas. L'article 5-2 dispose que lorsque la procédure d'authentification s'opère autrement que par une "simple comparaison de signatures", l'expéditeur apparent est lié par l'ordre de paiement, même si l'ordre de paiement n'a pas été émis par lui ou par toute autre personne qui avait le pouvoir de le lier :

"a) Si l'authentification est, compte tenu des circonstances, une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés, et

b) Si la banque réceptrice a respecté la procédure d'authentification."

85. Dans la Loi type, on n'a pas cherché à définir ce que serait une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés (voir plus haut les paragraphes 53 à 63).

86. Lorsque l'ordre de paiement non autorisé résulte des actes d'une personne associée soit à l'expéditeur, soit à la banque réceptrice, l'article 5-4 attribue le préjudice à cette entité. Il est ainsi rédigé :

"4. Un expéditeur apparent n'est toutefois pas lié en application du paragraphe 2 s'il prouve que l'ordre de paiement qu'a reçu la banque réceptrice résulte des actes d'une personne qui n'est ni

a) Un employé ou ancien employé de l'expéditeur apparent, ni

b) Une personne qui, de par sa relation avec l'expéditeur apparent, a eu accès à la procédure d'authentification.

La phrase qui précède ne s'applique pas si la banque réceptrice prouve que l'ordre de paiement résulte des actes d'une personne qui a eu accès à la procédure d'authentification par la faute de l'expéditeur apparent."

B. Obligations découlant de la transmission

87. Cette question a déjà été traitée dans divers rapports (voir les documents A/CN.9/333, par. 48 et 49; A/CN.9/350, par. 92 et A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 80 et 81). A sa précédente session, le Groupe de travail a décidé d'inscrire la question des problèmes juridiques liés aux communications sur la liste des activités futures possibles (voir le document A/CN.9/360, par. 125).

1. Accusé de réception fonctionnel

88. On trouve dans plusieurs des règlements et des accords de types de communication élaborés récemment des dispositions spéciales préconisant l'utilisation systématique d'"accusés de réception fonctionnels" et de procédures de vérification. L'accusé de réception contribue à éliminer divers problèmes — ambiguïtés ou malentendus — ainsi que les erreurs de transmission. Les accords de communication diffèrent souvent les uns des autres en ce qui concerne les caractéristiques des accusés de réception fonctionnels qu'ils imposent. En outre, ils diffèrent en ce qui concerne les conséquences qu'ils attachent au fait d'accuser ou non réception.

89. L'utilisation d'accusés de réception fonctionnels relève d'une décision d'affaires et il n'est pas souhaitable que les règles uniformes créent une obligation d'accuser réception, pas plus qu'elles ne doivent imposer l'utilisation de telle ou telle procédure de sécurité. Toutefois, on notera que dans l'hypothèse où des communications EDI s'effectueraient dans un environnement ouvert, des règles implicites sur les accusés de réception pourraient se révéler nécessaires.

90. A ce propos, il convient d'indiquer clairement que le simple fait d'accuser réception d'un message ne lie pas la partie qui accuse réception, sauf convention contraire des parties. En accusant réception d'un message, on se contente d'indiquer qu'il a bien été reçu et il ne faut donc pas confondre accusé de réception par le destinataire et accord sur le contenu du message. Toutefois, s'il y a accusé de réception, il y a présomption de réception du message et de réception sans défauts, tels que omission ou erreur de présentation ou de syntaxe.

91. Lorsqu'il se penchera sur d'éventuelles règles par défaut sur les accusés de réception, le Groupe de travail voudra peut-être fonder ses travaux sur les paragraphes 4 à 8 de l'article 3 du projet de "Code informatique", ci-après dénommé projet de code informatique NRCCL, établi par le Centre de recherche norvégien sur l'informatique et le droit (NRCCL). Ces paragraphes se lisent comme suit :

"Article 3. Formation des contrats

4. Toute partie peut demander à la partie qui reçoit le message qu'elle en accuse réception.

5. L'accusé de réception est donné dans les meilleurs délais et au plus tard dans un délai d'un jour ouvrable suivant le jour de réception du message.

6. Le destinataire d'une telle demande ne peut donner suite au message reçu que lorsqu'il en a accusé réception.

7. Si le message est une offre, l'acceptation tient lieu d'accusé de réception, si elle est notifiée dans les meilleurs délais.

8. Lorsque l'expéditeur ne reçoit pas d'accusé de réception dans les délais prévus, il peut considérer le message comme nul et non avenue lorsqu'il en avise la partie réceptrice⁷."

92. Pour le Secrétariat, le paragraphe 7 du projet d'article 3 est une règle qui peut paraître trop stricte car rien n'interdit, semble-t-il, certaines formes d'acceptation différée de produire un effet légal. Ainsi, comme le prévoit l'article 18-3 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, en raison des habitudes qui se sont établies entre les parties, ou des usages, il arrive que, dans un contrat de vente de marchandises, le destinataire de l'offre indique qu'il acquiesce en accomplissant un acte se rapportant, par exemple, à l'expédition des marchandises ou au paiement du prix, sans communication à l'auteur de l'offre.

93. Le paragraphe 8 du projet d'article 3 vise les cas où l'ordinateur du destinataire n'a pas accusé réception et où le destinataire n'en est pas informé. La réception d'une notification l'en informerait. Dès qu'il y a eu notification qu'un message est considéré comme nul et non avenue, l'expéditeur ne peut plus être considéré comme responsable du fait que le destinataire s'est fondé sur ce message. Une telle règle pourrait être nécessaire afin d'éviter qu'un message ne soit considéré comme nul et non avenue dès lors que l'expéditeur n'aurait pas reçu à temps d'accusé de réception. Si un message était considéré comme nul et non avenue en pareil cas, une partie pourrait être dissuadée de recourir à l'EDI pour l'expédition de tout message qu'elle serait tenue d'expédier en vertu d'une obligation contractuelle ou autre. En pareil cas, le destinataire, en décidant d'envoyer ou de ne pas envoyer un accusé de réception, serait en mesure d'influer sur la situation légale de l'expéditeur. L'intérêt de la disposition énoncée au paragraphe 8 du projet d'article 3 présenté plus haut est que l'absence d'accusé de réception ne retarde pas l'entrée en vigueur du message. Cette disposition préserve les droits de l'expéditeur lorsque, par des moyens autres qu'un accusé de réception, il peut prouver que le message a bien été reçu.

2. Enregistrement des opérations

94. La décision de conserver ou non un enregistrement des opérations est une décision d'affaires qui doit être prise dans le cadre défini par la loi nationale. Toutefois, on estime qu'une règle fondamentale pourrait être nécessaire afin que les enregistrements électroniques soient acceptés au même titre que les enregistrements sur papier.

V. FORMATION DES CONTRATS

95. Les questions soulevées par la formation des contrats ont déjà été examinées dans divers rapports (voir les documents A/CN.9/333, par. 60 à 75, A/CN.9/350, par. 93 à

108 et A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 67 à 78). Elles ont aussi été traitées dans le cadre de l'examen préliminaire des questions juridiques posées par l'EDI à la précédente session du Groupe de travail (voir le document A/CN.9/360, par. 76 à 95).

A. Consentement, offre et acceptation

96. A sa précédente session, le Groupe de travail a axé l'examen de cette question sur les cas où les parties étaient liées par un accord conclu avant l'instauration d'une relation EDI les autorisant expressément à conclure des contrats futurs par l'échange de messages EDI (voir le document A/CN.9/360, par. 76). Le Secrétariat propose donc que le Groupe de travail envisage l'élaboration d'une disposition légale uniforme afin que dans tous les systèmes juridiques les parties soient autorisées à convenir valablement de l'instauration de tels accords-cadres.

97. Le Groupe de travail a en outre décidé qu'il fallait engager des travaux pour déterminer le champ d'application et la teneur d'un éventuel ensemble de règles juridiques à appliquer faute d'accord entre les parties (accord bilatéral ou règlement intérieur élaboré par un exploitant de réseau, par exemple). On a estimé que dans ce domaine il fallait porter une attention particulière au fait que les utilisateurs de l'EDI avaient besoin de certitude quant aux règles de droit applicables et que la nécessité de se fonder sur l'interprétation des règles traditionnelles régissant les opérations sur papier risquait de ne pas donner satisfaction en la matière (voir le document A/CN.9/360, par. 86). Dans les règles uniformes pourrait figurer une disposition de caractère général validant les contrats formés par l'intermédiaire de moyens de communication ne faisant pas appel au papier. Une telle disposition pourrait énoncer que les contrats peuvent être valablement conclus par tout moyen, y compris les moyens de transmission électronique ou optique.

98. On estime généralement que les questions d'offre et d'acceptation pourraient revêtir une importance particulière dans un environnement EDI car l'EDI offre de nouvelles possibilités d'automatisation du processus de prise de décisions aboutissant à la formation du contrat. Cette automatisation pourrait accroître le risque, faute d'un contrôle direct exercé par les propriétaires de l'ordinateur, qu'un message soit expédié et qu'un contrat soit formé qui ne refléterait pas l'intention réelle d'une ou plusieurs parties au moment de la formation du contrat. Elle accroît également le risque que, lorsqu'un message est créé qui ne reflète pas l'intention de l'expéditeur, cette erreur ne soit détectée par l'expéditeur ou par le destinataire que lorsque entrera en vigueur le contrat formé par erreur. Les conséquences d'erreurs de ce type dans la création d'un message peuvent donc être plus graves avec l'EDI qu'avec les moyens classiques de communication, car le contrat formé par erreur risque d'être exécuté automatiquement.

99. A la précédente session du Groupe de travail, on a cité des cas de formation de contrats par EDI sans intervention humaine (voir le document A/CN.9/360, par. 83 à 85). On a proposé que quiconque avait, ou était réputé avoir, la maîtrise d'une application informatique soit réputé avoir

⁷Rolf Riisnaes, "EDI and National Legislation — Teresa (86)", Chambre de commerce internationale, document n° 460-10/Int.43 (14 février 1992).

approuvé l'expédition de tous les messages expédiés par ladite application. Selon une autre proposition, qu'il y a eu ou non expression du consentement à la formation d'un contrat, toutes les conséquences de l'exploitation d'un système informatique devaient incomber à la personne à qui incombait le risque lié à cette exploitation (voir le document A/CN.9/360, par. 81). On a fait observer que l'ordinateur, qui avait été programmé pour donner suite automatiquement à une offre par un acte d'acceptation, n'exprimait pas en fait son consentement à la formation du contrat, mais ne faisait qu'établir que la volonté de l'auteur de l'offre avait rencontré la volonté de la partie acceptant cette offre. Il a été noté que l'auteur d'une offre apparemment acceptée ne pouvait pas déterminer si l'acceptation apparente résultait d'une intervention humaine ou d'un automatisme. De manière plus générale, on a indiqué que les deux parties devaient être en mesure de se fonder sur l'offre apparente et sur l'acceptation apparente échangée entre leurs ordinateurs. On a proposé qu'une règle soit élaborée à cet effet (voir le document A/CN.9/360, par. 84).

100. On a en outre estimé qu'il faudrait peut-être énoncer sous la forme d'une règle que, sauf convention contraire, lorsqu'un contrat a été formé comme suite à l'application d'un programme informatique, la partie qui exécute le contrat doit donner avis exprès de la formation du contrat à l'autre partie (voir le document A/CN.9/360, par. 85 et 86).

101. En ce qui concerne le contenu des dispositions proposées ci-dessus, on pourra privilégier l'approche adoptée dans le projet de "Principes pour les contrats commerciaux internationaux" établi par l'Institut pour l'unification du droit privé (ci-après dénommé les Principes d'UNIDROIT), ainsi rédigé (traduction officieuse) :

"Article 2.16 (Forme du contrat)

1. Nulle disposition des présents Principes n'exige qu'un contrat soit conclu ou attesté par écrit. Il peut être prouvé par tout moyen, y compris par témoignage.

Article 3.1 (Validité d'un simple accord des parties)

Un contrat est conclu, modifié ou résilié par simple accord des parties, sans autre exigence."

102. S'inspirant des mêmes principes, le projet de code informatique NRCCCL est ainsi rédigé (traduction officieuse) :

"Article 3. Formation des contrats

1. Les contrats peuvent valablement être conclus et attestés par tout moyen.

2. Une offre ou la suite donnée à une offre, faite par EDI, prend effet lorsqu'elle est communiquée au système informatique de l'autre partie.

3. Le contrat formé par EDI est réputé conclu au moment et au lieu où le message constituant acceptation d'une offre est communiqué au système informatique du destinataire.

Si le message est stocké temporairement dans l'installation d'un pays tiers, ou y transite temporairement, le lieu où se trouve le système informatique interprétant et traitant le message doit être considéré comme le lieu de la conclusion du contrat."

B. Date de la formation

103. On notera que, pour ce qui est de la question de la date de la formation des contrats dans le cadre de relations EDI, deux solutions se rencontrent fréquemment dans les systèmes juridiques (voir le document A/CN.9/333, par. 72 à 74) : la règle de la réception et la règle de l'expédition. En application de la règle de l'expédition, un contrat est formé lorsque la déclaration d'acceptation d'une offre est envoyée à l'auteur de l'offre par son destinataire. Selon la règle de la réception, un contrat est formé lorsque l'acceptation du destinataire de l'offre est reçue par l'auteur de l'offre. A sa précédente session, le Groupe de travail a noté qu'il s'agissait là d'une des principales questions qui pouvaient être réglées dans un accord de communication, faute de dispositions légales impératives. L'article 9.2 de l'"Accord type européen pour l'EDI", établi par la Commission des Communautés européennes (mai 1991) et libellé comme suit, constituait une telle disposition contractuelle :

"Sauf convention contraire, un contrat par EDI sera considéré conclu au moment et au lieu où le message EDI constituant l'acceptation d'une offre est mis à la disposition du système d'information du destinataire."

104. On se rappellera en outre que l'étude intitulée "La formation des contrats par échange de données informatisées", récemment établie pour la Commission des Communautés européennes dans le cadre du programme TEDIS, contient un chapitre sur la question de la date et du lieu de la formation des contrats. Selon les conclusions de cette étude, la règle de la réception doit être privilégiée, étant particulièrement bien adaptée à l'EDI. La règle de la réception est conforme aux articles 15-1, 18-2 et 23 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, au projet de principes élaboré par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et à la législation d'un certain nombre d'Etats.

105. A sa précédente session, le Groupe de travail a convenu que toute règle applicable à la date et au lieu de formation des contrats dans un cadre électronique devait être fondée sur le principe de l'autonomie des parties. Pour ce qui est de la définition de la règle qui pourrait être appliquée en l'absence d'une convention préalable des parties, il a été convenu que cette règle devait avoir pour principal objectif d'éviter toute incertitude pour toutes les parties en jeu.

106. Il ne semble pas qu'il y ait d'inconvénient à adopter une règle disposant qu'un message EDI prend effet lorsqu'il est communiqué au système informatique de la partie réceptrice. En vertu d'une telle disposition, un contrat serait formé au moment où l'acceptation d'une offre prend effet. Une telle disposition s'appliquerait également pour déterminer le moment où prennent effet des messages EDI tels que avis d'expédition et factures de la marchandise expédiée, qui ne sont pas transmis aux fins de la conclusion d'un contrat. Pour le Secrétariat, si une telle règle devait être adoptée, les termes "communiqué au système informatique du destinataire" devraient être définis de manière restrictive afin que seul le système informatique placé directement sous l'autorité du destinataire soit couvert, à l'exclusion de tout prestataire de services tiers ne pouvant pas être considéré comme un agent du destinataire.

C. Lieu de formation du contrat

107. Le lieu de la formation d'un contrat peut avoir certains effets légaux. Par exemple, il peut présenter un intérêt à des fins fiscales ou d'immatriculation et il peut être un critère dans la détermination de la juridiction compétente ou de la loi applicable au contrat, ou encore de la forme qu'il doit revêtir.

108. La détermination du lieu de la formation d'un contrat peut présenter des difficultés particulières lorsqu'il est fait usage de l'EDI. La transmission de messages EDI peut être amorcée dans différents endroits, tels que l'établissement commercial de l'expéditeur, ou l'endroit où l'expéditeur avait ses ordinateurs, ou tout lieu à partir duquel l'expéditeur peut opérer, par exemple, au moyen d'un ordinateur portable. Durant la transmission, en particulier lorsqu'il y a intervention de prestataires de services, les messages EDI peuvent transiter par différents endroits qui n'ont aucun rapport avec le contrat commercial sous-jacent. Lors de la dernière session du Groupe de travail, on a fait observer que seul le lieu où le message était mis à la disposition du destinataire serait suffisamment prévisible pour donner une certitude juridique, notamment pour ce qui est du lieu de la formation du contrat (voir le document A/CN.9/360, par. 88). Toutefois, il a été noté que l'élaboration d'une disposition pourrait se révéler difficile, étant donné que pouvaient intervenir diverses parties commerciales et divers prestataires de services, exploitant chacun des ordinateurs à partir de lieux distincts. Il a été convenu qu'il faudrait probablement énoncer des exceptions à la règle de la réception pour les cas où le lieu de la réception ne pouvait être objectivement déterminé par les parties au moment où le contrat était formé et pour ceux où le lieu de la réception pouvait n'avoir aucune relation avec l'opération sous-jacente. On a proposé que le lieu de formation du contrat soit déterminé par référence à un événement objectif de manière à éviter qu'il ne soit improprement rattaché, par exemple, au lieu où se trouvaient les ordinateurs. En raison de l'éventuelle incertitude concernant le lieu d'exploitation des installations informatiques du destinataire, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si l'établissement commercial du destinataire ne serait pas un lieu plus approprié et plus facile à déterminer pour la formation des contrats.

D. Conditions générales

109. La principale question que soulèvent les conditions générales des contrats est de savoir dans quelle mesure elles peuvent être opposées à l'autre partie contractante (voir le document A/CN.9/333, par. 65 à 68). Dans nombre de pays, les tribunaux se demanderont si l'on peut raisonnablement déduire du contexte que la partie à laquelle les conditions générales sont opposées a eu la possibilité de s'informer de leur teneur, ou si l'on peut considérer que ladite partie a expressément ou implicitement accepté de ne pas s'opposer à leur application partielle ou totale.

110. L'EDI n'est, tout au moins à l'heure actuelle, ni doté des moyens techniques, ni même conçu pour transmettre toutes les clauses juridiques des conditions générales figurant au verso des bons de commande, accusés de réception

et autres documents sur papier traditionnellement utilisés par les partenaires commerciaux. On pourrait combler cette lacune en incorporant les conditions générales à l'accord de communication conclu entre les partenaires commerciaux. Toutefois, certains accords types excluent expressément l'incorporation de conditions générales, en s'appuyant sur le principe exprimé à l'article premier des règles UNCID (voir le document A/CN.9/WG.IV/WP.53, annexe) selon lequel l'accord ne doit porter que sur l'échange de données et non sur le contenu de la transmission, contenu qui pourrait impliquer l'examen de diverses obligations commerciales ou contractuelles sous-jacentes des parties.

111. A la session précédente, on a mentionné diverses méthodes permettant d'assurer l'applicabilité des conditions générales aux contrats formés par des messages EDI sans compromettre le bon rapport coût-efficacité de ce type d'échanges (voir le document A/CN.9/360, par. 93). On a fait observer qu'il faudrait veiller, dans les techniques utilisées, à donner aux parties la possibilité de connaître la teneur des conditions générales, ou tout au moins de se familiariser avec ces conditions, que le principe de la liberté contractuelle devait être maintenu, qu'il fallait trouver des solutions simples de façon à ne pas accentuer la "guerre des formes" par l'utilisation de l'EDI et que l'on pourrait envisager, tant que les obstacles techniques à l'utilisation de messages normalisés pour la transmission des conditions générales n'étaient pas surmontés, d'élaborer un système hybride dans lequel les conditions générales continueraient de figurer sur des documents papier.

112. Selon une observation, la question des conditions générales suscitait quelques incertitudes quant à la généralisation de l'EDI et il serait peut-être opportun d'élaborer, dans un avenir plus ou moins proche, des règles dans ce domaine, mais le Groupe de travail a estimé que, sous réserve de l'évolution de la pratique, la question des conditions générales touchait principalement les droits et obligations dont les parties avaient convenu entre elles.

113. Pour le Secrétariat, il n'appartient pas au Groupe de travail de tenter de régler, dans le cadre de règles uniformes sur l'EDI, les questions telles que la "bataille des formes", question qui n'est pas propre aux moyens de communication faisant appel au papier ou à tout autre moyen de communication. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure dans les règles uniformes une disposition telle que, lorsque la loi applicable exige une acceptation expresse des conditions générales pour qu'une partie contractante soit liée, cette acceptation doive être donnée sous la forme prescrite avant qu'un contrat ne puisse être conclu par EDI.

VI. RESPONSABILITÉ ET RISQUE

114. Cette question a déjà été examinée dans divers rapports (voir les documents A/CN.9/333, par. 76; A/CN.9/350, par. 101 à 103 et A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 82 et 83). Elle a en outre été traitée dans le cadre de l'examen préliminaire des questions juridiques posées par l'EDI à la précédente session du Groupe de travail (voir le document A/CN.9/360, par. 97 à 103).

115. A sa précédente session, le Groupe de travail a estimé que des dispositions légales étaient nécessaires à propos des effets juridiques de la non-transmission ou de l'erreur de transmission de messages EDI, soit comme recours lorsque les accords entre les parties ne résolvaient pas tel ou tel point, soit en tant que dispositions légales protégeant les intérêts légitimes des parties. On a fait observer qu'il conviendrait peut-être de définir des termes tels que "dommages", "dommages directs" et "dommages indirects" et d'examiner plus avant les types de dommages qui devaient être visés dans ces dispositions légales.

116. Le Groupe de travail a alors examiné deux questions connexes qui risquaient de se poser en cas de retard ou d'erreur dans la transmission d'un message (voir le document A/CN.9/360, par. 97 à 103). La première question visait la responsabilité de la partie à l'origine de la non-transmission ou de l'erreur de transmission. La deuxième question était la suivante : à qui incombe le risque de préjudice résultant d'une non-transmission ou d'une erreur de transmission ? On a indiqué qu'il faudrait, si on élaborait une disposition légale sur ces questions, accorder suffisamment de poids au principe de la liberté contractuelle.

117. La question de la responsabilité et du risque pourrait, a-t-on proposé, faire l'objet d'une disposition libellée comme suit :

"Sous réserve des procédures convenues d'authentification ou de vérification, le risque et la responsabilité en cas de transmission défectueuse, et le préjudice en résultant, incombent à l'expéditeur."

A titre d'explication, on a ajouté que l'objet du premier membre de phrase était de préciser que la disposition s'appliquait lorsque des procédures de sécurité avaient été convenues, et que le destinataire du message les avait observées.

118. On notera, toutefois, que dans certains cas le texte mettait trop l'accent sur la responsabilité de l'expéditeur, en ce sens que le préjudice pouvait être dû non seulement à la négligence de ce dernier, mais aussi à celle du destinataire ou à leur négligence conjointe, voire dû à un tiers, par exemple lorsque les parties communiquent par l'intermédiaire d'un réseau de communication à valeur ajoutée.

119. Selon une proposition formulée à la précédente session, il fallait dissocier la question de la responsabilité du préjudice de celle de la détermination de la partie à qui incombe le risque lorsque nul n'est responsable du préjudice. Ainsi, les dispositions sur la responsabilité pourraient s'inspirer de l'approche adoptée dans l'article 12 du projet d'accord TEDIS (voir le document A/CN.9/350, par. 103) ainsi rédigé :

"Chaque partie sera responsable pour tout dommage direct résultant de tout manquement délibéré à la présente Convention, ou de toute défaillance, retard ou erreur dans la transmission, réception ou exécution de tout message. Aucune partie ne sera responsable envers une autre pour un dommage incident ou conséquent résultant d'un tel manquement, défaillance, retard ou erreur.

Les obligations de chaque partie imposées par le présent accord EDI seraient suspendues durant le temps et dans la mesure où une partie est empêchée ou retardée d'exécuter lesdites obligations par force majeure.

Dès qu'une partie a connaissance de toutes circonstances ayant pour conséquences une défaillance, un retard ou une erreur, elle en informera immédiatement l'(les) autre(s) partie(s) et fera le plus grand effort en vue de communiquer par d'autres moyens."

120. On a également mentionné la possibilité de prendre pour modèle de dispositions sur la responsabilité l'article 16 du projet d'accord SITPROSA (voir le document A/CN.9/350, par. 103), dont le texte est le suivant :

"16.1 Le risque et la responsabilité en cas de transmission fautive et le préjudice en résultant sont à la charge de l'Expéditeur :

a) Sous réserve des exceptions énoncées dans la clause 16.2; et

b) A condition que l'Expéditeur ne soit pas responsable pour tout dommage indirect autres que ceux pour lesquels il serait responsable en cas de rupture du contrat en vertu du Contrat principal ou que ceux qui ont été expressément convenus.

16.2 Bien qu'il soit responsable de la complétude et de l'exactitude du message d'échange de données commerciales, l'Expéditeur ne sera pas responsable des conséquences imputables au fait qu'il aura été donné suite au message lorsque :

a) L'erreur est raisonnablement évidente et aurait dû être détectée par le destinataire;

b) Les procédures convenues d'authentification ou de vérification n'ont pas été respectées."

121. On notera que la question de la responsabilité est étroitement liée au respect de procédures commercialement raisonnables de vérification et de protection de la transmission. A la précédente session, il a été indiqué que toute disposition légale que pourrait élaborer la Commission devrait être plus précise au sujet de ces procédures. On a mentionné les articles 6, 7 et 8 des règles UNCID qui font état de l'obligation d'observer des procédures commercialement raisonnables (voir, plus haut, les paragraphes 58 à 63).

122. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager une autre approche, fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. Sachant qu'il est nécessaire d'appliquer des procédures de vérification pour détecter une erreur, on estime qu'une erreur de transmission peut consister en des défauts dans la réception qui peuvent être détectés par l'utilisation normale de procédures de sécurité ou par l'intervention humaine et non par un ordinateur, par exemple lorsqu'un texte de format libre est incompréhensible. En outre, dans certains cas, le destinataire est dans l'impossibilité totale d'avoir connaissance du défaut. Enfin, le destinataire d'un message incompréhensible n'est pas toujours en mesure d'en identifier l'expéditeur.

123. On estime que les règles uniformes pourraient énoncer les obligations qu'a le destinataire en ce qui concerne la détection des erreurs, les obligations découlant de la

détection d'une erreur et les conséquences du respect ou du non-respect par le destinataire de ses obligations. Si le destinataire savait ou aurait dû savoir que le message était incompréhensible ou, de toute autre manière, impossible à traiter, il devrait être tenu d'en aviser l'expéditeur. Lorsque l'expéditeur n'en était pas avisé en raison de la négligence du destinataire qui n'avait pas appliqué les procédures de sécurité requises ou n'avait pas effectué la notification requise, les règles uniformes pourraient disposer que l'expéditeur serait autorisé à se fonder sur le message tel qu'il a été envoyé. Si le destinataire notifiât à l'expéditeur une erreur, le message serait privé d'effet. Lorsque le destinataire n'avait pas connaissance, ou ne pouvait pas avoir connaissance, d'une erreur dans le message, l'expéditeur serait lié par le message tel qu'il a été reçu par le destinataire. Pour le Secrétariat, une telle disposition devait être en harmonie avec les dispositions de la Loi type sur les virements internationaux, en particulier avec le paragraphe 5 de l'article 5, ainsi rédigé :

"5. Un expéditeur lié par un ordre de paiement est lié par les termes de l'ordre reçu par la banque réceptrice. Toutefois, il n'est pas lié par un ordre de paiement faisant double emploi ou par une erreur ou anomalie dans un ordre de paiement si

a) L'expéditeur et la banque réceptrice ont convenu d'une procédure de détection des ordres faisant double emploi, des erreurs ou des anomalies dans les ordres de paiement, et si

b) L'utilisation de cette procédure par la banque réceptrice a ou aurait permis de déceler l'ordre faisant double emploi, l'erreur ou l'anomalie.

[...] Le paragraphe 5 s'applique aux erreurs ou anomalies dans les ordres modifiés ou les ordres de révocation au même titre qu'aux erreurs ou anomalies dans les ordres de paiement."

VII. AUTRES QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE TRAITÉES

A. Responsabilité des tiers assurant des services de communication

124. A sa précédente session, le Groupe de travail a examiné la responsabilité des exploitants de réseaux EDI qui pouvaient causer un préjudice en transmettant mal ou en ne transmettant pas dans les délais, par exemple, une offre de contrat, un ordre de paiement, un avis de remise de marchandises ou encore un avis indiquant que les marchandises étaient endommagées. En outre, l'exploitant de réseau pouvait causer un préjudice en n'effectuant pas ou en effectuant de façon incorrecte les services à valeur ajoutée qu'il s'était engagé à fournir.

125. On notera que divers types de services peuvent être fournis par les réseaux EDI. Il y a les tiers qui ne font que transmettre des messages sans fournir d'autres services à valeur ajoutée (réseaux passifs). Il y a aussi les tiers qui fournissent des services à valeur ajoutée tels que vérification, authentification, archivage, enregistrement ou duplication. Il y a encore ceux que l'on appelle gestionnaires

centraux de données, à savoir des tiers dont la gestion du flux d'informations est essentielle au fonctionnement d'un réseau EDI fermé, où chaque partie souhaitant être membre du réseau doit accepter d'effectuer des opérations par l'intermédiaire du gestionnaire central de données.

126. Dans la pratique, la responsabilité des exploitants de réseaux est, dans une large mesure, limitée. Dans le cas des exploitants assurant un service public, la limitation de la responsabilité ou l'exonération totale sont souvent établies par la loi ou par des règlements régissant le fonctionnement du réseau. La responsabilité des transmetteurs de données passifs (tels que les réseaux de téléphone, de télex ou de télécopie), en particulier, est faible ou nulle. Dans le cas des réseaux n'assurant pas un service public, les limites de la responsabilité sont indiquées dans les contrats passés avec les utilisateurs des services de communication. Outre l'exonération totale ou la fixation de plafonds, les questions relatives à la responsabilité portent en général sur le fondement de celle-ci et sur la charge de la preuve. La responsabilité peut aussi être limitée par des règles stipulant que l'exploitant est responsable uniquement du préjudice direct ou du préjudice qu'il peut raisonnablement prévoir; ainsi, lorsqu'un ordre de paiement ou l'acceptation d'une offre de contrat ne sont pas transmis de façon appropriée, la responsabilité peut être limitée à la commission prélevée pour la transmission et au montant de l'intérêt perdu en raison du retard dans le paiement.

127. Lors de l'élaboration de règles en matière de responsabilité, il convient de tenir compte du fait qu'un message EDI peut devoir être acheminé par les réseaux de divers exploitants, notamment d'exploitants n'ayant pas de relations contractuelles avec l'expéditeur ou le destinataire du message, et tenir compte aussi du fait que l'utilisateur du service de communication ignore parfois par quels réseaux passe le message.

128. Un exploitant peut offrir différents tarifs pour un service donné en fonction du niveau de responsabilité qu'il accepte. On autoriserait une grande liberté contractuelle en exonérant l'exploitant de toute responsabilité dans la mesure où l'utilisateur peut raisonnablement opter pour un tarif plus élevé pour un degré de responsabilité plus grand, sous réserve qu'il y ait concurrence entre les différents exploitants de réseaux.

129. Etant donné que les pannes d'ordinateurs, de systèmes de transmission ou d'électricité sont des pannes auxquelles on peut s'attendre, les utilisateurs de l'EDI, les prestataires de services et le système EDI dans son ensemble devront normalement s'organiser de manière à réduire la probabilité de telles pannes et à en prévenir ou en maîtriser les conséquences. Certaines des précautions à prendre sont communes à toutes les activités touchant l'informatique et la transmission de données, à savoir redondance du matériel, fichiers de sauvegarde et plans de retour à l'exploitation normale en cas d'incidents. Pour pouvoir déterminer si la panne d'ordinateur, la panne du système de transmission ou la panne d'électricité constituent une circonstance exonératoire, il convient, estime-t-on, de savoir si elle aurait pu être évitée ou si ses conséquences auraient pu être évitées ou surmontées par des mesures préventives.

130. A mesure que se développent les services EDI, les erreurs ou les fraudes passeront de moins en moins inaperçues. Ainsi, lorsque l'exécution d'une opération suppose l'expédition d'une série de messages (ordre d'achat, accusé de réception fonctionnel de l'ordre, acceptation de l'offre, accusé de réception fonctionnel de l'acceptation, ordre d'expédition, instructions au service qui achemine le message, par exemple), les mesures de sécurité électronique alerteront très certainement les utilisateurs en cas d'altération des données à un stade ou un autre.

131. A sa précédente session, le Groupe de travail a dans l'ensemble estimé que les utilisateurs et les réseaux devaient en principe être libres de convenir du degré de responsabilité du réseau, mais que cette liberté devait être limitée par des dispositions impératives telles que la responsabilité du réseau ne puisse pas être exclue ou fixée à un niveau trop bas.

132. Diverses approches sont envisageables à propos de la disposition impérative sur la responsabilité que pourrait élaborer la Commission. L'une de ces approches consisterait à fonder cette disposition sur le principe selon lequel l'obligation du réseau est de fournir, du mieux qu'il peut, les moyens d'exécuter une prestation ("obligation de moyens"). Autre approche possible : fonder la disposition sur le principe selon lequel le réseau garantit l'exécution de la prestation ("obligation de résultat"). En outre, le réseau ne devrait pas avoir la possibilité d'exclure sa responsabilité pour négligence ou faute grave. Pour définir la responsabilité en cas de négligence, on pourrait énoncer les obligations actives du réseau à l'égard de l'utilisateur et disposer que le réseau serait responsable en cas de manquement à l'une ou l'autre de ces obligations. L'autre solution consisterait à définir la responsabilité en indiquant que le réseau est responsable s'il ne prend pas toutes les mesures raisonnablement nécessaires pour empêcher tout préjudice. Quant aux dommages-intérêts, des dispositions pourraient autoriser le réseau à décliner sa responsabilité en cas de dommages indirects et imprévisibles.

133. Parmi les autres points qui pourront être soulevés lors de l'élaboration de dispositions sur la responsabilité des exploitants de réseau, on citera les suivants : le système

de communication a-t-il été mis en place par l'exploitant du réseau ou par un tiers ? Qui de l'utilisateur ou de l'exploitant du réseau a décidé de l'emploi d'un système particulier de communication ? L'exploitant du réseau contrôle-t-il seul le système de communication ? Le système de communication est-il proposé à l'utilisateur avec ou sans possibilité d'adaptation aux besoins particuliers de l'utilisateur ? L'utilisateur s'est-il conformé à l'obligation qui lui incombe d'observer les mesures de sécurité décidées d'un commun accord ?

134. Etant donné la complexité et la diversité des questions qui pourront être examinées, le Groupe de travail voudra peut-être trancher la question de savoir si la responsabilité des exploitants de réseaux peut être traitée de manière appropriée au moyen de règles fondamentales à inclure dans les règles uniformes, par exemple des dispositions impératives fixant un niveau minimum de responsabilité. Une autre solution consisterait à entamer l'élaboration d'un régime de responsabilité précis traitant des questions examinées ci-dessus et éventuellement d'autres questions.

B. Titres et valeurs

135. Cette question a déjà été examinée dans divers rapports (voir les documents A/CN.9/350, par. 104 à 108 et A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 84 à 90). Elle a aussi été traitée dans le cadre de l'examen préliminaire des questions juridiques soulevées par l'EDI, lors de la précédente session du Groupe de travail (voir le document A/CN.9/360, par. 119 à 124).

136. A la précédente session du Groupe de travail, le débat sur la question de la négociabilité des titres de propriété dans un environnement EDI a été axé sur les connaissements maritimes. On notera, toutefois, que la question juridique de la négociabilité pourra aussi se poser, à mesure que se développera l'EDI, à propos d'autres documents formant titre ou des effets de commerce. Le Groupe de travail voudra peut-être prier le Secrétariat de réaliser une étude de ces questions pour examen à une session ultérieure.

IV. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Propositions relatives aux travaux futurs possibles présentées lors du Congrès de la CNUDCI : note du Secrétariat (A/CN.9/378) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	243
I. QUESTIONS RELATIVES A L'HARMONISATION ET A L'UNIFICATION DES RÈGLES	244
Propositions relatives à l'établissement de contrats en général	244
Propositions relatives à certains types de contrats	244
Paiements et sûretés	244
Echange de données informatisées (EDI)	244
Règlement des différends	245
Autres questions	245
II. MESURES PRISES PAR LE SECRÉTARIAT	245
III. PROPOSITIONS RELATIVES A LA COORDINATION, A L'INTERPRÉTATION UNIFORME ET A LA DIFFUSION	246
Coordination	246
Promotion d'une interprétation uniforme	246
Diffusion d'informations	246
Divers	246

INTRODUCTION

1. Le Congrès de la CNUDCI sur le droit commercial international, dont le thème était "Le droit commercial uniforme au XXI^e siècle", s'est tenu du 18 au 22 mai 1992 à New York, dans le cadre de la vingt-cinquième session de la Commission. Les grands thèmes suivants y ont été abordés : l'intérêt du processus d'unification du droit commercial, la vente de marchandises, les services, les paiements, l'échange de données informatisées, le règlement des différends, les transports et le rôle futur de la CNUDCI. On compte que les débats du Congrès seront publiés vers la fin de 1993.

2. L'un des principaux objectifs du Congrès était d'offrir aux participants, qui comprenaient des praticiens du droit, des hauts fonctionnaires, des juges, des arbitres et des enseignants du droit, une instance dans laquelle ils pourraient faire part de leurs besoins, besoins qui pourraient alors être pris en compte pour déterminer les travaux futurs de la Commission et d'autres organismes normatifs. De

fait, de nombreux orateurs ont proposé des sujets que la Commission et d'autres organismes normatifs pourraient examiner dans le cadre de leurs travaux futurs. Ces propositions ont été faites dans des contextes différents : certaines étaient des recommandations fermes sur les travaux à entreprendre, alors que d'autres suggéraient simplement que tel ou tel sujet mériterait d'être examiné. Certaines de ces propositions étaient très précises et concrètes, d'autres étaient plus générales. On trouvera dans la première partie de la présente note une liste des propositions faites, sans que soit précisé le nombre de fois qu'un sujet donné a été proposé, ni la vigueur avec laquelle telle ou telle recommandation a été faite. On trouvera en outre dans la deuxième partie une description des mesures qu'a prises le Secrétariat à propos de certains des sujets proposés.

3. Outre les propositions relatives à l'harmonisation des règles, un certain nombre d'autres suggestions ont été faites. La plupart visaient soit à renforcer la coordination avec d'autres organismes actifs dans le domaine du droit

commercial international, à promouvoir l'uniformité de l'interprétation des textes uniformes ou à assurer une diffusion plus large des textes émanant de la Commission. Ces suggestions sont présentées dans la troisième partie de la présente note. Le Secrétariat les examinera et, s'il les juge appropriées, les mettra en œuvre dans les limites des ressources disponibles. Certaines de ces propositions sont déjà en cours d'exécution. Par exemple (bien que le Secrétariat n'en soit pas responsable), on a institué un concours d'arbitrage international de litiges fictifs, qui a pour objet de faire mieux connaître la Convention des Nations Unies sur les ventes, la Loi type sur l'arbitrage et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

I. QUESTIONS RELATIVES A L'HARMONISATION ET A L'UNIFICATION DES RÈGLES

Propositions relatives à l'établissement de contrats en général

1. Elaboration d'un ensemble détaillé de directives traitant des problèmes que posent les divergences entre les différents formulaires types de contrats.
2. Elaboration de textes types présentant diverses clauses de garantie et clauses correspondantes de limitation de la responsabilité.
3. Promotion de l'unification, dans la mesure du possible, en matière de validité des clauses d'exonération.
4. Elaboration de normes internationales en vue d'évaluer les conditions contractuelles inéquitables, déraisonnables ou abusives.
5. Règles uniformes sur la force exécutoire de clauses pénales et clauses de dommages-intérêts spécifiés dans les contrats internationaux.
6. Elaboration d'un cadre multilatéral de règles et principes visant à assurer l'équité dans le commerce de services.
7. Elaboration de règles sur la protection des informations commerciales dans les opérations transnationales.

Propositions relatives à certains types de contrats

1. Examen général des conditions de ventes standard les plus courantes dans les ventes internationales, notamment des clauses relatives au choix de la loi applicable.
2. Elaboration d'un guide juridique sur les contrats de privatisation.
3. Contrats équitables pour la vente des produits de base.
4. Guide juridique sur les contrats d'assurance maritime.
5. Elaboration de clauses ou dispositions types visant à faciliter l'exécution de projets de "construction, exploitation, transfert" (CET).

6. Intégration de certains formulaires contractuels types dans le texte des futures éditions du Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles.
7. Accords de règlement en produits dans le cadre de coentreprises.
8. Contrats de gestion par des non-actionnaires.
9. Conditions uniformes des contrats d'assurance.
10. Contrats de transfert de technologie.
11. Accords d'association et fusions.
12. Guide juridique à l'intention des franchisés et formulaires types ou lois types en matière de divulgation pour les contrats de franchisage.
13. Règles énonçant des normes de qualité pour les services de courtage, notamment d'actions, de biens immeubles et de produits de base.
14. Simplification et normalisation des formalités et de la documentation et harmonisation des principes fondamentaux en matière de production des marques commerciales.
15. Lois types sur la protection de la propriété intellectuelle et des brevets.
16. Règles énonçant des normes pour l'industrie du tourisme, notamment les hôtels et agences de voyage.

Paiements et sûretés

1. Harmonisation des réglementations bancaires (par exemple en matière de reddition de comptes).
2. Cession de créances et sûretés sur différents types de biens.
3. Lois uniformes sur la réserve de propriété.
4. Règles uniformes sur la responsabilité bancaire.
5. Coordination et harmonisation entre la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1988) et la Convention interaméricaine sur les conflits de lois concernant les lettres de change, les billets à ordre et les factures (1975).
6. Sûretés fondées sur les marques commerciales et marques de services.
7. Harmonisation des lois relatives à la lutte contre le blanchiment de l'argent.
8. Règles uniformes pour une cession appropriée et sûre des lettres de crédit.
9. Aspects internationaux de la faillite.

Echange de données informatisées (EDI)

1. Elaboration d'un cadre juridique international pour les questions que pose la croissance du commerce électronique.
2. Elaboration de règles uniformes concernant la responsabilité des gestionnaires de réseaux intermédiaires.

3. Elaboration de normes pour la protection des données.
4. Extension du Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds aux fuites de capitaux et à l'évasion fiscale.
5. Loi uniforme sur l'admissibilité des preuves électroniques.
6. Négociabilité des documents électroniques.
7. Accord type pour les ordres de paiement électroniques.

Règlement des différends

1. Harmonisation des règles sur l'octroi des intérêts, y compris la détermination du taux d'intérêt, dans l'arbitrage commercial international.
2. Etude de l'applicabilité à l'échelon national de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958).
3. Solutions aux problèmes que pose l'arbitrage multipartite.
4. Elaboration d'un guide juridique sur les conférences préliminaires dans l'arbitrage commercial international, concernant par exemple la présentation de preuves.
5. Mise à jour de la Convention de New York de 1958, notamment en ce qui concerne la force exécutoire des mesures provisoires.
6. Clarification de certaines questions découlant de la Convention de New York de 1958, par exemple la détermination du caractère international d'une convention en vertu de l'article II ou la question du refus d'exécution pour des motifs d'ordre public.
7. Effet de l'arbitrage sur les délais de prescription.
8. Dispositions sur le coût de l'arbitrage et sur la responsabilité des arbitres.
9. Clauses de "règlement préventif des litiges".
10. Création de tribunaux spécialisés chargés de fournir une assistance et d'assurer un contrôle dans le cadre de l'arbitrage.

Autres questions

1. Loi uniforme antimonopole.
2. Lois fiscales transnationales.
3. Etiquetage relatif à l'environnement pour les produits ou services.
4. Droit de la protection du consommateur.

II. MESURES PRISES PAR LE SECRÉTARIAT

1. Afin d'aider la Commission à déterminer les travaux futurs possibles, le Secrétariat a établi des notes sur certaines des questions proposées. Ces notes liminaires sont présentées en tant qu'additifs à la présente note et

portent sur les questions suivantes : marchés de services (additif 1), conférences préliminaires dans l'arbitrage commercial international (additif 2), cession de créances (additif 3), aspects transnationaux de l'insolvabilité (additif 4) et privatisation (additif 5). Ces notes présentent une étude préliminaire de ces questions, ainsi que des problèmes juridiques en la matière susceptibles d'entraver le commerce international. Elles font également état des activités déjà entreprises, soit par la CNUDCI, soit par d'autres organisations, et étudient s'il serait souhaitable et possible d'entreprendre des travaux sur chacune de ces questions. Des notes similaires sur d'autres questions seront présentées lors des sessions futures.

2. Outre les notes susmentionnées, le Secrétariat a suivi l'évolution des travaux entrepris par d'autres organisations sur certaines des questions proposées. Par exemple, il a été proposé durant le Congrès que la Commission envisage d'entreprendre des travaux concernant le mécanisme de financement des projets "Construction, exploitation, transfert" (CET).

3. Les projets CET sont conçus comme un moyen de réduire le recours aux fonds publics pour le financement des projets et de promouvoir le transfert de techniques en faisant participer le secteur privé au financement, à la construction et à l'exploitation de projets d'infrastructure. Sous sa forme la plus simple, un projet CET suppose l'octroi par les pouvoirs publics d'une concession temporaire à un consortium en vue de l'exécution d'un projet. Le consortium finance ou fait financer le projet, construit l'installation et l'exploite et l'entretient pendant la durée de la concession. Entre-temps, en faisant payer l'utilisation de l'installation ou de ses produits, le consortium tire un revenu de son investissement et rembourse ses dettes. Lorsque la concession prend fin, l'installation est transférée aux pouvoirs publics.

4. Afin de promouvoir et faciliter le recours au concept de CET, l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) élabore actuellement des directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de contrats relatifs à des projets CET. Ces directives devraient être achevées au début de 1994. Elles traiteront des stratégies en la matière et de l'élaboration de contrats de CET, ainsi que des principales questions qui se posent dans le cadre de l'exécution de projets CET, notamment la viabilité économique du projet, les aspects financiers et la répartition des risques, l'appui des pouvoirs publics, l'environnement juridique et politique, la passation de marchés, la structure et la négociation des contrats en la matière, le transfert de technologie, la maintenance et le transfert de propriété. Les directives traiteront également des accords de projet types et des dispositions types des contrats de CET.

5. Le Secrétariat a participé à la première réunion préparatoire d'experts de l'ONUDI sur les directives et continuera de coopérer avec l'ONUDI en la matière. Il compte établir pour la prochaine session de la Commission une note indiquant s'il serait souhaitable et possible d'entreprendre des travaux dans ce domaine, par exemple l'élaboration d'un guide juridique pour la conclusion de contrats de CET ou d'une législation type relative aux relations contractuelles en matière de CET, notamment l'accord de concession.

III. PROPOSITIONS RELATIVES A LA COORDINATION, A L'INTERPRÉTATION UNIFORME ET A LA DIFFUSION

Coordination

1. Extension du mandat initial de la Commission à la coordination des activités juridiques dans le domaine du droit commercial international.
2. Renforcement de la coordination avec d'autres organisations internationales pour la promotion des textes uniformes et pour la formation et l'assistance juridiques.
3. Promotion des travaux entrepris par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), notamment dans le domaine des pratiques commerciales restrictives.
4. Coordination avec d'autres organisations internationales et institutions des Nations Unies en vue de tirer part des activités de la CNUDCI dans le cadre des efforts régionaux d'unification du droit commercial.
5. Soumission à la CNUDCI, pour approbation, de textes établis par d'autres organismes normatifs.
6. Etude de la possibilité d'organiser des groupes de travail mixtes avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et la Conférence de La Haye de droit international privé.

Promotion d'une interprétation uniforme

1. Création d'un tribunal du commerce international et du droit uniforme auquel les Etats pourraient soumettre tous litiges relatifs à l'application et à l'interprétation du droit uniforme.
2. Création d'un tribunal international chargé de résoudre les questions liées à l'application de la Convention des Nations Unies sur les ventes.
3. Création d'une base de données informatisées accessibles contenant les décisions relatives à la Convention des Nations Unies sur les ventes.

4. Publication d'un périodique présentant des applications et interprétations divergentes en matière de droit commercial international.
5. Adoption par l'Assemblée générale d'une résolution ayant pour objet de promouvoir la soumission de décisions nationales relatives à l'interprétation et à l'application des lois uniformes.
6. Création d'un groupe d'experts chargé d'étudier les problèmes rencontrés par les Etats dans le cadre de l'application et de l'interprétation des lois uniformes.
7. Elaboration d'une convention sur les principes d'interprétation et d'application du droit uniforme.
8. Publication d'un commentaire officiel et de recommandations sur l'application de la Convention des Nations Unies sur les ventes (par exemple sur les contraventions essentielles au contrat et sur les clauses d'exonération).
9. Elaboration de commentaires officiels sur les textes de la CNUDCI.

Diffusion d'informations

1. Promotion de la prise en compte des textes de la CNUDCI dans l'enseignement du droit commercial international, ainsi que de l'élaboration de manuels et programmes d'études universitaires à cette fin.
2. Mise en place par la CNUDCI d'un programme d'arbitrage de litiges fictifs.
3. Création d'un bulletin de la CNUDCI.
4. Création d'un centre international de documentation sur le droit commercial.

Divers

1. Création d'un programme de bourses d'études ou d'une fondation en l'honneur du professeur Clive M. Schmitthoff.
2. Création de groupes nationaux d'appui à la CNUDCI.

B. Marchés de services : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.1) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-3
I. OPPORTUNITÉ DE L'ÉLABORATION DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES SUR LA PASSATION DE MARCHÉS DE SERVICES	4-7
II. DIFFÉRENCES ENTRE LES MARCHÉS DE SERVICES ET LES MARCHÉS DE BIENS OU DE TRAVAUX	8-10

	<i>Paragraphes</i>
III. PROCÉDURES D'ÉVALUATION POSSIBLES DANS LE CADRE DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES RELATIVES AUX MARCHÉS DE SERVICES	11-13
IV. GAMME DES SERVICES QUE POURRA RÉGIR LA LOI TYPE	14-16
V. MÉTHODES POSSIBLES D'ÉLABORATION DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES	17-19
	<i>Page</i>
Annexe. Projets d'articles supplémentaires et d'amendements relatifs à la passation de marchés de services à incorporer dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés	249

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de travail du nouvel ordre économique international. Le Groupe de travail a commencé ses travaux sur le sujet à sa dixième session, du 17 au 25 octobre 1988, par l'examen d'une étude de la passation des marchés établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.22). Il a consacré ses onzième à quinzième sessions à l'élaboration d'un projet de Loi type sur la passation des marchés, dont est saisie la Commission, à sa session en cours, pour dernière lecture et adoption (les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/331, 343, 356, 359 et 371).

2. A sa dixième session, le Groupe de travail a décidé de limiter la Loi type, du moins initialement, aux marchés de biens ou de travaux et de ne pas traiter des marchés de services (A/CN.9/315, par. 25). Il a décidé qu'il serait préférable de mettre d'abord au point des dispositions législatives types pour la passation de marchés de biens ou de travaux, avant d'élaborer de telles dispositions pour les marchés de services. Cette décision était notamment justifiée par le fait que certains aspects des marchés de services sont régis par des considérations autres que celles qui s'appliquent aux marchés de biens et de travaux.

3. Comme l'élaboration de dispositions types sur les marchés de biens et de travaux doit être achevée à la session en cours, la Commission voudra peut-être à ce stade étudier s'il serait possible d'élaborer des dispositions législatives types pour les marchés de services. A sa quinzième session, le Groupe de travail s'est déclaré favorable à l'élaboration par le Secrétariat d'une note analysant s'il serait souhaitable et possible d'élaborer des dispositions uniformes pour réglementer les marchés de services. Il a indiqué que la note pourrait envisager différentes possibilités quant à l'éventail des services auxquels s'appliqueraient de telles dispositions (A/CN.9/371, par. 255). C'est pourquoi la présente note étudie s'il serait souhaitable d'élaborer des dispositions sur les marchés de services, examine les principales différences entre la passation de marchés de services et la passation de marchés de biens ou de travaux et traite de la teneur possible des dispositions législatives types. Elle présente également, dans une annexe, le texte

des modifications et ajouts proposés à la Loi type en vue d'en élargir le champ d'application à la passation de marchés de services.

I. OPPORTUNITÉ DE L'ÉLABORATION DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES SUR LA PASSATION DE MARCHÉS DE SERVICES

4. Si l'essentiel des budgets de la plupart des entités publiques en matière de marchés est consacré aux marchés de biens et de travaux, les services constituent une composante substantielle des marchés publics dans la plupart des pays. En outre, il semblerait que la tendance à la privatisation ait notamment pour conséquence le transfert au secteur privé de services auparavant fournis exclusivement par le gouvernement. Toutefois, de nombreux pays ne disposent pas d'un système bien structuré pour la passation de marchés de services.

5. Les lois nationales sur la passation de marchés de services divergent selon les Etats. Si les lois de certains Etats comportent des dispositions relatives aux marchés de services, celles d'autres Etats ne distinguent pas véritablement entre les marchés de biens ou de travaux et les marchés de services. Elles ne tiennent donc pas compte des circonstances particulières aux marchés de services. Dans d'autres Etats encore, la législation ne traite pas du tout de ces marchés. Il semblerait donc que, dans de nombreux cas, la passation de marchés de services ne fasse pas l'objet de procédures suffisamment ouvertes, équitables et concurrentielles, garantissant à l'acheteur public une qualité appropriée pour un prix honnête. Dans ce contexte, des dispositions législatives types pourraient servir à évaluer les lois en vigueur ou faire office de modèles pour l'adoption d'une nouvelle législation, le cas échéant.

6. Depuis qu'il a été décidé de reporter à plus tard l'établissement de dispositions sur les marchés de services, une nouvelle raison d'accélérer l'élaboration de ces dispositions s'est fait jour : de nombreux Etats sur le point d'adopter une législation nationale fondée sur la Loi type ont besoin d'un modèle de cadre législatif pour la passation des marchés, englobant également les marchés de services.

7. Le traitement de la question des marchés de services dans les organisations multilatérales intéressées à la

passation des marchés a également évolué. En particulier, des propositions concrètes ont maintenant été faites au sein de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) en vue d'élargir aux marchés de services l'Accord du GATT relatif aux marchés publics. En outre, la Communauté européenne a maintenant adopté, pour compléter ses directives en vigueur sur la passation des marchés, la Directive du Conseil 92/50 relative à la coordination des procédures pour l'attribution de marchés publics de services. L'élargissement des travaux de la CNUDCI aux marchés de services irait donc dans le droit fil des mesures prises par ces organisations.

II. DIFFÉRENCES ENTRE LES MARCHÉS DE SERVICES ET LES MARCHÉS DE BIENS OU DE TRAVAUX

8. A la différence des marchés de biens ou de travaux, les marchés de services portent en général sur la fourniture d'un article intangible, dont il peut être difficile de mesurer la qualité et la teneur exacte. La qualité des services fournis dépendra dans une large mesure des compétences et des connaissances du fournisseur de services, alors que, dans le cas de biens ou de travaux, les spécifications en matière de techniques et de qualité peuvent plus facilement être énoncées dans le dossier de sollicitation et sont relativement faciles à contrôler et à faire respecter durant l'exécution. En outre, les marchés de biens et de travaux sont en général assortis d'une garantie de qualité et de bonne exécution.

9. Comme il est souvent difficile de contrôler et de faire appliquer des normes de qualité et de bonne exécution dans les marchés de services, la meilleure assurance qu'a l'entité adjudicatrice d'obtenir des services de haute qualité est de veiller à ce que le fournisseur ait un haut niveau de compétences et de connaissances techniques. Le prix des services n'est en général pas considéré comme un facteur aussi important, lors de l'évaluation et de la sélection, que la qualité et les compétences du fournisseur. De ce point de vue, les procédures d'évaluation et de comparaison des offres fondées sur les prix, qui sont énoncées à l'article 29 de la Loi type, ne seraient pas nécessairement appropriées.

10. Puisque les critères techniques sont en général considérés comme des facteurs d'évaluation plus importants que le prix, la pratique consiste en général à évaluer séparément les aspects techniques et le prix de l'offre. Les fournisseurs de services qui, selon une évaluation, ont les meilleures aptitudes techniques, entrent alors en concurrence sur la base du prix soumissionné ou d'une combinaison évaluée du prix et des aptitudes techniques, ou ils entament des négociations avec l'entité adjudicatrice à propos du prix et d'autres aspects de leur offre.

III. PROCÉDURES D'ÉVALUATION POSSIBLES DANS LE CADRE DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES RELATIVES AUX MARCHÉS DE SERVICES

11. Si ce n'est la tendance à évaluer le prix séparément des autres facteurs, les principes et procédures relatifs à la passation des marchés de biens et de travaux sont en

général applicables à la passation des marchés de services. Les changements porteront essentiellement sur les procédures et critères d'évaluation, de manière à donner effet à l'importance relative des compétences techniques et de la qualité du fournisseur.

12. Les types de facteurs à retenir pour l'évaluation sont en général bien établis dans la pratique : compétences techniques générales du fournisseur de services; qualifications et compétences du personnel affecté à la fourniture des services; et intérêt des variantes, si des variantes ont été demandées. Outre les critères d'évaluation eux-mêmes, il faudrait également déterminer à l'avance et porter à la connaissance des fournisseurs de services, au moyen du dossier de sollicitation, les coefficients de pondération à attribuer à chacun des facteurs et la manière dont la pondération sera effectuée lors de l'évaluation.

13. Il y a essentiellement trois méthodes permettant de prendre séparément le prix en considération dans une évaluation fondée sur des critères techniques. Dans la première méthode, les fournisseurs de services ayant obtenu les notes de compétence technique les plus élevées (c'est-à-dire se situant au-dessus d'un seuil spécifié) sont mis directement en concurrence compte tenu de leur prix et l'offre au prix le plus bas est retenue. Dans la deuxième méthode, les résultats de l'évaluation technique et les prix proposés sont affectés de coefficients de pondération relatifs et le fournisseur de services dont l'évaluation combinée est la meilleure est retenu. Dans la troisième méthode, l'entité adjudicatrice négocie le prix ou d'autres aspects de l'offre avec le fournisseur ayant obtenu la note technique la plus élevée, afin d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix. Si les négociations avec ce fournisseur échouent, l'entité adjudicatrice négocie alors avec le fournisseur classé au second rang, et ainsi de suite, jusqu'à ce qu'un marché soit conclu ou que toutes les offres aient été rejetées.

IV. GAMME DES SERVICES QUE POURRA RÉGIR LA LOI TYPE

14. Certains Etats voudront sans doute exclure divers services du processus de passation des marchés, essentiellement lorsque, du fait de la nature de ces services ou de leurs fournisseurs, il est plus facile de les acquérir directement plutôt que par une mise en concurrence. Par "acquisition directe", on désigne l'obtention par l'entité adjudicatrice des services requis par un achat direct auprès d'un fournisseur de services, sans qu'un nombre donné de fournisseurs aient dû passer par une procédure concurrentielle de passation des marchés. A ce propos, la Communauté européenne a exclu certains services (par exemple, les services d'arbitrage et de conciliation) du champ d'application de sa Directive.

15. Il ne sera pas nécessairement possible ou utile d'établir dans une Loi type la liste complète des services qui seront régis dans chaque Etat, car chacun pourra avoir un avis différent sur ce point. Il semblerait donc préférable de laisser les Etats adoptant la Loi type libres de décider du champ d'application. Un commentaire pourrait donner des orientations sur ce point. Cette solution serait conforme à

l'approche générale adoptée dans la Loi type, qui est la suivante : s'il est préférable que le plus grand nombre possible de marchés publics soient soumis à la Loi type, les Etats voudront néanmoins peut-être exclure certains types de marchés.

16. Certains Etats voudront peut-être également appliquer différentes méthodes de passation des marchés selon les types de services requis. La Directive de la CE prévoit trois différentes méthodes de passation des marchés et divise les services en deux listes distinctes. La première liste englobe les "services prioritaires", qui sont pleinement régis par la Directive, alors que la seconde, la liste "non prioritaire", rassemble les services dont l'acquisition est soumise à des procédures moins rigoureuses. On notera que la CE espère revoir la Directive dans trois ans en vue de combiner les deux listes, de sorte qu'elle serait alors pleinement applicable à une gamme élargie de marchés de services.

V. MÉTHODES POSSIBLES D'ÉLABORATION DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES

17. Il semblerait que la meilleure méthode, pour ce qui est de l'élaboration de dispositions types sur la passation de marchés de services, consiste à ajouter à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés un chapitre ("IV bis") traitant exclusivement de la passation de marchés de services. Ce chapitre supplémentaire exigerait un certain nombre de modifications à la Loi type, notamment pour ce qui est des définitions et de l'application de certaines sections de la Loi type au chapitre sur les services.

18. Le principal avantage de cette approche est qu'elle permettra d'aboutir à une Loi type globale régissant tous les marchés et qu'elle aidera donc les Etats adoptant la Loi type à élaborer une législation globale. En outre, on évitera ainsi d'avoir à élaborer une Loi type entièrement distincte pour la passation des marchés de services, ce qui non seulement susciterait des doubles emplois, mais présenterait aussi l'inconvénient d'entraîner la soumission aux Etats de deux Lois types traitant essentiellement du même sujet. L'approche proposée permettra également à la Commission d'adopter définitivement à la session en cours la Loi type traitant des biens et des travaux. La Commission pourra alors charger le Groupe de travail d'élaborer le chapitre supplémentaire sur les services et déterminer les modifications au texte de la Loi type qui seraient nécessaires en vue de l'incorporation du nouveau chapitre. Il pourra être jugé souhaitable que le texte des dispositions sur les services soit soumis à la Commission à sa prochaine session, vu qu'un certain nombre de pays ont un besoin urgent de telles dispositions.

19. L'autre méthode consisterait à approuver provisoirement la Loi type sur la passation des marchés (portant sur les biens et les travaux) et à charger le Groupe de travail d'élaborer le chapitre supplémentaire sur les services, mais sans revenir sur des questions de fond déjà approuvées. Avec l'une ou l'autre de ces méthodes, une fois le chapitre supplémentaire et les modifications approuvés, une version globale modifiée, portant sur les biens, les travaux et les services, serait alors publiée.

ANNEXE

PROJETS D'ARTICLES SUPPLÉMENTAIRES ET D'AMENDEMENTS RELATIFS A LA PASSATION DE MARCHÉS DE SERVICES A INCORPORER DANS LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DE MARCHÉS

(Les projets d'articles ci-après sont présentés à titre d'exemple et ont pour objet d'aider à déterminer s'il serait possible d'élaborer un chapitre additionnel de la Loi type relatif à la passation de marchés de services.)

PROJETS D'AMENDEMENTS A LA LOI TYPE

1. Ajouter les services dans la définition de la "passation d'un marché" et déplacer la référence aux "services connexes" dans la définition des "biens", de sorte que la définition de la "passation d'un marché" serait libellée comme suit : Les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition par un moyen quelconque, y compris l'achat, la location, le crédit-bail ou la location-vente, de biens, de travaux *ou de services*.

Observation : L'objet de cet amendement serait d'incorporer les services dans le champ d'application de la Loi type.

2. Ajouter une définition des services libellés comme suit : d bis) *Le mot "services" désigne la fourniture par des fournisseurs ou entrepreneurs de produits qui ne sont ni des biens ni des travaux.*

Observation : On pourra juger une telle définition superflue. Toutefois, comme les biens et les travaux sont définis, on pourra également inclure, par souci d'uniformité, une définition des services. La définition ci-dessus signifierait que toutes les procédures de passation des marchés organisées par des entités publiques pourront être régies par la Loi type, car tout ce qui n'est ni biens ni travaux entrera dans la définition des services.

3. Ajouter une référence aux services connexes dans la définition des "biens". Le mot "biens" désigne des matières premières, produits, équipements et autres objets matériels de toute nature, qu'ils soient sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l'électricité *et inclut les services connexes à la fourniture de biens si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes.*

Observation : Vu la suppression de la référence aux services connexes dans la définition de la "passation d'un marché", cet ajout permettra à l'entité adjudicatrice d'acquérir des services connexes faisant partie intégrante d'un contrat de fourniture de biens conformément aux dispositions de la Loi type régissant la passation de marchés de biens. Sinon, l'entité adjudicatrice devrait acquérir ces services connexes selon les procédures prévues au chapitre IV bis proposé, relatives aux marchés de services. Cette référence aux services connexes figure déjà dans la définition du mot "travaux".

4. A l'article 6-5, ajouter une référence à l'article 37w-4 b ("Sous réserve des dispositions des articles 8-1, 29-4 d et 37w-4 b").

Observation : Cet amendement ajouterait les marges de préférence fondées sur la nationalité dans le cadre de la passation de marchés de services à la liste des exceptions à la règle générale de la non-discrimination sur la base de la nationalité.

5. A l'article 7-1, ajouter une référence au chapitre IV bis relatif aux marchés de services qui serait rédigée comme suit : "... avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre de la procédure de passation d'un marché menée conformément aux chapitres III, IV *ou IV bis*, ...".

Observation : Cet amendement aurait pour effet de rendre expressément applicables aux marchés de services les dispositions de l'article 7 relatives à la procédure de présélection.

6. A l'article 9-2, ajouter une référence aux alinéas *b*, *c*, *d* et *e* de l'article 37x-3.

Observation : L'article 9-2 traite des communications dans le cadre de la passation d'un marché de biens ou de travaux qui n'auront pas à être faites par un moyen assurant que leur contenu est dûment consigné. Ces types de communications sont visés, dans le cadre de la passation de marchés de services, aux alinéas *b*, *c*, *d* et *e* de l'article 37x-3.

7. Aux paragraphes 1 et 5 de l'article 32, ajouter une référence aux articles 37w-4 *a* et 37x concernant l'acceptation des offres lors des procédures de passation de marchés de services.

Observation : Les paragraphes 1 et 5 de l'article 32 font directement référence aux dispositions de la Loi type relatives à l'acceptation des offres lors de la passation de marchés de biens ou de travaux. Les références supplémentaires auraient pour effet de rendre expressément applicables aux marchés de services les dispositions de ces deux paragraphes.

8. A l'article 38, ajouter une référence aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 37w et aux alinéas *d* et *e* de l'article 37x-3.

Observation : Cette modification aurait pour effet d'ajouter à la liste des exclusions prévues à l'article 38 les décisions de l'entité adjudicatrice qui, dans le cadre de la passation d'un marché de services, ne pourraient pas faire l'objet d'une procédure de recours.

PROJETS D'ARTICLES SUPPLÉMENTAIRES

Chapitre IV bis. Méthodes et procédures de passation des marchés de services

Article 37s. *Application des chapitres I^{er}, III et V*

1. Les dispositions des chapitres I^{er}, III et V de la présente Loi s'appliquent à la passation de marchés de services, sauf dans la mesure où il est dérogé aux dites dispositions dans le présent chapitre.

2. Les dispositions des chapitres II et IV de la présente Loi ne s'appliquent pas à la passation de marchés de services, sauf dans la mesure où leur application est prévue dans le présent chapitre.

Observation : Les chapitres I^{er} (Dispositions générales) et V (Recours) s'appliquent au chapitre IV bis, puisqu'ils sont en général applicables à l'ensemble de la Loi type. Le chapitre III (Procédure d'appel d'offres) est également applicable, puisque, comme il est indiqué au paragraphe 11 de la présente note, les principes et méthodes de passation des marchés de biens et de travaux peuvent être appliqués dans une mesure importante aux marchés de services. Les principales dérogations au chapitre III concerneront donc les types de critères d'évaluation et de documents requis pour évaluer les qualifications et examiner, évaluer et comparer les offres. Les chapitres II et IV ne sont pas applicables, puisqu'ils traitent des conditions d'utilisation et des procédures relatives aux méthodes de passation des marchés qui ne sont pas applicables aux marchés de services, sauf dans la mesure où les articles 37y et 37z prévoient leur application.

Article 37t. *Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection*

1. L'invitation à soumettre une offre doit contenir :

a) Les renseignements requis en application de l'article 19-1, à l'exception des renseignements visés aux alinéas *b* et *c* dudit article;

b) Une description des services requis;

c) L'indication du délai souhaité ou requis pour la fourniture de services.

2. L'invitation à présenter une demande de présélection contient au moins les renseignements suivants :

a) Les renseignements requis en application des alinéas *a*, *d*, *e*, *g*, et *h* de l'article 19-1 et des alinéas *a*, *b*, *c*, *d* et *e* de l'article 19-2;

b) Une brève description des services requis.

Article 37u. Procédures de présélection

1. La procédure de présélection est conduite conformément à l'article 7, sauf dans la mesure où le paragraphe 2 du présent article déroge aux dispositions de l'article 7.

2. La documentation de présélection contient au minimum les renseignements suivants :

a) Une demande de renseignements adressée au fournisseur ou à l'entrepreneur concernant l'expérience et les aptitudes du personnel qui sera chargé de fournir les services;

b) Une description des services requis;

c) Les renseignements visés à l'article 7-3.

Article 37v. Teneur du dossier de sollicitation

1. Le dossier de sollicitation comporte au minimum les renseignements suivants :

a) Les renseignements visés à l'article 21, à l'exception de ceux qui sont visés aux alinéas *d*, *e*, *g*, *h*, *i* et *u*;

b) Une description des services requis;

c) Le délai dans lequel les services doivent être fournis;

d) La manière dont le prix de l'offre doit être formulé;

e) Une demande de renseignements sur l'expérience du personnel qui sera chargé de fournir les services, à moins que ces renseignements n'aient été fournis lors de la procédure de présélection, conformément à l'article 37u-2 *a*;

f) Si des variantes en ce qui concerne les conditions contractuelles ou toute autre condition énoncée dans le dossier de sollicitation sont autorisées ou requises, une déclaration à cet effet;

g) Les critères qui seront appliqués pour évaluer les propositions et les coefficients de pondération à accorder aux critères conformément à l'article 37w-1;

h) La méthode selon laquelle il sera tenu compte du prix lors de l'évaluation des offres, conformément à l'article 37w-4.

2. S'il n'y a pas eu de procédure de présélection, le dossier de sollicitation comporte également :

a) Une demande de renseignements sur l'expérience acquise par le fournisseur ou entrepreneur et par son personnel en ce qui concerne la fourniture de services d'un type similaire aux services requis;

b) Les critères de qualification qui seront appliqués pour l'évaluation des offres.

Observation sur les articles 37t, 37u et 37v : La documentation supplémentaire requise par l'entité adjudicatrice lors d'une procédure de passation d'un marché de services *a*, avant tout, pour objet de permettre à cette dernière de déterminer les compétences techniques et les aptitudes du fournisseur ou entrepreneur et du personnel qui sera chargé d'exécuter le marché.

Article 37w. *Examen et évaluation*

1. L'entité adjudicatrice établit les critères à appliquer pour évaluer les offres et fixe le coefficient de pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation. Ces critères doivent permettre d'évaluer :

- a) L'expérience des fournisseurs et entrepreneurs et leurs compétences techniques en ce qui concerne la fourniture de services comparables à ceux que requiert l'entité adjudicatrice;
- b) La conformité des offres aux conditions fixées par l'entité adjudicatrice;
- c) Les qualifications et les compétences du personnel proposé pour la fourniture des services;
- d) Si des variantes étaient souhaitées ou requises en application de l'article 21 g, la mesure dans laquelle les propositions sont appropriées et pertinentes;
- e) Le prix.

2. L'entité adjudicatrice fixe, en ce qui concerne la qualité et les aspects techniques, un seuil que doivent atteindre les offres pour pouvoir être examinées conformément au paragraphe 4 du présent article.

3. Sans tenir compte du prix des offres, l'entité adjudicatrice note chaque offre conformément aux facteurs d'évaluation des offres et aux coefficients relatifs de pondération et au mode d'application de ces facteurs, tels qu'ils sont déterminés dans le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice classe alors les offres conformément à cette notation.

4. a) L'entité adjudicatrice compare ensuite le prix des offres ayant atteint une note équivalente ou supérieure au seuil fixé conformément au paragraphe 2 du présent article. L'offre à retenir est soit :

- i) L'offre proposant le prix le plus bas; ou
- ii) L'offre dont l'évaluation combinée est la meilleure, sur la base du prix et des capacités techniques notées en application du paragraphe 3 du présent article; ou
- iii) L'offre que l'entité adjudicatrice choisit après des négociations conformément à l'article 37x;

b) Si la réglementation des marchés le permet (et sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut, lorsqu'elle évalue et compare les offres, accorder une marge de préférence aux offres de services émanant des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux. La marge de préférence est calculée conformément à la réglementation des marchés.

Observation : L'article 37w vise à donner effet au principe mentionné aux paragraphes 8 à 10 de la présente note, selon lequel le principal facteur à prendre en compte lors de l'examen et de l'évaluation des offres de services doit être les compétences techniques et les aptitudes du fournisseur ou entrepreneur. La détermination d'un seuil permet à l'entité adjudicatrice d'écarter les offres dont la notation technique est trop basse pour justifier un examen approfondi.

L'entité adjudicatrice dispose de trois options lui permettant de combiner une évaluation technique et une évaluation du prix. La première option, énoncée à l'alinéa i du paragraphe 4, est présentée pour la raison suivante : si le seuil de qualification est fixé à un niveau élevé, les fournisseurs et entrepreneurs ayant obtenu une notation égale ou supérieure à ce seuil seront, selon toute probabilité, à même de fournir des services d'une qualité technique plus ou moins équivalente. Ainsi, l'entité adjudicatrice pourra mettre directement ces offres en concurrence sur la base du prix, l'offre au prix le plus bas étant alors l'offre à retenir.

Dans la deuxième option, décrite à l'alinéa ii du paragraphe 4, l'entité adjudicatrice peut souhaiter affecter le prix d'un coeffi-

cient de pondération et le noter en tant que critère distinct, puis combiner les deux critères pondérés pour évaluer chaque offre. Elle compare alors la notation des offres sur la base des évaluations combinées et l'offre ayant atteint la notation combinée la plus élevée est alors l'offre à retenir.

En application de l'alinéa iii du paragraphe 4, l'entité adjudicatrice peut négocier avec les fournisseurs afin de déterminer l'offre à retenir. Ces négociations sont soumises à l'article 37x.

Article 37x. *Négociations*

1. L'entité adjudicatrice peut engager des négociations avec les fournisseurs et entrepreneurs afin de déterminer l'offre à retenir, si elle l'a spécifié dans le dossier de sollicitation.

2. a) Toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur est confidentielle;

b) Sous réserve de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à aucune personne des informations techniques, informations sur les prix ou toutes autres informations liées aux négociations sans le consentement de l'autre partie.

3. L'entité adjudicatrice applique les procédures suivantes lors des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs :

a) Elle invite à des négociations sur le prix ou sur d'autres aspects de son offre le fournisseur ou entrepreneur ayant obtenu la notation la plus élevée en application de l'article 37w-3;

b) Elle informe les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note supérieure au seuil fixé qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché;

c) Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis;

d) S'il apparaît à l'entité adjudicatrice que les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur invité en application de l'alinéa a du paragraphe 3 du présent article n'aboutiront pas à l'attribution d'un marché, l'entité adjudicatrice informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations;

e) L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou entrepreneur ayant obtenu la deuxième note; si les négociations avec ledit entrepreneur ou fournisseur n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs sur la base de leur classement, jusqu'à ce qu'un marché soit attribué ou que toutes les offres aient été rejetées.

Observation : Il semblerait que l'on recoure le plus souvent à des négociations pour déterminer l'offre à retenir dans le cas de la passation de marchés de services de consultants. L'article 37x vise à garantir que les négociations seront équitables, tant pour l'entité adjudicatrice que pour les fournisseurs et entrepreneurs, en garantissant la confidentialité et le respect du classement technique obtenu, tout en laissant à l'entité adjudicatrice une certaine latitude pour déterminer quel fournisseur ou entrepreneur répondra le mieux à ses besoins.

Article 37y. *Sollicitation de prix*

(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation d'un marché de services par la méthode de la sollicitation de prix conformément à l'article 36, lorsque sont réunies les circonstances visées à l'article 15 dans le cadre de la passation d'un marché de services.

Article 37z. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique*

(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique conformément à l'article 37, lorsque sont réunies les circonstances visées aux articles 14-1 *d* et 16 dans le cadre de la procédure de passation d'un marché de services.

Observation relative aux articles 37y et 37z : Ces articles rendent applicables à la procédure de passation d'un marché de services les articles 15, 16, 36 et 37, au cas où il serait approprié de recourir, pour la passation d'un marché de services, aux méthodes de sollicitation de prix ou de sollicitation d'une source unique. Les conditions d'utilisation de ces méthodes et les procédures à suivre dans les cas de marchés de biens et de travaux sont ainsi également applicables au marché de services.

C. Directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales : note du Secrétariat
(A/CN.9/378/Add.2) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-2
I. CONFÉRENCE PRÉLIMINAIRE	3-57
A. Remarques liminaires	3-12
B. Proposition relative à l'établissement de directives pour les conférences préliminaires	13-23
C. Questions qui pourraient être examinées lors d'une conférence préliminaire	24-57
II. ARBITRAGE MULTIPARTITE	58-70
A. Remarques liminaires	58-66
B. Travaux futurs possibles de la Commission	67-70
III. OBTENTION DE PREUVES	71-82
A. Remarques liminaires	71-74
B. Travaux futurs possibles de la Commission	75-82
CONCLUSIONS	83-85

INTRODUCTION

1. Il a été noté, lors du Congrès sur le droit commercial international tenu par la Commission durant sa vingt-cinquième session en 1992, ainsi qu'au sein d'autres instances traitant de l'arbitrage international, qu'en raison du principe de la liberté et de la flexibilité dans la conduite de la procédure arbitrale, il pourrait, dans certains cas, être difficile aux participants de prévoir la manière dont se déroulerait la procédure et de se préparer aux divers actes de procédure. A ce propos, il a été déclaré que l'on pourrait éviter ou réduire ces difficultés en organisant dès les premières étapes de la procédure arbitrale une conférence entre les arbitres et les parties, afin de discuter de la procédure et de la planifier. En outre, il a été noté qu'il serait utile d'élaborer des directives pour ces "conférences préliminaires". On trouvera à la section I ci-après un examen des travaux que pourrait entreprendre la Commission à propos de ces directives.

2. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a examiné un rapport intitulé "Coordination des travaux : activités des organisations internationales concernant certains aspects de l'arbitrage" (A/CN.9/280)¹. Le rapport traitait des activités des diverses organisations internationales sur les aspects suivants de l'arbitrage : arbitrage multipartite, obtention de preuves dans le cadre des procédures d'arbitrage, assistance judiciaire internationale aux fins de l'obtention de preuves dans le cadre des procédures d'arbitrage, loi applicable aux conventions d'arbitrage, adaptation ou complètement des contrats par des tiers et code de déontologie des arbitres dans l'arbitrage commercial international. L'objet du rapport était de donner des renseignements sur les activités d'autres organisations et d'inviter la Commission à étudier si l'une ou l'autre de ces

¹Reproduit dans l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XVII : 1986 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.88.V.4), deuxième partie, chap. IV.

questions méritait d'être examinée de plus près du point de vue de la coordination des travaux et éventuellement des travaux futurs que la Commission pourrait entreprendre elle-même. La Commission a estimé que l'arbitrage multipartite et l'obtention de preuves dans le cadre des procédures d'arbitrage posaient des problèmes méritant un examen plus approfondi². Ces deux questions figurent parmi celles qui sont examinées dans la section I ci-après, dans le contexte des directives qui pourraient être élaborées pour les conférences préliminaires, car il apparaît qu'un certain nombre des problèmes que suscitent ces deux questions pourraient être résolus au moyen de ces directives. Ces deux questions sont également examinées dans les sections II et III, et des conclusions sont présentées à la fin du document.

I. CONFÉRENCE PRÉLIMINAIRE

A. Remarques liminaires

3. Les dispositions des règlements d'arbitrage régissant la procédure arbitrale, notamment l'étape de la procédure durant laquelle ont lieu les audiences et sont échangés divers documents, permettent en général de mener la procédure arbitrale de manière relativement libre et souple.

4. On trouvera un exemple de cette liberté et cette souplesse dans la conduite de la procédure au paragraphe 1 de l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui est libellé comme suit :

"1. Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens."

5. Le principe de la souplesse et de la liberté est limité de deux manières. Premièrement, la liberté du tribunal arbitral ne s'étend pas aux questions qui sont régies par les règles applicables; dans le cas du Règlement de la CNUDCI, c'est ce qui ressort, au paragraphe 1 de l'article 15, des premiers mots "Sous réserve des dispositions du Règlement"³. Deuxièmement, le tribunal arbitral doit observer les dispositions de procédure impératives de la loi applicable à

l'arbitrage⁴. Ces dispositions impératives ne rendent toutefois en général pas plus certaines ni prévisibles les procédures arbitrales. Un de ces principes impératifs, qui se retrouve, sous diverses formes, dans tous les systèmes de procédure, est énoncé à l'article 18 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international : "Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits."

6. Le principe de la liberté et de la souplesse est utile et il est, en général, considéré comme la meilleure solution, dans la mesure où il permet de tenir compte des différents styles de procédure et d'adapter la procédure arbitrale à l'affaire traitée et de la conduire conformément au style de procédure auquel sont habitués les parties et l'arbitre.

7. Ce principe de la souplesse et de la liberté revêt une importance moindre lorsque les participants à l'arbitrage sont à même de planifier la procédure et de préparer leurs actes de procédure. Faute d'une telle planification, il est possible, notamment dans un arbitrage international, qu'une partie ou un membre du tribunal arbitral juge la procédure surprenante et imprévisible et éprouve des difficultés à s'y préparer, ce qui risque de conduire à des malentendus ou à des retards ou d'entraîner une augmentation du coût de la procédure. De telles difficultés sont en général imputables à des divergences entre les traditions en la matière. On ajoutera que, puisque les arbitrages n'ont pas à suivre — et ne suivent en général pas — les règles de procédure habituelles devant un tribunal judiciaire, et puisque de nombreux arbitres ont un style de procédure qui leur est propre, ces difficultés peuvent se rencontrer même dans les arbitrages dont les participants proviennent de systèmes juridiques similaires.

8. Afin d'éviter ces difficultés, on peut organiser, peu après la constitution du tribunal arbitral, une réunion entre le tribunal et les parties, afin de préciser et de planifier la conduite de la procédure. Des accords appropriés relatifs à la procédure sont conclus ou des décisions sont prises lors de ces réunions, afin que les audiences ultérieures soient plus efficaces et qu'il soit plus facile de s'y préparer. Les réunions de cet ordre sont désignées dans la pratique sous les appellations suivantes : "conférence préliminaire", "audience préliminaire", "examen avant le jugement", ou "conférence administrative". On a utilisé dans le présent document le terme "conférence préliminaire".

9. Peu de règlements d'arbitrage international font référence aux conférences préliminaires. Parmi ceux qui y font référence, on peut citer le Règlement d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (1984) (par. 1 de l'article 21). Parmi ceux qui ne font pas référence à une telle conférence, on citera : le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le règlement du London Court of International Arbitration et le règlement d'arbitrage international de l'American Arbitration Association. La procédure relative à la définition de la "mission de l'arbitre" au début de l'arbitrage, décrite à l'article 13 du Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de

²Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17 (A/41/17)*, par. 254 à 258; également reproduit dans *l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XVII : 1986 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.88.V.4), première partie, A, par. 254 à 258.

³Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit plusieurs exceptions au principe général de la souplesse dans la conduite de la procédure; elles portent sur la remise de notifications, la communication de propositions (par. 1 de l'article 2); l'obligation d'organiser une procédure orale si l'une ou l'autre partie le demande (par. 2 de l'article 15); la notification de la procédure orale (par. 1 de l'article 25); l'obligation d'indiquer par avance l'identité de tous témoins devant être entendus (par. 2 de l'article 25); et divers aspects relatifs au témoignage d'experts (art. 27). En outre, le Règlement comporte des dispositions précises relatives aux mesures à prendre pour constituer le tribunal arbitral et entamer la procédure, ainsi qu'à la sentence arbitrale.

⁴Cette condition est expressément énoncée au paragraphe 2 de l'article premier du Règlement de la CNUDCI; elle est également exprimée dans des dispositions légales relatives à l'annulation de sentences arbitrales et à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

commerce internationale est, sur certains points, similaire à une conférence préliminaire; néanmoins, si l' "acte de mission" est relativement précis à propos des prétentions des parties et des questions à l'examen, il ne traite normalement pas des détails de procédure qui font habituellement l'objet de la conférence préliminaire.

10. Dans la pratique, des conférences préliminaires peuvent être organisées, que le règlement d'arbitrage retenu les envisage ou non. Ainsi, les tribunaux arbitraux considèrent que la décision d'organiser une telle conférence entre dans le cadre des pouvoirs généraux qui leur sont conférés en matière de procédure et qui leur permettent de conduire l'arbitrage de la manière qu'ils jugent appropriée (voir ci-dessus, par. 4).

11. En raison du caractère confidentiel de l'arbitrage, il est difficile de déterminer dans quelle mesure de telles conférences sont organisées. A en juger par les rapports des praticiens, elles le seraient dans un bon nombre d'arbitrages internationaux. Il semble que de telles conférences aient davantage de chances d'être organisées dans les cas où les arbitres considèrent le tribunal arbitral comme un organisateur de la procédure plutôt que comme un enquêteur actif et où, conformément à cette tendance, les parties sont supposées faire preuve d'une certaine initiative en matière de procédure.

12. On peut conclure que, puisqu'il ne semble pas exister d'objection de principe à l'organisation de conférences préliminaires, et puisque de nombreux commentateurs soulignent l'utilité de cette pratique, ces conférences devraient devenir plus fréquentes, même dans les milieux où elles ne sont pas habituelles⁵.

B. Proposition relative à l'établissement de directives pour les conférences préliminaires

13. Il semble que l'organisation d'une conférence préliminaire soit une pratique utile, en ce sens qu'elle facilite la préparation des parties à la procédure arbitrale, contribue à éviter les malentendus et permet de diligenter l'arbitrage. Ces conférences sont particulièrement utiles dans les arbitrages internationaux, dans lesquels les parties ou les arbitres peuvent avoir une vision différente de la conduite de la procédure. En outre, une discussion préliminaire axée sur les questions de procédure, lors d'une telle conférence, facilite l'adoption de décisions en la ma-

⁵Lors du huitième Congrès sur l'arbitrage international, durant l'examen d'un cas hypothétique relatif au commerce international, il a été traité de la question de savoir si, dans un tel cas, il serait usuel d'organiser une conférence préliminaire. Il ressort des réponses à cette question que, dans certaines parties du monde, notamment aux Etats-Unis, en Angleterre et au Nigéria, de telles conférences sont habituellement organisées; pour les arbitrages menés sous l'égide de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), il a été déclaré que les réunions pour la définition de la "mission de l'arbitre", qui sont régulièrement organisées, font souvent office de conférences préliminaires (voir toutefois le paragraphe 9 ci-dessus). Dans d'autres régions du monde, notamment les pays arabes, l'Europe orientale ou le Japon, de telles conférences n'étaient ni usuelles ni traditionnelles; selon certaines réponses décrivant la situation dans ces autres régions du monde, il n'y avait aucun obstacle formel à la tenue de telles conférences et certaines avaient été organisées. Voir International Council for Commercial Arbitration, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Congress series No. 3, Pieter Sanders, ed. (Deventer, Kluwer, 1987), p. 63 à 66.

tière par consensus, à la différence des cas où l'arbitre-président prend des décisions de procédure, ou les parties imposent des procédures au tribunal arbitral par convention.

14. Pour qu'une conférence préliminaire soit efficace, il est des plus souhaitable que les arbitres établissent un ordre du jour des questions à examiner et en avisent les parties suffisamment à l'avance. Les arbitres ayant une expérience limitée de ces conférences pourront juger cette tâche par trop lourde. De même, une partie ayant une expérience insuffisante en la matière pourra juger difficile de participer efficacement à une telle conférence.

15. Il existe des directives pour la préparation et la conduite des conférences préliminaires⁶. Toutefois, ces directives, en général assez brèves et sous forme d'une liste de contrôle des questions à examiner, ont été établies pour une institution arbitrale donnée, dans le cadre d'un règlement d'arbitrage donné, ou ont été conçues pour des arbitrages nationaux.

16. Afin de faciliter la préparation et la conduite des conférences préliminaires, il semblerait utile que la Commission établisse des directives, compte tenu des traditions juridiques des différents pays et des exigences de l'arbitrage commercial international. Ainsi, elle contribuerait à la diffusion de connaissances pratiques sur l'arbitrage et faciliterait la participation à l'arbitrage de personnes ayant une connaissance limitée de la pratique arbitrale dans les centres d'arbitrage traditionnels.

17. L'objet des directives serait de rendre moins incertaines et plus prévisibles les procédures arbitrales, tout en préservant la souplesse. Pour ce faire, elles appelleraient l'attention des parties et des arbitres sur les questions qu'il pourrait être utile d'examiner lors d'une conférence préliminaire : détails techniques de l'application du règlement régissant la procédure, ou questions non traitées par ce règlement.

18. On supposera que les parties participant à la conférence préliminaire ont convenu d'un règlement d'arbitrage ou, dans le cas contraire, souhaiteront le faire lors de la conférence. La décision d'appliquer les directives n'entraînera pas en soi de modifications du règlement d'arbitrage convenu. Il serait peut-être bon, toutefois, que les parties conviennent, lors de la conférence, de solutions de procédure qui compléteront le règlement d'arbitrage convenu. Les parties voudront peut-être également modifier ce règlement, au vu des discussions durant la conférence. Afin de faciliter de telles décisions, il serait peut-être bon que les directives présentent, pour différentes questions de procédure, des exemples de clauses, peut-être sous forme de variantes.

19. Les participants prendront normalement leurs décisions durant la conférence préliminaire, mais il pourrait être utile dans certains cas que le tribunal se réunisse après la conférence et établisse un document énonçant les décisions prises.

⁶Par exemple, le Tribunal arbitral Iran-Etats-Unis a adopté les Directives internes du Tribunal (sans date), reproduites dans *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. I, 1983, p. 98. On notera également les *Guidelines for Expediting Large, Complex Commercial Arbitrations (1990)* de l'American Arbitration Association.

20. Les directives devraient appeler l'attention sur l'obligation de respecter les règles de procédure impératives.

21. En général, l'objet d'une conférence préliminaire est d'examiner des questions de procédure arbitrale. Néanmoins, il ne serait pas utile dans ce contexte d'établir une distinction claire entre les questions de procédure et les questions de fond, car il est souvent utile de traiter, lors de ces conférences, de questions qui ne sont pas strictement de procédure (par exemple, définition précise de la réparation demandée, admission des faits qui ne sont pas contestés et échange d'informations sur les questions à l'examen).

22. Le calendrier des conférences préliminaires devrait être flexible. En général, une conférence préliminaire est organisée peu après la nomination du tribunal arbitral, mais il peut être parfois utile, au vu de l'évolution de l'affaire, que les participants tiennent plus d'une conférence.

23. Si les activités de la Commission à ce propos pourront être considérées comme venant compléter utilement le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et, plus généralement, comme se situant dans le droit fil des travaux de la Commission relatifs à l'arbitrage et à la conciliation, les directives qu'élaborera éventuellement la Commission n'auront pas nécessairement à être liées aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

C. Questions qui pourraient être examinées lors d'une conférence préliminaire

24. L'aperçu ci-après des questions pouvant être examinées lors d'une conférence préliminaire a pour objet d'aider la Commission à décider si elle devrait élaborer des directives et à solliciter des observations sur lesquelles se fonderont les documents qu'élaborera le Secrétariat, au cas où la Commission déciderait de donner suite au projet⁷.

25. Il nous semble que, si les directives devraient présenter une liste relativement complète des questions à examiner, il faudrait bien préciser dans ces directives que toutes ces questions n'ont pas nécessairement à être inscrites à l'ordre du jour d'une conférence préliminaire. En outre, il ne faudrait pas considérer cette liste comme exhaustive.

a) Règles régissant l'arbitrage

26. Si, dans le cas d'un arbitrage *ad hoc*, les parties n'ont pas convenu d'un règlement d'arbitrage, il est souhaitable qu'elles le fassent lors de la conférence préliminaire.

b) Appui administratif

27. Les participants voudront peut-être étudier s'ils souhaitent qu'une institution fournisse un appui administratif dans le cadre de l'arbitrage. Dans l'affirmative, il est utile d'étudier les types de services administratifs requis, les types de services disponibles et leur coût.

c) Nomination du secrétaire du tribunal

28. Les participants voudront peut-être étudier si, au vu de l'importance et de la complexité de l'affaire, il serait justifié que le tribunal arbitral nomme une personne chargée de s'acquitter de tâches administratives sous la direction du tribunal (secrétaire, greffier, ou administrateur). Si une telle personne est nommée, il est recommandé de discuter des types de tâches administratives qui lui seront confiées. (Les directives devraient donner des exemples de ces tâches administratives.)

d) Possibilité de règlement de différend

29. Pour ce qui est de savoir si le règlement du différend devrait être une des questions inscrites à l'ordre du jour de la conférence préliminaire, les directives devraient indiquer qu'en principe il n'est pas interdit aux parties de tenter de régler leur différend. Néanmoins, on peut avancer que, notamment lorsque le règlement du différend ne semble pas facile, il serait souhaitable, afin de préserver l'efficacité de la conférence, de limiter les discussions aux questions suivantes : i) quel est l'état des discussions relatives à un règlement éventuel (on se contentera d'examiner si des discussions ont eu lieu ou auront probablement lieu) ? ii) la probabilité de discussions relatives au règlement aura-t-elle des incidences sur le calendrier de la procédure arbitrale ? et iii) les parties seraient-elles disposées à envisager la conciliation ou d'autres formes de règlement des différends et, dans l'affirmative, voudront-elles se fonder sur un règlement tel que le Règlement de conciliation de la CNUDCI ?

e) Questions en jeu, recours ou réparations demandés, ordre dans lequel les questions seront tranchées

30. Si les questions en jeu ou le recours ou la réparation demandés n'ont pas été clairement définis dans les mémoires présentés, il est bon de les préciser, sans toutefois entendre d'arguments à l'appui des demandes. On pourrait envisager de recenser les questions qu'il serait possible de trancher à titre préliminaire. On pourrait également se demander si une question (par exemple, le fait de savoir si le défendeur peut être tenu responsable) devrait faire l'objet d'une sentence partielle avant que d'autres questions ne soient tranchées (par exemple, le montant des dommages-intérêts).

f) Admission de faits non contestés

31. Afin de simplifier l'obtention de preuves, il est souhaitable que les parties stipulent que certains faits seront considérés comme non contestés. Si elles acceptent de le faire, un délai pourra être fixé durant lequel elles devront soumettre leurs stipulations par écrit au tribunal arbitral.

g) Lieu de l'arbitrage

32. Si le lieu de l'arbitrage n'a pas été déterminé, les participants voudront peut-être déterminer la ville ou le pays et l'emplacement de l'arbitrage.

33. Les participants voudront peut-être étudier s'il serait justifié qu'une partie de la procédure se tienne en dehors du lieu ou de l'emplacement de l'arbitrage. Par exemple, les

⁷Pour un certain nombre des questions traitées dans cet aperçu, on s'est fondé sur l'article de Howard M. Holtzmann "Balancing the need for certainty and flexibility in international arbitration procedures", écrit pour le douzième Sokol Colloquium on International Law "International Arbitration in the 21st Century : Towards 'Judicialization' and Uniformity?", University of Virginia School of Law, 27 et 28 mars 1992.

circonstances peuvent justifier l'audition de témoins, l'organisation de réunions du tribunal arbitral en vue de consultations entre ses membres, ou l'inspection de marchandises, de biens ou de documents ailleurs qu'à l'emplacement, dans la ville ou dans le pays de l'arbitrage.

h) *Audiences*

34. Il est bon d'examiner les questions suivantes :

- i) Quelle sera la durée prévue des audiences ?
- ii) Les audiences se tiendront-elles durant des journées consécutives ou seront-elles séparées ?
- iii) Quel sera le calendrier des audiences ?
- iv) Dans quel ordre les parties présenteront-elles leurs exposés oraux ?
- v) Des déclarations liminaires ou récapitulatives seront-elles présentées ?
- vi) Les objections et dupliques seront-elles autorisées ? Dans l'affirmative, certaines limitations devront-elles être imposées ? (Par exemple, une objection ou une duplique devront-elles se limiter aux questions traitées dans l'exposé antérieur de l'autre partie ?);
- vii) Le tribunal arbitral sera-t-il habilité à imposer une durée maximum pour les exposés oraux ou les témoignages ?
- viii) Les parties devraient-elles ou non présenter un résumé écrit des arguments présentés oralement ? Dans l'affirmative, les résumés devraient-ils être soumis lors des audiences ou pourraient-ils l'être peu après ?
- ix) Quel sera le mode d'audition des témoins ? (A ce propos, on pourra décider d'inclure dans les directives des modèles de clauses dont pourront convenir les parties ou dont le tribunal arbitral pourra s'inspirer pour ses décisions de procédure)⁸;
- x) Les témoins seront-ils tenus de prêter serment et, dans l'affirmative, sous quelle forme, compte tenu des lois du lieu de l'arbitrage régissant la prestation de serment ?
- xi) Des services d'interprétation seront-ils requis et, dans l'affirmative, quelles dispositions seront prises et comment seront répartis les coûts ?
- xii) Sera-t-il procédé à une transcription sténographique ou à un enregistrement des audiences et, dans l'affirmative, quelles dispositions seront prises à cette fin et comment seront répartis les coûts ?

i) *Langue de la procédure*

35. A moins que la langue ou les langues à utiliser dans la procédure n'aient déjà été déterminées, les participants

devraient procéder à cette détermination conformément aux règles applicables.

36. On pourrait étudier si les documents ou pièces joints à la requête et les documents ou pièces devant être soumis ultérieurement et qui ne sont pas dans la langue de la procédure peuvent être soumis dans leur langue originale ou doivent être accompagnés d'une traduction. (Les directives pourront également traiter de la question des coûts ou de la possibilité de décider que les documents ou pièces ou types de documents ou de pièces déterminés pourront être soumis dans leur langue originale.)

j) *Exposés écrits*

37. Les questions suivantes pourront être examinées :

- i) Quels exposés écrits, outre la requête ou la réponse, une partie devrait-elle soumettre ?
- ii) Quels exposés écrits une partie est-elle habilitée à soumettre (par exemple, la réplique du demandeur à la réponse du défendeur et la duplique du défendeur) ?
- iii) Des exposés écrits seront-ils autorisés après les audiences ?
- iv) Tous les exposés devront-ils être faits consécutivement ou le tribunal arbitral voudra-t-il qu'ils soient soumis simultanément ?
- v) Quelle sera la structure des exposés écrits⁹ ?
- vi) Quel sera le calendrier de soumission des exposés écrits ?
- vii) Quel sera le mode de transmission des exposés écrits (par exemple, ils peuvent être échangés directement entre les parties, avec copie au tribunal arbitral, ou ils peuvent être déposés auprès d'un administrateur et transmis par ce dernier aux arbitres et à l'autre partie) ?

k) *Pièces justificatives*

38. Il est bon de déterminer le calendrier de soumission des pièces justificatives.

39. Les parties peuvent être invitées à convenir de soumettre conjointement un ensemble de documents dont l'authenticité n'est pas contestée. Il faudrait qu'il soit bien clair pour les parties que l'objet de cette procédure est d'éviter des doubles soumissions et des discussions relatives à l'authenticité de ces documents et qu'elle ne préjuge en rien la position des parties quant à la portée desdits documents.

40. Il sera sans doute utile de convenir que, sauf contestation dans un délai donné, i) un document est accepté comme émanant de la source indiquée, ii) la copie d'une communication (par exemple, lettre, télex, télécopie) est acceptée sans autre preuve comme ayant été reçue par le destinataire et iii) une photocopie est acceptée comme conforme. On pourra préciser qu'au moins pour ce qui est de l'hypothèse énoncée à l'alinéa iii), un document peut être contesté plus tardivement si le tribunal arbitral considère que le retard est justifié.

⁸Des solutions différentes peuvent être proposées; on peut, par exemple, disposer qu'un témoin sera interrogé d'abord par le tribunal arbitral, puis par la partie l'ayant cité, puis par l'autre partie, et enfin réinterrogé par la partie l'ayant cité; on peut également disposer que la procédure sera placée sous le contrôle du tribunal arbitral, qui aura notamment le droit d'interdire à une partie d'interroger un témoin. On peut également décider qu'un témoin sera interrogé par les parties sous le contrôle de l'arbitre-président et que le tribunal arbitral conservera le droit de poser des questions pendant ou après l'interrogatoire par les parties.

⁹On trouvera un exemple de cette structure à l'article 31-3 du Règlement d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

41. On pourra se demander si des pièces justificatives volumineuses ou complexes devraient être présentées sous forme de rapports de personnes indépendantes (par exemple, experts-comptables ou ingénieurs-conseils) ou sous forme de résumés, tableaux, graphiques, extraits ou échantillons. On pourrait, dans ce cadre, envisager de donner à l'autre partie la possibilité d'examiner les données de base et le mode d'établissement des documents fondés sur lesdites données. Il serait sans doute souhaitable d'établir à cette fin un calendrier.

42. Le tribunal arbitral peut demander si une partie a l'intention de demander, ou de prier le tribunal de demander que l'autre partie présente des pièces justificatives. Dans ce cas, on pourra notamment énoncer les conditions suivantes : le document doit être décrit avec une précision raisonnable; le tribunal arbitral doit avoir admis que les pièces en question sont pertinentes et recevables; le document doit pouvoir être établi par la partie à laquelle il est demandé; et la partie demanderesse doit avoir fait des efforts raisonnables, mais non couronnés de succès, pour obtenir le document. Il faudrait rappeler aux parties que le tribunal arbitral sera libre de tirer ses conclusions de la non-production par une partie du document demandé de la manière convenue. En outre, il sera peut-être utile d'établir un calendrier pour la soumission d'une demande de documents, pour la production de documents ou pour toute autre réponse à la demande.

l) *Preuves matérielles*

43. Il peut être utile de chercher à savoir si une partie a l'intention de soumettre des preuves matérielles autres que des documents et de déterminer quelles dispositions seront prises pour la soumission de ces preuves (par exemple, calendrier, possibilité donnée à l'autre partie d'inspecter la preuve avant l'audience et mesures visant à préserver cette preuve).

44. Si une partie ou le tribunal arbitral ont l'intention de demander une inspection sur place de marchandises, d'autres biens ou de documents, il peut être utile de déterminer les dispositions qui seront prises à ce propos et le calendrier de cette inspection.

m) *Conditions pratiques relatives aux exposés écrits et aux pièces*

45. Lorsqu'il est probable que de nombreux documents seront présentés, il peut être utile de régler un certain nombre de détails pratiques, par exemple :

- i) D'indiquer le nombre d'exemplaires dans lesquels chaque document devra être soumis;
- ii) De préciser les dimensions du papier;
- iii) De prévoir un système uniforme de numérotation des pièces;
- iv) D'indiquer la méthode d'identification des pièces, par exemple au moyen d'étiquettes;
- v) De disposer que, lorsqu'une partie fait référence à un document soumis, le document doit être identifié par son titre et le numéro qui lui a été attribué;
- vi) De stipuler que les paragraphes des documents établis pour la procédure doivent être numérotés;

vii) D'indiquer si les traductions figureront dans le même volume que le texte original ou seront soumises séparément.

n) *Témoignages*

46. Si des témoins doivent être entendus et s'il a été convenu que la partie présentant un témoignage doit soumettre avant l'audience une communication écrite relative audit témoignage, il est bon de déterminer les éléments d'une telle communication. Il pourrait être également approprié d'élaborer un exemple de disposition. (A cette fin, il faudrait se fonder sur des textes existants, tels que l'article 25-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et l'article 5 des Règles de l'AIB en matière de preuve¹⁰.) (Quant au mode d'audition de témoins, on se référera au paragraphe 34 ci-dessus, point ix.)

47. Il peut être utile d'envisager les dispositions qui seront prises pour la soumission de témoignages sous forme de déclarations écrites et signées, y compris la question de savoir si ces déclarations devront être assermentées et, dans l'affirmative, quelles formalités seront requises.

48. On pourra se demander si certaines personnes associées à une partie seront présumées intéressées au règlement du litige et ne seront donc pas autorisées à témoigner (par exemple, des cadres, employés d'un certain rang ou quel que soit leur rang, actionnaires ou retraités d'une société). Si certaines personnes ne sont pas autorisées à témoigner, on pourra étudier comment le tribunal arbitral agira pour obtenir d'elles des informations.

49. Il serait bon de préciser s'il serait correct qu'une partie ou un conseiller juridique interroge des témoins ou témoins potentiels avant leur audition.

o) *Experts*

50. Les décisions qui seront prises lors de la conférence préliminaire dépendront notamment du point suivant : le règlement d'arbitrage convenu prévoit-il que les experts seront nommés par le tribunal arbitral ou sera-ce aux parties de présenter des déclarations d'experts ?

51. Dans le premier cas, les participants pourront étudier, par exemple, i) si un ou plusieurs experts seront nommés; ii) si le tribunal arbitral devrait inviter les parties à présenter des observations sur le choix de l'expert ou sur son mandat; iii) quelles seront les dispositions prises pour la répartition du coût de l'expert; iv) quelles procédures seront adoptées pour permettre aux parties d'exprimer par écrit leur avis sur le rapport de l'expert, pour interroger l'expert lors de l'audience et pour permettre à un expert de témoigner sur les points traités par l'expert nommé par le tribunal arbitral.

52. Si le tribunal arbitral ne nomme pas d'experts et si c'est uniquement aux parties de présenter des déclarations

¹⁰Les Règles complémentaires régissant la production et la réception de preuves dans l'arbitrage commercial international ("Les Règles de l'AIB en matière de preuve") ont été adoptées en 1983 par le Conseil de l'Association internationale du barreau; ces Règles sont publiées dans une brochure de l'Association; elles sont également publiées dans le *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer, Deventer, vol. X-1985, p. 152 à 156, et dans *Arbitration International*, vol. 1, n° 2 (juillet 1985), p. 119 à 124.

d'experts, les directives à ce propos pourront être une adaptation des paragraphes 46 à 49 ci-dessus relatifs aux témoignages.

p) *Dispositions de procédure pour les arbitrages multipartites*

53. Lorsque l'arbitrage fait intervenir plus de deux parties et porte également sur plus d'un litige ("arbitrage multipartite"), il est souhaitable de discuter de la manière dont la procédure sera menée, afin d'éviter tout retard et dépenses excessifs et de garantir le respect des droits de chaque partie en matière de procédure.

54. Il est possible que les litiges joints en un seul arbitrage multipartite soient régis par des conventions d'arbitrage non harmonisées (faisant par exemple référence à des règlements d'arbitrage différents). La conférence préliminaire donne une possibilité d'éliminer de tels conflits par convention des parties.

55. Il est souhaitable de déterminer les principales questions sur lesquelles portent les litiges, afin de convenir s'il serait utile de diviser la procédure multipartite en différentes étapes. La première étape pourrait être consacrée aux objections concernant la compétence du tribunal arbitral. Les étapes suivantes pourraient être axées, dans l'ordre approprié, sur les décisions qui, dans une certaine mesure, constituent des décisions préliminaires pour un autre litige (par exemple, des faits devant être établis dans le cadre d'un litige peuvent être pertinents pour un autre litige, ou la responsabilité constatée dans le cadre d'un litige peut avoir des incidences sur la décision à prendre à propos d'un autre litige).

56. Puisque la décision prise à propos d'un litige peut avoir des incidences sur la position d'une partie dans le cadre d'un autre litige, il est important de donner à chaque partie intéressée la possibilité de présenter ses arguments sur les questions l'intéressant. Si certaines questions n'intéressent pas toutes les parties en jeu, il peut être possible, dans un souci d'économie, de planifier les audiences de manière qu'une partie puisse n'être présente qu'à celles qui l'intéressent.

57. Il est bon d'envisager, lors de la conférence préliminaire, des questions de procédure telles que le calendrier des réunions, les échanges de communications entre les parties et le tribunal arbitral, la manière dont les parties participeront à l'audition de témoins, la nomination d'experts et la participation des parties à l'audition d'experts, l'ordre dans lequel les parties feront des déclarations et la répartition des montants déposés.

II. ARBITRAGE MULTIPARTITE

A. Remarques liminaires

58. Comme il est noté ci-dessus au paragraphe 2, la Commission, à sa dix-neuvième session, en 1986, a jugé que la question de l'arbitrage multipartite méritait un examen plus approfondi.

59. De nombreuses situations peuvent donner lieu à un litige mettant en jeu plus de deux parties, voire à plus d'un litige. On trouvera ci-après quelques-uns des nombreux exemples d'arbitrage multipartite :

- Cas où un arbitrage unique doit trancher plus d'un litige entre des groupes différents de deux parties. Par exemple, dans le cadre d'un contrat de construction, un arbitrage peut être mis en place pour trancher deux litiges fondés sur le même défaut de construction, l'un entre l'acheteur et l'entrepreneur, l'autre entre l'acheteur et l'architecte; autre exemple, la vente de biens par A à B et la revente de ces biens à C peuvent donner lieu à un arbitrage unique afin de trancher un litige entre A et B et un litige entre B et C, tous deux fondés sur le même défaut des marchandises;

- Arbitrage relatif à un litige entre les parties A et B, mais dans le cadre duquel une autre partie C, intéressée aux résultats de l'arbitrage, est autorisée à se joindre à la procédure pour présenter des pièces et faire des déclarations. Une telle situation peut se produire, par exemple, dans le cas d'un arbitrage mettant en jeu l'acheteur A et le vendeur B à propos d'un défaut des marchandises, auquel cas la responsabilité de la partie C (qui a vendu les marchandises à B) peut être mise en jeu si le tribunal arbitral constate que les marchandises présentent des défauts. On parle parfois dans de tels cas de "jonction des procédures";

- Contrat multilatéral (par exemple, une coentreprise ou un consortium) pouvant donner lieu à un litige mettant en jeu de chaque côté une ou plusieurs parties au contrat.

60. L'arbitrage multipartite peut notamment présenter l'avantage suivant par rapport aux arbitrages séparés : il évite le risque de décisions incompatibles, risque qui, sans être fréquent, existe néanmoins lorsque des litiges connexes font l'objet d'arbitrages distincts. Par exemple, l'acquéreur d'une installation poursuit, en raison du même défaut, l'entrepreneur et le concepteur dans le cadre de procédures distinctes; s'il est procédé à des évaluations indépendantes et non coordonnées des faits, l'acquéreur risque d'être débouté dans les deux cas. L'arbitrage multipartite présente un autre avantage : l'examen des questions en jeu dans le cadre d'une seule procédure permettra sans doute d'économiser du temps et de l'argent. Par exemple, des pièces ou arguments intéressants plus d'un litige n'auront à être examinés qu'une seule fois.

61. Malgré ces avantages potentiels, il est souvent difficile de convenir d'un arbitrage multipartite et de le mettre en place; en outre, la conduite d'un tel arbitrage peut poser des problèmes.

62. Au moment où se met en place une série de contrats intéressants plus de deux parties, ou un contrat multilatéral, lorsque, normalement, sont formulées les clauses de règlement des litiges, il est en général impossible de savoir quelles parties seront mêlées à un litige et quels seront leurs intérêts. C'est pourquoi les parties répugnent en général à convenir d'une clause d'arbitrage multipartite.

63. Après la naissance du litige, dans un cadre multipartite, il peut être difficile d'obtenir l'accord de toutes les

parties en vue de la mise en place d'un arbitrage multipartite. Une partie peut notamment répugner à autoriser une personne qui n'est pas partie au contrat faisant l'objet du litige à avoir accès à des faits concernant le contrat (par exemple, le vendeur de marchandises peut ne pas souhaiter que le producteur desdites marchandises soit mêlé au litige avec le dernier acheteur, ou l'entrepreneur principal peut préférer ne pas faire intervenir un sous-traitant dans son litige avec l'acquéreur de l'installation industrielle).

64. A supposer que les parties aient convenu en principe d'organiser un arbitrage multipartite, il peut se poser un autre problème : les conventions d'arbitrage régissant les différents litiges en jeu peuvent prévoir différentes méthodes de nomination des arbitres. En outre, même si ces méthodes ne sont pas différentes ou ont été harmonisées, les intérêts des parties peuvent diverger, dans la mesure où chacune d'entre elles souhaitera nommer un arbitre. Ces circonstances peuvent empêcher la constitution d'un tribunal arbitral à un seul membre ou à trois membres.

65. Un petit nombre de juridictions ont tenté de surmonter ces difficultés liées à la mise en place d'un arbitrage multipartite en autorisant une partie considérant que deux ou plusieurs litiges devraient faire l'objet d'une procédure unique à obtenir d'un tribunal une ordonnance de jonction en un arbitrage multipartite unique. Des lois à cette fin ont été adoptées aux Pays-Bas, à Hong-kong et dans l'Etat de Californie; dans d'autres juridictions des Etats-Unis d'Amérique, ce pouvoir des tribunaux a été reconnu par la jurisprudence. Dans certaines juridictions (par exemple, en Australie et au Canada) des lois ont été adoptées qui habilite les tribunaux à ordonner la jonction aux conditions fixées par eux, mais uniquement si toutes les parties l'ont acceptée. On notera toutefois que, dans certains pays où une telle législation était envisagée, il a été décidé de ne pas l'adopter car les complications que pouvait entraîner une jonction ordonnée par les tribunaux pesaient plus lourd que les avantages potentiels. Par exemple, en Angleterre, une commission consultative de réforme législative a recommandé en 1990 de ne pas autoriser les jonctions ordonnées par les tribunaux.

66. En outre, à supposer que le tribunal arbitral ait été constitué, les procédures multipartites englobant plusieurs litiges peuvent être plus compliquées à conduire que les procédures bilatérales. Il peut par exemple être difficile de déterminer l'ordre dans lequel les questions sont examinées, de veiller à ce que les témoignages ou les arguments soient présentés de manière que chaque partie intéressée ait la possibilité de faire valoir ses droits, d'établir le calendrier des réunions et de gérer le flux de documents. Les retards et les coûts imputables à ces complications peuvent contrebalancer, et même au-delà, les économies que les parties pouvaient espérer réaliser en organisant un arbitrage multipartite.

B. Travaux futurs possibles de la Commission

67. Vu la grande diversité des cas pouvant mettre en jeu plus de deux parties et la répugnance des parties à convenir d'un arbitrage multipartite, il semble peu prometteur d'entreprendre un projet axé sur l'élaboration d'une clause

type d'arbitrage multipartite. Dans les cas où les parties ont en principe convenu qu'il y aura un arbitrage multipartite, mais éprouvent des difficultés à constituer le tribunal, elles pourraient, à titre de solution partielle, convenir de charger une autorité de nomination de nommer tous les arbitres. La Commission pourrait adopter une approche plus souple et plus globale, consistant à élaborer un guide expliquant les caractéristiques, les avantages et les inconvénients de l'arbitrage multipartite.

68. Pour ce qui est des difficultés mentionnées au paragraphe 66 ci-dessus, que l'on rencontre après la constitution du tribunal arbitral, il semble que l'organisation d'une conférence préliminaire constitue un bon moyen de les régler (voir ci-dessus, par. 53 à 57).

69. Les autres questions mentionnées aux paragraphes 62 à 64, qui se posent avant la constitution du tribunal arbitral, ne peuvent être examinées lors d'une conférence préliminaire, car une telle conférence ne saurait précéder la constitution du tribunal arbitral. La Commission jugera peut-être que la décision relative aux travaux futurs éventuels sur ces questions (par exemple, l'élaboration d'un guide ou de dispositions législatives sur la jonction ordonnée par les tribunaux) devra être prise à un stade ultérieur. Cette décision sera plus facile à prendre à la lumière des travaux futurs possibles sur les directives relatives aux conférences préliminaires et compte tenu des progrès des travaux sur l'arbitrage multipartite au sein de la Chambre de commerce internationale (CCI).

70. Un groupe de travail de la CCI (créé par la Commission de l'arbitrage international de la CCI) travaille depuis plusieurs années sur l'arbitrage multipartite. Comme l'a indiqué ce groupe de travail, l'un de ses objectifs est d'élargir le Guide sur l'arbitrage multipartite selon le règlement de la Cour d'arbitrage de la CCI, qui a été adopté par la CCI en 1981 (document n° 420/297 de la CCI, 28 avril 1987; le Guide de la CCI a été publié dans la brochure n° 404, 1982). En 1986, le groupe de travail a soumis à la Commission de l'arbitrage international de la CCI un projet de principes directeurs de l'arbitrage multipartite et un projet de clause compromissoire multipartite type (document n° 420/276 de la CCI, 30 janvier 1986, annexes I et II). Les directives et la clause n'ont pas été adoptées vu les réactions divergentes des comités nationaux de la CCI (document n° 420/282 de la CCI, 1^{er} juillet 1986). Le groupe de travail poursuit ses travaux sur ce projet.

III. OBTENTION DE PREUVES

A. Remarques liminaires

71. Comme il a été indiqué au paragraphe 2 ci-dessus, la Commission a considéré à sa dix-neuvième session que la question de l'obtention de preuves méritait elle aussi un examen plus approfondi.

72. La pratique en ce qui concerne l'administration de la preuve dans le cadre de l'arbitrage se fonde sur des modèles différents. Certains arbitres et parties s'inspirent

du système "accusatoire", dans lequel c'est essentiellement aux parties de rassembler les preuves et de les présenter aux arbitres, qui ne jouent pas un rôle actif dans ce processus. L'une des clefs de voûte de ce système est la suivante : les preuves sont présentées sous forme de témoignages oraux et la partie contestant un fait peut contre-interroger le témoin. D'autres arbitres et parties sont influencés par le système "inquisitoire" qui, tout en préservant le principe selon lequel les parties doivent prouver les faits sur lesquels se fondent leurs arguments, donne au tribunal arbitral la possibilité de prendre l'initiative en matière d'obtention de preuves. Il apparaît toutefois que, dans la pratique de l'arbitrage international, la ligne de démarcation entre ces deux systèmes s'estompe et que les participants à des arbitrages internationaux préfèrent se conformer à des modèles hybrides.

73. Les règles contractuelles en matière d'arbitrage ne traitent généralement pas en détail des méthodes d'obtention de preuves. Cela est vrai notamment du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, bien qu'il traite davantage de l'administration de la preuve que nombre d'autres règlements internationaux. Ainsi, de nombreuses questions en la matière sont laissées à la discrétion du tribunal arbitral.

74. Comme il a été noté au paragraphe 7 ci-dessus, le principe de la liberté et de la souplesse dans la conduite de la procédure arbitrale, s'il est acceptable en tant qu'approche générale, peut susciter des problèmes lorsque les parties et les arbitres, dans le cadre d'un arbitrage donné, n'ont pas la même position quant à la méthode d'administration de la preuve.

B. Travaux futurs possibles de la Commission

a) Ensemble de règles

75. Pour traiter de ces problèmes, les parties peuvent par exemple convenir d'un ensemble de règles contractuelles relatives à l'administration de la preuve. Un ensemble unique de règles présente toutefois un inconvénient : s'il réduit les incertitudes et rend la procédure plus prévisible, il rend aussi plus difficiles les adaptations de la procédure d'administration de la preuve aux traditions juridiques et aux attentes des participants à l'arbitrage.

76. Les Règles de l'AIB en matière de preuve (voir ci-dessus, note 10) constituent un de ces ensembles de règles établies à l'échelon international. Leur teneur est résumée dans le document A/CN.9/280 (voir ci-dessus, note 1, par. 30 à 38). Comme il est noté dans l'introduction à ces Règles :

"Ces Règles ont trait exclusivement à la production et à la réception des preuves dans l'arbitrage, et l'Association internationale du barreau recommande qu'elles soient incorporées dans les règles ou procédures générales, institutionnelles ou autres, qui régissent l'arbitrage commercial international ou qu'elles soient adoptées compte tenu de ces règles ou procédures générales."

77. Les procédures prévues par ces Règles sont certes relativement détaillées, mais elles donnent au tribunal arbitral une certaine latitude pour agir d'une manière autre que

celle prévue par elles¹¹. Ainsi, les règles de l'AIB, prises dans leur ensemble, donnent des orientations utiles, mais elles ne sont pas moins incertaines que, par exemple, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

78. Vu le caractère confidentiel de l'arbitrage, il est difficile d'estimer dans quelle mesure les Règles de l'AIB sont utilisées. Sur la base des sentences publiées et des informations obtenues auprès des praticiens, il apparaît que les cas dans lesquels les participants conviennent officiellement d'appliquer les règles de l'AIB ne sont pas fréquents. Toutefois, il se peut que les cas dans lesquels les règles, bien que n'ayant pas été adoptées officiellement, servent de cadre général pour l'administration de la preuve soient plus fréquents.

b) Guide pour l'obtention de preuves

79. On pourrait aussi, pour aplanir les difficultés en matière d'obtention de preuves, établir un guide qui traiterai des méthodes possibles en la matière et comporterait peut-être également divers modèles de règles dont les parties pourraient convenir¹². Un tel guide pourrait contribuer à la mise au point de pratiques arbitrales efficaces en éduquant les parties et les arbitres.

80. Ce guide présenterait certes des avantages importants, mais on notera qu'il ne réduirait sans doute pas de manière décisive les incertitudes et qu'il ne rendrait pas la procédure beaucoup plus prévisible dans le cadre d'un arbitrage donné. Si l'on veut réduire les incertitudes et améliorer la prévisibilité, il faut régler les détails de la procédure d'obtention de preuves avant le début de l'arbitrage, ou du moins durant ses étapes préliminaires.

81. Il semble que les parties répugnent à régler les détails de la procédure arbitrale avant que le litige ne soit apparu, peut-être parce qu'elles ne veulent en général pas trop s'attarder sur la convention d'arbitrage et le règlement d'arbitrage à appliquer avant qu'un litige ne soit apparu. En outre, avant de déterminer les détails de la procédure d'obtention de preuves, il peut être bon de tenir compte de l'expérience des arbitres; aussi n'est-il peut-être pas souhaitable de régler ces détails avant la nomination des arbitres.

c) Directives relatives aux conférences préliminaires

82. Vu les considérations mentionnées au paragraphe précédent, il semble que l'instance appropriée pour régler les détails de la procédure relative à l'obtention de preuves soit la conférence préliminaire, qui se tient normalement au

¹¹Par exemple, nonobstant les règles détaillées relatives aux témoignages, il est prévu que le tribunal arbitral est à tout moment entièrement maître de la procédure lorsqu'un témoin présente un témoignage oral (art. 5-10) et qu'aucune disposition des règles n'interdit à l'arbitre d'autoriser, à sa discrétion, tout témoin à présenter un témoignage oral ou écrit (art. 5-14). Une autre disposition habilite l'arbitre à exercer tous les pouvoirs qu'il juge nécessaires pour assurer l'efficacité de l'arbitrage et de sa conduite en matière d'obtention de preuves (art. 7 h).

¹²La question de l'adoption de directives pour la présentation de preuves dans l'arbitrage a été examinée lors du cinquième Congrès sur l'arbitrage international (New Delhi, 1975) (les rapports et délibérations du Congrès ont été reproduits dans *Proceedings of the Fifth International Arbitration Congress*, New Delhi, New Indian Council of Arbitration, 1975). Voir le document A/CN.9/280, par. 27 et 28.

début de la procédure arbitrale. Les directives relatives aux conférences préliminaires, telles qu'elles sont présentées aux paragraphes 13 à 57 ci-dessus, pourraient proposer des solutions de procédure et, le cas échéant, des exemples de clauses qui pourraient être utilisées pour le choix d'une procédure particulière.

CONCLUSIONS

83. Comme il est proposé aux paragraphes 13 à 16 ci-dessus, la Commission voudra peut-être décider d'élaborer des directives pour les conférences préliminaires. Dans ce contexte, il est proposé de traiter également des questions de procédure relatives aux arbitrages multipartites (voir ci-dessus, par. 53 à 57) et à l'obtention de preuves (voir ci-dessus, par. 38 à 52). Si la Commission approuve cette suggestion, elle voudra peut-être prier le secrétariat d'élaborer un projet de directives. Ce projet pourra être soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux une fois que ce dernier aura achevé ses travaux sur les garanties et les lettres de crédit stand-by.

Sinon, la Commission voudra peut-être elle-même examiner ce projet à sa vingt-septième session en 1994, ou à sa vingt-huitième session en 1995.

84. Pour ce qui est de savoir s'il faudrait entreprendre des activités supplémentaires dans le domaine de l'arbitrage multipartite, peut-être en élaborant un guide, la Commission voudra peut-être reporter sa décision. Il lui sera sans doute plus facile de prendre une décision à la lumière des travaux qui pourront être entrepris sur les directives pour les conférences préliminaires et compte tenu des progrès des travaux sur l'arbitrage multipartite au sein de la Chambre de commerce internationale (voir ci-dessus, par. 69 et 70).

85. Quant aux activités éventuelles relatives à l'obtention de preuves dans le cadre de l'arbitrage, qui pourraient prendre la forme d'un guide, la Commission considérera peut-être que l'utilité de ces activités ainsi que leur portée apparaîtront plus clairement après que l'on se sera accordé sur la portée et la teneur des directives pour les conférences préliminaires (voir ci-dessus, par. 79 à 82).

D. Cession de créances : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.3) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-2
I. LA CESSION DE CRÉANCES EN TANT QU'OPÉRATION COMMERCIALE	3-5
II. PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS A LA CESSION DE CRÉANCES	6-11
III. TRAVAUX ANTÉRIEURS ET ACTUELS SUR LA CESSION ET SUR DES QUESTIONS CONNEXES	12-19
IV. TRAVAUX FUTURS	20-26

INTRODUCTION

1. Durant le Congrès sur le droit commercial international, tenu par la Commission durant sa vingt-cinquième session en mai 1992 à New York, il a été proposé que la Commission entreprenne des travaux sur la cession de créances, question qui n'était pas traitée dans la Convention des Nations Unies sur les ventes.

2. La présente note traite de certains des aspects juridiques de la cession de créances qui posent des problèmes dans le commerce international et que ne régissent pas de manière satisfaisante les dispositions en vigueur et elle étudie les avantages que pourraient offrir des règles uniformes, que la Commission voudra peut-être envisager d'élaborer.

I. LA CESSION DE CRÉANCES EN TANT QU'OPÉRATION COMMERCIALE

3. La cession de créances est une opération par laquelle une partie (le "cédant" ou "créancier initial") transfère à une autre partie ("le cessionnaire") une créance que le cédant a envers un tiers (le "débité" ou "cédé"). De telles cessions de créances ont normalement pour objet commercial la vente d'une créance ou le remboursement ou la garantie d'une dette.

4. Dans le commerce national, comme dans le commerce international, la cession de créances est très couramment employée pour garantir des prêts fournis par des institutions financières. Les créances sont cédées à des fins de garantie, soit parce que le cédant ne dispose pas d'autres

avoirs appropriés à offrir en garantie, soit parce que l'institution financière ne souhaite pas prendre à titre de garantie des marchandises ou d'autres biens. Ce qui distingue ce type de garantie de la vente d'une créance, c'est notamment le fait que, si le cessionnaire est payé par le débiteur sans que le cédant ait manqué à l'obligation pour laquelle la créance avait été offerte en garantie, le cessionnaire peut être tenu responsable envers le cédant pour rupture de contrat.

5. La cession de créances constitue souvent un élément des opérations d'"affacturage", opérations dans le contexte desquelles il n'est pas rare que le fournisseur de biens ou de services cède des créances découlant de son activité commerciale à une institution financière ("entreprise d'affacturage" ou "cessionnaire"). Les services de l'entreprise d'affacturage peuvent consister à correspondre avec les débiteurs, encaisser les créances, tenir certains comptes, assumer peut-être une partie des risques de non-paiement et offrir un financement au cédant. Dans une opération d'"affacturage à forfait", qui est à certains égards similaire à une opération d'affacturage, le cédant, en cédant la créance et en obtenant son montant réduit des intérêts et des honoraires du cessionnaire, obtient l'accord du cessionnaire (institution financière) de renoncer à son droit de se retourner contre lui si la créance n'est pas payée.

II. PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS A LA CESSION DE CRÉANCES

6. Les problèmes liés à la cession de créances dans le commerce international ont notamment pour origine les divergences entre des législations nationales en la matière et l'absence de règles modernes sur la cession, adaptées aux besoins du commerce international. En outre, dans certains pays, la cession de créances, ou la cession à titre de garantie, est ignorée par la législation.

7. Les lois nationales divergent considérablement sur des questions telles que les conditions de validité de la cession. Par exemple, certaines lois exigent un écrit, d'autres exigent qu'une notification soit adressée au débiteur, voire que la cession soit enregistrée, alors que d'autres lois nationales encore n'imposent aucune formalité particulière. Des réponses divergentes sont également apportées aux questions liées à la cessibilité des créances, par exemple, quelles créances peuvent être cédées et lesquelles ne peuvent pas l'être, est-il permis de céder une créance future découlant d'un contrat non encore conclu, quelle est la validité des cessions "en bloc" de la totalité ou d'une partie des créances actuelles et futures, quels sont les effets d'un accord entre le créancier et le débiteur aux termes duquel une créance actuelle ou future ne sera pas cédée (clause de non-cession) et est-il possible de céder une partie d'une créance ?

8. Les lois nationales imposent des conditions différentes pour qu'une cession de créance valide exerce ses effets envers le débiteur. Par exemple, elles peuvent imposer que le débiteur ait connaissance de la cession, qu'il en soit avisé d'une manière particulière, qu'il ait consenti à la cession ou que la cession ait été enregistrée auprès d'un service public d'enregistrement. Ces divergences sont en-

core accentuées par le fait que de nombreux Etats ne reconnaissent que les cessions dont a été avisé le débiteur ou qui ont été enregistrées conformément à leur législation nationale. Ainsi, un cessionnaire cherchant à obtenir la créance cédée pourra voir le débiteur invoquer la non-validité de la cession en vertu de la législation de l'Etat où ce dernier a son établissement.

9. Les différentes solutions retenues par les législations nationales en ce qui concerne les conflits de priorité entre le cessionnaire et toute autre personne invoquant un droit sur la créance cédée posent des problèmes particulièrement délicats. Il peut y avoir conflit de priorité entre le cessionnaire et un créancier non payé du cédant ayant entamé une procédure d'exécution relative à la créance cédée; en cas de faillite du cédant, il peut également y avoir conflit entre le cessionnaire et l'administrateur des biens du cédant qui souhaite que la créance cédée soit incluse dans la masse. En général, le cessionnaire se voit accorder la priorité si un certain acte a été effectué avant la procédure d'exécution (ou avant l'ouverture de la procédure de faillite), mais les lois nationales divergent quant à ce que doit être cet acte. Selon certaines lois nationales, il s'agit de la conclusion de l'accord de cession, selon d'autres, c'est la notification du débiteur et selon d'autres encore, c'est l'enregistrement de la cession. On notera toutefois que de nombreuses lois nationales comportent des règles habilitant l'administrateur des biens du failli à invalider une cession. La conclusion de la cession pendant une période donnée avant l'ouverture de la procédure de faillite est un cas typique dans lequel, conformément à ces règles, la cession peut être invalidée en tant qu'opération contraire au principe de l'égalité de traitement des créanciers.

10. Il peut également y avoir conflit de priorité lorsque la même créance a été cédée à plus d'un cessionnaire. De telles cessions successives peuvent se produire, par exemple, lorsqu'un acheteur, conformément à un accord avec son fournisseur qui garde la propriété des marchandises jusqu'à ce que leur prix soit payé, cède audit fournisseur les créances que représente le produit de la vente des marchandises, mais qu'ultérieurement l'acheteur cède à une banque toutes ses créances actuelles et futures envers ses clients afin d'obtenir des fonds. Les cessions successives peuvent également être imputables à une erreur ou à une fraude. Certaines législations nationales donnent la priorité au premier cessionnaire, d'autres au premier cessionnaire qui avise le débiteur et d'autres encore au premier cessionnaire qui enregistre la cession. On ajoutera que de nombreuses législations nationales, en ce qui concerne le produit de la revente des marchandises, donnent la priorité au fournisseur ayant conservé son droit de propriété lorsqu'il a perdu ce droit de propriété en faveur d'un acheteur de bonne foi des marchandises.

11. Les problèmes et incertitudes juridiques susmentionnés peuvent avoir des incidences négatives sur les intérêts de toutes les parties. Les vendeurs (cédants) éprouvent des difficultés à mobiliser leurs créances afin d'obtenir des fonds. La situation des débiteurs est affaiblie, car il peut y avoir incertitude quant à leurs droits à l'encontre des cessionnaires et des cédants. Les cessionnaires ne sont en général pas à même de savoir si les cessions seront valides et opposables dans le pays des débiteurs. Aussi les créan-

ciers (cessionnaires) étrangers pourront-ils décider de ne pas accorder de crédits, qui seraient sinon disponibles, à des vendeurs dont les seuls ou principaux avoirs sont leurs créances envers leurs clients.

III. TRAVAUX ANTÉRIEURS ET ACTUELS SUR LA CESSION ET SUR DES QUESTIONS CONNEXES

A. Législations nationales : lois spéciales

12. Conscients de la nécessité de réduire les incertitudes juridiques et d'adopter des règles adaptées au commerce, certains pays ont décidé de moderniser leur législation en adoptant des lois spéciales relatives à la cession en tant qu'opération constitutive de sûreté (par exemple, la France a adopté en 1981 une loi appelée Loi Dailly, modifiée en 1984). Dans d'autres pays, on envisage de réviser la législation des opérations constitutives de sûretés, qui englobe également la cession de créances¹. Dans d'autres pays encore, lorsque les problèmes particuliers qui se posent dans le contexte de la cession à titre de garantie ne sont pas traités suffisamment en détail par les dispositions générales en vigueur, les auteurs se prononcent de plus en plus nettement pour une intervention du législateur en vue de la modernisation des lois sur la cession ou sur les opérations constitutives de sûretés en général.

B. La Commission : les sûretés

13. A sa douzième session (1979), la Commission était saisie d'un rapport intitulé "Sûretés : possibilité d'établir des règles uniformes destinées à être utilisées pour le financement du commerce" (A/CN.9/165)². Il était noté dans le rapport que, "bien qu'en principe, il n'y ait pas de

biens qu'un débiteur ne puisse affecter en garantie, certains types de biens mobiliers corporels et certains modes d'utilisation de biens mobiliers corporels posent des problèmes particuliers" et qu'"on peut penser qu'il serait souhaitable de faciliter la possibilité d'affecter en garantie des créances n'ayant pas la forme d'un effet de commerce, ce qui appellerait des règles particulières" (par. 47 et 51). Quant aux questions qui pourraient être traitées par des règles uniformes, le rapport suggérait la forme de la convention constitutive de sûreté, les dispositions obligatoires et admissibles dans les conventions constitutives de sûreté, les droits de la partie nantie en cas de défaut du débiteur, les types de biens mobiliers corporels pouvant être affectés en garantie, les conflits entre le créancier nanti et un tiers et les effets des sûretés constitués à l'étranger (par. 41 à 59).

14. Lors de la treizième session de la Commission (1980), durant l'examen du rapport intitulé "Les sûretés : questions à examiner en vue de l'élaboration de règles uniformes" (A/CN.9/186)³, qui traitait des sûretés constituées sur différents types de biens mobiliers, y compris des créances, il avait été conclu "qu'une unification du droit des sûretés réelles à l'échelle mondiale n'était probablement pas possible". Si la Commission a été conduite à cette conclusion, c'est parce qu'elle pensait que le sujet était trop complexe et que les divergences entre les différents systèmes juridiques étaient trop profondes et que cette tâche supposait une harmonisation d'autres domaines du droit, tel celui de la faillite. Durant le débat lors de cette session, il a été noté qu'il serait bon que la Commission attende les résultats des travaux du Conseil de l'Europe sur la réserve de propriété et de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) sur l'affacturage avant de décider de poursuivre ses propres travaux⁴.

C. UNIDROIT : Convention sur l'affacturage international

15. Le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 1988) dispose que "la Convention régit les contrats d'affacturage et les transferts de créances décrits dans le présent chapitre". Selon le paragraphe 2 de l'article premier, au sens de la Convention, on entend par "contrat d'affacturage" un contrat en vertu duquel une partie (le "fournisseur") peut ou doit céder à une autre partie (l'"entreprise d'affacturage" ou "cessionnaire") des créances nées de contrats de vente de marchandises conclus entre le fournisseur et ses clients ("débiteurs"), à condition que la cession des créances soit notifiée par écrit au débiteur et que le cessionnaire prenne en charge au moins deux des fonctions suivantes : financement du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé; tenue des comptes relatifs aux créances; encaissement des créances; et protection contre la défaillance des débiteurs.

¹Un groupe d'étude du Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code (UCC) des Etats-Unis d'Amérique a publié en décembre 1992 un rapport préconisant un remaniement important du Livre 9 de l'UCC, qui traite des opérations constitutives de sûretés. Le rapport recommande d'élargir la portée du Livre 9 aux biens non traités actuellement, d'améliorer le système d'enregistrement des sûretés auprès des bureaux compétents, de faciliter la "perfection" des sûretés portant notamment sur les lettres de crédit et de préciser les droits et obligations du créancier nanti envers le débiteur et d'autres créanciers nantis. Les travaux d'élaboration de projets de réforme législative devraient commencer plus tard durant l'année 1993. D'autres pays entreprennent actuellement des travaux similaires de réforme législative.

²Reproduit dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (ci-après dénommé "*Annuaire de la CNUDCI*"), vol. X : 1979, deuxième partie, II, C. On trouvera les rapports précédents sur les sûretés dans les documents suivants : rapport de la Commission sur les travaux de sa première session (1968), par. 40 à 48 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. I : 1968-1970, deuxième partie, I, A); rapport de la Commission sur les travaux de sa troisième session (1970), par. 139 à 145 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. I : 1968-1970, deuxième partie, III A); "Sûretés réelles" (A/CN.9/102) (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. VI : 1975, deuxième partie, II, 5); rapport de la Commission sur les travaux de sa huitième session (1975), par. 47 à 63, (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. VI : 1975, II, A); "Etude sur les sûretés" et "Principes juridiques régissant les sûretés" (A/CN.9/131 et annexe) (annexe établie par le professeur Ulrich Drobnig, de l'Allemagne) (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. VIII : 1977, deuxième partie, II, A); "Livre 9 de l'Uniform Commercial Code des Etats-Unis d'Amérique" (A/CN.9/132) (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. VIII : 1977, deuxième partie, II, B); rapport de la Commission sur les travaux de la dixième session (1977), par. 37 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. VIII : 1977, première partie, II, A), et rapport du Comité plénier II, par. 9 à 16 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. VIII : 1977, première partie, II, A, Annexe II).

³Reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XI : 1980, deuxième partie, III, D.

⁴Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session (1980), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17, A/35/17*, par. 26 à 28 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XI : 1980, première partie, II, A).

16. La Convention, qui régit la cession de créances dans la mesure où elle se situe dans le cadre de l'affacturage, traite donc d'un certain nombre de questions liées à la cession, telles que la notification du débiteur, la validité de la cession de toutes les créances actuelles et futures, la non-validité des clauses de non-cession et les moyens de recours (y compris la compensation) que peut invoquer le débiteur contre l'entreprise d'affacturage (cessionnaire). Les dispositions de la Convention relatives à ces questions devront être prises en compte par la Commission si elle décide d'entreprendre les travaux sur la cession des créances. On notera que la Convention ne traite pas de la question des conflits de priorité entre l'entreprise d'affacturage (cessionnaire) et les tiers, question qui pose des problèmes dans la pratique, tant dans le contexte de l'affacturage que dans le contexte général de la cession de créances. Le Comité d'experts gouvernementaux, qui a adopté le projet de convention, a décidé d'exclure la question des conflits de priorité entre l'entreprise d'affacturage (cessionnaire) et les tiers en raison de son extrême complexité, bien que nombreux soient ceux qui aient regretté que la Convention ne régit pas un aspect de la question qui suscite de très sérieuses difficultés à l'échelon international⁵.

D. Conseil de l'Europe/CCI : réserve de propriété

17. Le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) du Conseil de l'Europe a établi en 1982 un projet de convention sur la clause de réserve de propriété simple⁶. Toutefois, vu les nombreuses modifications de législation en la matière, le Comité n'a pas pris de position finale sur le projet de convention et, en 1986, il a décidé d'ajourner indéfiniment ses travaux dans l'attente des résultats de ces modifications⁷. La Chambre de commerce internationale (CCI) a établi un guide donnant des informations de base sur la réserve de propriété dans dix-neuf législations nationales⁸.

E. UNIDROIT : sûretés fondées sur des équipements mobiles

18. En mars 1992, UNIDROIT a organisé une réunion exploratoire d'experts restreinte afin d'examiner s'il serait possible d'élaborer des règles uniformes sur certains aspects des sûretés fondées sur des équipements mobiles. Ce groupe de travail a jugé qu'un tel projet serait possible s'il se limitait à certains aspects internationaux des sûretés fondées sur des équipements mobiles d'un type se déplaçant normalement d'un Etat à l'autre dans le cadre des activités ordinaires (par exemple, aéronefs et conteneurs). Un groupe d'étude, organisé par le président d'UNIDROIT en vue de l'élaboration de règles uniformes, a tenu sa première réunion en mars 1993 et se réunira de nouveau en 1994.

⁵UNIDROIT 1987, Etude LVIII — doc. 33, par. 10.

⁶Comité européen de coopération juridique (CDCJ) (82) 15.

⁷Comité européen de coopération juridique (CDCJ) (83) 36, par. 20 à 25.

⁸Publication de la CCI n° 467.

F. BERD : projet de loi type sur les opérations constitutives de sûretés

19. La Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) établit actuellement une loi type sur les opérations constitutives de sûretés qui pourrait être utilisée comme modèle pour l'adoption de lois nationales dans les pays d'Europe centrale et orientale et dans les pays de l'ancienne Union soviétique. Il est prévu que la loi type établira une sûreté contractuelle fondée sur divers types d'avoirs, y compris les créances, qu'un débiteur pourra fournir à un créancier. La loi type, qui devrait être achevée à l'automne de 1993, comportera sans doute des dispositions relatives à l'enregistrement des sûretés et aux conflits de priorité entre plusieurs créanciers faisant valoir un droit sur la garantie. La Commission devra tenir compte des travaux de la BERD au cas où elle déciderait d'entreprendre des travaux sur la cession des créances.

IV. TRAVAUX FUTURS

20. Il semble que la disparité des lois sur la cession de créances et l'absence de règles modernes sur la question (voir ci-dessus, par. 6 à 11) suscitent des difficultés qui entravent le commerce international et national. Alors que la cession de créances est un moyen important d'obtenir un financement pour des opérations commerciales, la disparité des lois et les incertitudes qui y subsistent, de même que l'absence de règles modernes empêchent les vendeurs, acheteurs et institutions financières de tirer pleinement parti de ce mécanisme. En particulier, il est difficile aux institutions financières de savoir si elles peuvent accepter des créances envers des débiteurs étrangers en tant que garanties d'un crédit commercial, de quels droits bénéficierait l'institution financière dans le cadre d'une telle cession et comment la cession devrait être finalisée pour pouvoir exercer ses effets contre des tiers et être invoquée contre le débiteur étranger.

21. Afin de surmonter ces difficultés, la Commission pourrait peut-être envisager d'élaborer des dispositions législatives uniformes relatives à la cession de créances. Dans cette tâche, elle pourrait utilement se fonder sur les importants travaux préparatoires entrepris précédemment par elle à propos des sûretés (voir ci-dessus, par. 13 et 14), sur la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (voir ci-dessus, par. 15 et 16), sur les travaux de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (voir ci-dessus, par. 19), ainsi que sur des projets nationaux visant à moderniser la législation des sûretés.

22. Des règles uniformes sur la cession de créances permettraient d'améliorer la position financière des fournisseurs de marchandises (cédants) dont les seuls ou principaux avoirs sont des créances fondées sur leurs fournitures. Les institutions financières (cessionnaires) bénéficieraient de ces règles uniformes car, en offrant un financement à leurs clients, elles seraient certaines que leurs sûretés constituées sur des créances sont exigibles. Les acheteurs de biens et services (débiteurs) en bénéficieraient également, car leurs droits et obligations seraient clairement définis et harmonisés et leurs fournisseurs, dans la mesure où ils seraient à même d'utiliser des créances pour obtenir un financement, seraient plus disposés à fournir des marchandises à crédit.

23. Si la Commission accepte cette suggestion, elle voudra peut-être prier le Secrétariat d'établir, en consultation avec les organisations internationales intéressées, en vue de la vingt-deuxième session de la Commission en 1994, une étude sur la portée possible de règles uniformes et sur les questions qui pourraient être traitées dans ces règles. Dans ce cadre, on pourrait étudier si les règles uniformes devraient être limitées aux cessions à des fins de sûreté ou si elles devraient également être traitées dans des cessions à d'autres fins.

24. On pourrait également étudier si les règles uniformes ne devraient porter que sur les cessions internationales et comment une cession internationale devrait être définie. On pourrait de plus déterminer s'il serait souhaitable d'instaurer un régime qui, dans son domaine d'application, remplacerait les régimes nationaux, ou s'il faudrait instaurer un régime spécial que les parties pourraient adopter par convention. L'étude traiterait également des questions qui pourraient être régies par les lois uniformes telles que la forme sous laquelle la cession doit être conclue; la cessibilité des créances; les clauses de non-cession; les garanties du cédant; les moyens de recours du débiteur contre le cessionnaire; les effets d'une cession sur des tiers; toute possibilité ou exigence d'enregistrement de la cession; la possibilité de mettre en place un système international d'enregistrement des cessions ou d'autres opérations de constitution des sûretés et les caractéristiques de ce système; les effets de l'enregistrement; et les conflits de priorité entre plusieurs personnes faisant valoir un droit sur la créance cédée.

25. L'étude devrait également traiter d'une importante question : les règles uniformes devraient-elles être limitées

aux cessions de créances ou serait-il souhaitable d'élaborer des règles uniformes d'une portée plus large traitant des sûretés mobilières, y compris les créances ? Cet aspect de l'étude sera notamment fonction de l'examen des questions suivantes : a) est-il tout aussi nécessaire et souhaitable d'harmoniser la législation dans ces deux domaines ? b) Combien de temps faudrait-il pour achever un projet plus large par comparaison avec un projet limité à la cession de créances ? c) Serait-il souhaitable d'avoir d'un côté des règles unifiées relatives aux sûretés fondées sur des créances et de l'autre des règles nationales non unifiées relatives aux autres sûretés mobilières ? d) Certaines règles (par exemple celles relatives à l'enregistrement des sûretés dans un système public d'enregistrement) auraient-elles le même objet et s'inséreraient-elles dans le même cadre législatif dans le cas des biens meubles et dans le cas des créances ? Pour ce qui est de la possibilité de traiter des sûretés mobilières, y compris les créances, on notera que, lors du Congrès sur le droit commercial international, tenu par la Commission durant sa vingt-cinquième session en mai 1992 à New York, il a été proposé que la Commission relance son projet précédent sur les sûretés (voir ci-dessus par. 13 et 14). A l'appui de cette proposition, il a été avancé que, si la Commission avait interrompu ses travaux sur la question, ce n'était sans doute pas tant du fait de la complexité des questions en jeu que parce que l'on considérait à l'époque qu'une unification n'était pas nécessaire à l'échelle mondiale.

26. En même temps qu'elle proposerait des variantes quant à la teneur possible des règles uniformes, l'étude présenterait également à la Commission des propositions de coordination des travaux et de coopération avec d'autres organisations internationales, notamment UNIDROIT et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement.

E. Aspects transnationaux de l'insolvabilité : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.4) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-3
I. REMARQUES GÉNÉRALES	4-9
II. CERTAINS PROBLÈMES LIÉS A L'INSOLVABILITÉ TRANSNATIONALE	10-32
III. INITIATIVES PRISES POUR RÉGLEMENTER LES CAS D'INSOLVABILITÉ TRANSNATIONALE	33-48
CONCLUSIONS	49-54

INTRODUCTION

1. Lors du Congrès sur le droit commercial international, tenu en mai 1992 à New York dans le cadre de la vingt-cinquième session de la Commission, il a été proposé que la Commission envisage d'entreprendre des travaux sur les

aspects internationaux de la faillite. Il a été déclaré à cette occasion qu'il n'était peut-être pas envisageable d'unifier le droit des faillites, car l'évolution du droit international n'était pas telle que l'on puisse espérer que les pays adoptent des lois similaires en matière de faillite. Toutefois, il a été indiqué que l'on pourrait réduire les difficultés en

axant les travaux sur les questions qui se posent dans l'Etat où sont situés les avoirs et non dans l'Etat où a été ouverte la procédure de faillite et en étudiant la manière dont ces avoirs devraient être traités.

2. L'objet de la présente note est d'aider la Commission à décider s'il faudrait entreprendre une étude approfondie, ayant pour objet de déterminer s'il serait souhaitable et possible d'élaborer des règles harmonisées en la matière.

3. Après les remarques liminaires figurant à la section I, la section II examine certaines questions juridiques pouvant susciter des problèmes imputables aux divergences entre les lois nationales. La section III présente une brève description des travaux entrepris à l'échelon international en vue d'harmoniser les lois en la matière. Cette section est suivie de conclusions.

I. REMARQUES GÉNÉRALES

4. La plupart des systèmes juridiques comportent des règles régissant divers types de procédures qui peuvent être entamées lorsqu'un débiteur est dans l'incapacité de payer ses dettes. On a utilisé dans la présente note en tant que terme générique l'expression "procédure de faillite" pour décrire ces types de procédures. On peut distinguer deux types de procédures de faillite pour lesquelles il n'y a pas de terminologie uniforme.

5. Selon l'une de ces procédures (désignée ci-après sous le nom de "liquidation"), une autorité publique, en général un tribunal, agissant normalement par l'intermédiaire d'un administrateur nommé à cette fin (ci-après dénommé "administrateur judiciaire"), prend en charge les avoirs du débiteur insolvable en vue de transformer les avoirs non monétaires en avoirs monétaires, de répartir les montants ainsi obtenus entre les créanciers et, à la fin de la procédure, de liquider le débiteur en tant qu'entité commerciale. Dans certains Etats, c'est la seule procédure utilisée. D'autres termes sont parfois retenus pour décrire ce type de procédures : *bankruptcy*, *winding-up*, faillite (au sens strict du terme), liquidation des biens, *quiebra*, *Konkursverfahren*. On notera toutefois que certains de ces termes (*bankruptcy*, faillite) pourraient être considérés comme ayant un sens plus large, englobant également la procédure de redressement décrite au paragraphe suivant.

6. L'autre type de procédure (ci-après dénommée "redressement"), que l'on rencontre dans beaucoup d'Etats, mais pas dans tous, est une solution de rechange à la procédure de liquidation. Son objet n'est pas de liquider le débiteur insolvable, mais de lui permettre de surmonter la crise financière qu'il traverse et de reprendre ses activités commerciales normales. Cette procédure, qui est également en général placée sous la supervision d'un tribunal, vise normalement la conclusion d'un accord, ou plan de redressement, entre le débiteur et ses créanciers sur les mesures qui pourraient être prises pour permettre au débiteur de se réorganiser et de retrouver sa viabilité commerciale. Il peut s'agir par exemple d'une réduction des créances contre le débiteur, d'une prolongation des délais de paiement ou de la renégociation des obligations du débiteur. Pendant que ces mesures sont négociées, le débiteur bénéficie d'une

suspension de toute action intentée par les créanciers. Parfois, une procédure de redressement est entamée durant la procédure de liquidation. D'autres termes sont utilisés pour ce type de procédure de faillite : réorganisation, règlement judiciaire, concordat préventif de faillite, administration judiciaire, *suspensión de pagos*, *administración judicial de empresas*, *Vergleichsverfahren*.

7. Pour qu'une procédure de faillite puisse être entamée, il faut normalement une décision judiciaire. L'initiative en la matière peut être prise soit par le débiteur insolvable lui-même (faillite volontaire) ou par un ou des créanciers (faillite non volontaire). Dans certains Etats, les mêmes types de procédures de faillite s'appliquent à tous les commerçants insolubles, alors que d'autres Etats font appel à deux types de procédure, l'un pour les personnes morales, l'autre pour les commerçants n'ayant pas la personnalité morale.

8. Dans de nombreux Etats, pour qu'un tribunal soit habilité à entamer une procédure de faillite, il faut qu'il existe un certain lien entre le débiteur et l'Etat. Il faut, par exemple, que le débiteur ait dans cet Etat son établissement principal, son lieu de résidence, son siège ou centre administratif, ou qu'il soit immatriculé en tant que société dans l'Etat. Ce type de procédure de faillite est souvent désigné sous l'appellation de "faillite domiciliaire".

9. Outre les procédures de faillite domiciliaire, bon nombre d'Etats permettent l'ouverture d'une procédure de faillite même s'il n'existe pas de lien domiciliaire entre l'Etat et le débiteur. Ce type de procédure, que l'on appelle souvent "faillite non domiciliaire", peut être ouverte dans un Etat si, par exemple, certains des avoirs du débiteur y sont situés ou si le débiteur, qui est une personne physique, est temporairement présent dans l'Etat. Certains Etats permettent l'ouverture d'une telle procédure dans de très nombreux cas, alors que, dans d'autres, cette possibilité est plus limitée. Ces procédures de faillite peuvent être ouvertes parallèlement à toute procédure domiciliaire ou non domiciliaire entamée dans un autre Etat et indépendamment de celle-ci.

II. CERTAINS PROBLÈMES LIÉS A L'INSOLVABILITÉ TRANSNATIONALE

10. L'insolvabilité transnationale est le terme utilisé en général pour désigner les cas d'insolvabilité dans lesquels les avoirs du débiteur sont situés dans deux Etats ou plus ou dans lesquels certains créanciers sont étrangers. Les sections A à G ci-dessous décrivent certains aspects de l'insolvabilité transnationale pouvant susciter des problèmes en raison des divergences des règles nationales.

A. Effet d'une procédure de liquidation entreprise dans un Etat sur des avoirs situés dans un autre Etat

11. Dans la législation de nombreux Etats, il est expressément déclaré — ou il est entendu — qu'une procédure de liquidation entamée dans l'Etat doit exercer ses effets sur tous les avoirs du débiteur, y compris ceux qui sont situés à l'étranger. L'intention est que l'administrateur puisse dis-

poser de tous les avoirs du débiteur pour répartir le produit de leur vente entre les créanciers. Certaines lois indiquent expressément que seule une liquidation domiciliaire et non une liquidation non domiciliaire ont cet effet universel (voir ci-dessus, par. 8 et 9).

12. Il existe toutefois également des lois nationales disposant qu'une procédure de liquidation domiciliaire ouverte dans l'Etat n'exerce ses effets que sur les avoirs du débiteur insolvable situés dans cet Etat. Cette restriction auto-imposée a été critiquée, car elle empêche les créanciers d'avoir accès à la totalité des avoirs du débiteur.

13. De nombreux Etats affirmant l'universalité de leurs procédures de liquidation reconnaissent, à divers degrés et avec certaines restrictions, l'universalité des procédures de liquidation ouvertes à l'étranger. Il existe toutefois des Etats qui, tout en affirmant que leurs procédures de liquidation doivent avoir un effet universel, refusent cette universalité aux procédures de liquidation étrangères.

14. Dans les Etats qui acceptent en principe de reconnaître les procédures de liquidation étrangères, cette reconnaissance est en général subordonnée à l'existence d'un lien substantiel entre le débiteur insolvable et l'Etat où la procédure de liquidation a été ouverte. Il faut par exemple que la procédure de liquidation étrangère soit une procédure domiciliaire (voir le paragraphe 8 ci-dessus) ou que la majorité des avoirs du débiteur insolvable soient situés dans cet Etat étranger.

15. Selon certaines lois nationales, pour qu'une procédure de liquidation étrangère puisse exercer ses effets, il est nécessaire d'obtenir une reconnaissance officielle de la décision du tribunal étranger par laquelle la procédure a été ouverte. Selon ces lois, cette reconnaissance est en général soumise aux conditions normales de reconnaissance des décisions judiciaires étrangères. Dans d'autres lois nationales, la reconnaissance d'une procédure de liquidation étrangère, tout en étant soumise à certaines conditions (par exemple, compétence du tribunal étranger et respect de principes fondamentaux en matière de procédure), ne suppose pas une procédure officielle de reconnaissance.

16. Même si la procédure de liquidation ouverte dans un Etat n'est pas pleinement et officiellement reconnue par les Etats où se trouvent des avoirs du débiteur insolvable, il existe plusieurs moyens de renforcer l'efficacité internationale de la procédure de liquidation. Par exemple, si la personne qui détient les avoirs du débiteur insolvable est justifiable de la juridiction de l'Etat où a lieu la procédure de liquidation, l'administrateur judiciaire pourra tenter une action contre cette personne afin qu'elle lui remette ces avoirs. En outre, le débiteur insolvable peut être tenu — ou contraint par le tribunal ouvrant la procédure de faillite — de prendre les mesures requises pour mettre tous ses avoirs situés à l'étranger à la disposition de l'administrateur judiciaire. De plus, un créancier ayant obtenu dans un Etat étranger le paiement intégral de sa créance sur le débiteur insolvable, et qui est justifiable de la juridiction de l'Etat où a lieu la procédure de liquidation, peut, dans certaines circonstances, être contraint par le tribunal de remettre le montant ainsi obtenu à l'administrateur et d'accepter d'être payé aux mêmes conditions que les autres créanciers.

B. Assistance judiciaire internationale

17. Lorsqu'une procédure de faillite est ouverte dans un Etat, l'administrateur des biens du débiteur ou un créancier intéressé peut souhaiter obtenir l'assistance d'un tribunal étranger. Cette assistance, dans la mesure où elle est disponible, peut prendre les formes suivantes : remise à un administrateur judiciaire étranger des avoirs appartenant au débiteur insolvable; publicité de la procédure de faillite étrangère; suspension de toute action intentée par le créancier contre le débiteur qui, en violation du principe de l'égalité entre les créanciers, entraînerait une réduction des avoirs du débiteur insolvable; adoption de mesures conservatoires concernant les avoirs du débiteur; suspension de toute mesure du créancier visant à faire constituer ou à invoquer une sûreté fondée sur un bien du débiteur; refus de tout transfert préférentiel de biens ou de tout transfert dont le caractère frauduleux est allégué; ouverture d'une procédure de faillite subsidiaire; ou autorisation donnée à l'administrateur d'agir au nom des créanciers étrangers.

18. Les règles et pratiques en vigueur, en matière d'assistance judiciaire internationale dans le cadre des procédures de faillite, sont assez diverses. Certains Etats, notamment ceux qui ne donnent pas effet aux procédures de faillite ouvertes dans un pays étranger, répugnent à des demandes officielles d'assistance (adressées par exemple par un administrateur judiciaire étranger). Dans ces Etats, la seule manière pour un administrateur judiciaire étranger de mettre des avoirs locaux à la disposition des créanciers étrangers, ou d'obtenir toute autre forme d'assistance, peut consister à ouvrir une procédure locale de faillite, à laquelle les créanciers étrangers pourront participer, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'administrateur.

19. Certains Etats ont adopté des règles traitant expressément de l'assistance judiciaire en cas d'insolvabilité transnationale. Les types d'assistance disponibles divergent toutefois. Dans d'autres Etats, il n'existe pas de règles expresses en la matière. En outre, dans certains Etats, l'assistance judiciaire internationale est soumise à des conditions relativement précises, alors que dans d'autres, il s'agit d'une question laissée dans une large mesure à la discrétion du tribunal.

C. Droit pour tous les créanciers de participer à la procédure de faillite

20. De nombreuses lois nationales autorisent en principe tous les créanciers, locaux ou étrangers, à participer à la procédure de faillite; toutefois, des autorités étrangères ne peuvent en général pas faire valoir des créances du trésor public découlant par exemple d'obligations fiscales, pénales ou autres, encore que, dans certains Etats, cette interdiction ne vaille pas si certains des avoirs du débiteur proviennent de l'Etat faisant valoir ces créances.

21. Selon la loi de certains pays, le principe de la non-discrimination entre les créanciers ne s'applique qu'aux créances payables dans l'Etat où a lieu la procédure de faillite; dans ces pays, toute créance payable exclusivement à l'étranger est subordonnée aux créances payables dans l'Etat où a été ouverte la procédure de faillite.

D. Règles de priorité pour la répartition des avoirs

22. De nombreuses législations nationales établissent un classement des créances sur le débiteur insolvable, afin de constituer un ordre de priorité. Les créances ayant le rang de priorité le plus élevé doivent être payées intégralement au moyen des avoirs du débiteur insolvable, avant que les autres catégories de créances ne soient payées.

23. Il existe des divergences considérables entre les lois nationales quant au nombre et au type de catégories de créances privilégiées. Les dépenses liées à la procédure de liquidation et les honoraires de l'administrateur judiciaire bénéficient dans de nombreuses législations de la priorité la plus élevée. Certaines créances fiscales des autorités de l'Etat où a lieu la procédure de liquidation ont également souvent un rang de priorité élevé. Viennent ensuite en général les salaires des employés du débiteur solvable, bien que, dans certains Etats, ce traitement préférentiel soit plafonné à un montant donné ou à une période maximale en cas de demande de paiement d'arriérés de salaire. Outre ces catégories de créances en général privilégiées, les règles relatives aux autres catégories, définies selon le type de créancier ou d'opération, sont plus diverses.

24. La question de l'ordre de priorité des créances est en général déterminée par les règles de l'Etat où a lieu la procédure de liquidation, qu'il y ait ou non des créanciers étrangers ou des avoirs provenant d'un pays étranger. En application de cette règle de conflit, s'il souhaite se conformer à l'ordre de priorité escompté par les créanciers dans une procédure de liquidation ayant lieu ou pouvant avoir lieu dans l'Etat, un tribunal répugnera à remettre à un administrateur judiciaire étranger les avoirs du débiteur insolvable situés dans l'Etat. Il sera d'autant moins enclin à le faire si les avoirs demandés risquent d'être utilisés pour satisfaire les créances fiscales privilégiées de l'Etat demandeur. Dans ce contexte, on a critiqué le traitement privilégié accordé aux créances fiscales et l'on a avancé qu'il serait plus facile de mettre en place un système efficace de coopération entre Etats en matière d'insolvabilité si ce traitement privilégié était aboli ou radicalement limité. Il semble que de tels arguments aient conduit certains Etats à réduire considérablement les privilèges accordés à ces créances.

E. Redressements internationaux

25. Alors que, dans les procédures de liquidation internationales, il est important de déterminer si la procédure ouverte dans un Etat englobe les avoirs situés à l'étranger, les redressements internationaux suscitent une autre question importante : les mesures de redressement convenues dans un Etat (par exemple, une réduction des créances) peuvent-elles être invoquées par le débiteur à l'encontre d'un créancier dans le cadre d'une procédure judiciaire dans un autre Etat ?

26. Dans de nombreux Etats, la législation et la jurisprudence ne semblent pas donner une réponse claire à cette question. Selon certaines opinions, le redressement est un accord de procédure et ne devrait donc exercer ses effets que dans le pays d'origine. Selon d'autres opinions, en l'absence de tout accord international, un redressement

étranger devrait être reconnu dans la mesure où il englobe des dettes qui sont régies par la loi de l'Etat où le redressement a été décidé. Selon d'autres opinions encore, le redressement devrait lier tous les créanciers qui y ont participé ou qui ont eu la possibilité d'y participer. D'autres estiment qu'un redressement étranger devrait être reconnu aux mêmes conditions qu'une liquidation étrangère. Selon un autre avis encore, la reconnaissance devrait être subordonnée à la condition suivante : le redressement doit avoir lieu dans un Etat avec lequel le débiteur insolvable a un lien étroit (par exemple, établissement, lieu de résidence, centre administratif ou majorité des avoirs); autre condition, le redressement devrait englober tous les créanciers et ne pas établir de discrimination entre eux, ni être de toute autre manière contraire à l'ordre public de l'Etat où le redressement est invoqué.

F. Reconnaissance des sûretés

27. La plupart des lois nationales admettent qu'un créancier qui détient une sûreté sur un bien inclus dans les avoirs du débiteur insolvable a le droit d'obtenir le paiement de sa créance en invoquant la sûreté, sans avoir à remettre le produit de cette créance en vue d'un partage avec les autres créanciers. De telles sûretés, qui peuvent considérablement réduire la disponibilité des avoirs pour le paiement des créances des créanciers non nantis, sont notamment les suivantes : réserve de propriété, gage, cession d'une créance à titre de sûreté¹, hypothèque, privilège ou sûreté sans saisissement. Les biens meubles comme les biens immeubles peuvent faire l'objet de telles sûretés.

28. Il existe des divergences entre les systèmes juridiques quant aux règles régissant les sûretés. Ces divergences portent notamment sur les types de sûretés reconnus dans les lois nationales, les formalités de constitution d'une sûreté, les procédures à suivre pour invoquer la sûreté et les règles de priorité lorsque plus d'un créancier a une sûreté sur le même bien.

29. Il existe également des divergences quant au traitement des sûretés dans le cadre d'une procédure de faillite, qui portent notamment sur les questions suivantes : effets de tel ou tel type de sûreté après l'ouverture de la procédure de faillite; droit de l'administrateur judiciaire de vendre le bien sur lequel porte la sûreté; existence de créances privilégiées ayant la priorité sur les créances assorties d'une sûreté; et conditions dans lesquelles un autre créancier ou l'administrateur judiciaire peuvent invalider une sûreté créée durant une période spécifiée avant l'ouverture de la procédure de faillite.

30. Dans de nombreuses lois nationales, les sûretés sur des biens tangibles sont en principe considérées comme régies par la loi de l'Etat où le bien était situé au moment de la constitution de la sûreté. Si cette loi nationale est différente de la loi régissant la procédure de faillite, le créancier peut être empêché d'invoquer la sûreté si celle-ci n'est pas connue de la loi nationale régissant la procédure de faillite.

¹La cession de créances en tant que moyen de fournir une sûreté aux créanciers est traitée dans la note A/CN.9/378/Add.3; le paragraphe 13 de ladite note fait référence aux activités antérieures de la Commission dans le domaine des sûretés.

G. Interdiction d'opérations du débiteur préjudiciables aux créanciers

31. De nombreux Etats ont adopté des règles permettant à l'administrateur judiciaire ou à un créancier intéressé de faire annuler ou modifier une opération du débiteur ayant pour conséquence de réduire ses avoirs. Il peut s'agir, par exemple, de la vente d'un bien du débiteur à des conditions exceptionnellement favorables à l'acheteur, du paiement préférentiel de dettes en faveur de certains créanciers ou de la création rétrospective de sûretés sur des dettes jusque-là non garanties. Les lois nationales divergent, par exemple, quant aux types d'opérations pouvant être interdites, aux types de mesures que peuvent prendre l'administrateur judiciaire ou un créancier intéressé et aux conditions d'interdiction d'une opération (par exemple, le moment à partir duquel, avant l'ouverture de la procédure de faillite, une opération du débiteur devient suspecte et susceptible d'interdiction, les conditions de l'opération la rendant susceptible d'interdiction et la connaissance qu'a la partie contractante du débiteur de l'insolvabilité éventuelle de ce dernier).

32. Les conflits de lois et conflits de compétence posent des problèmes difficiles auxquels les lois nationales donnent des réponses divergentes ou incertaines. Par exemple, dans un Etat donné, un administrateur judiciaire étranger peut-il demander l'interdiction d'une opération, ou cela n'est-il possible qu'à un administrateur judiciaire local ? Un Etat reconnaîtrait-il une décision judiciaire étrangère interdisant l'opération et quelle loi nationale serait applicable à une telle demande (par exemple, la loi de l'Etat où a lieu la procédure de faillite, la loi de l'Etat où le bien en question est actuellement situé ou était situé avant l'opération, la loi de la personne ayant bénéficié de l'opération ou la loi applicable à l'opération) ?

III. INITIATIVES PRISES POUR RÉGLEMENTER LES CAS D'INSOLVABILITÉ TRANSNATIONALE

A. Initiatives régionales

1. Etats d'Amérique latine

33. En Amérique latine, trois textes traitent des aspects internationaux de la législation des faillites : la Convention de droit international privé, La Havane, 1928 ("Code Bustamante") et deux Traités de droit commercial international, 1889 et 1940 ("Traités de Montevideo").

a) Code Bustamante

34. Le Code Bustamante a été adopté par 15 Etats d'Amérique latine. Il dispose que le domicile civil ou commercial du débiteur est le critère de rattachement requis pour établir la compétence en vue de l'ouverture d'une procédure de faillite. Si le débiteur a un seul domicile, seules les procédures de faillite dans l'Etat du domicile sont autorisées; si le débiteur a un domicile commercial dans plus d'un Etat, une procédure peut être ouverte dans chacun de ces Etats.

35. Le Code Bustamante comporte des dispositions sur les points suivants : reconnaissance dans les autres Etats contractants des ordonnances de faillite et de redressement;

reconnaissance des pouvoirs de l'administrateur judiciaire nommé dans un Etat contractant étranger; reconnaissance des décisions étrangères annulant ou modifiant des opérations conclues durant une période donnée avant la déclaration de faillite et portant préjudice aux créanciers du débiteur.

b) Traités de Montevideo

36. Les relations entre quatre Etats d'Amérique latine sont régies par le Traité de Montevideo de 1889, et les relations entre trois Etats d'Amérique latine, dont l'un est également partie au Traité de 1889, sont régies par le Traité de Montevideo de 1940. Le premier énonce des règles relatives à la liquidation, alors que le second traite également des redressements, de la suspension des paiements et d'autres procédures analogues prévues dans les Etats contractants.

37. Les deux traités prennent le domicile commercial du débiteur comme critère de rattachement pour établir la compétence en vue de l'ouverture d'une procédure de faillite. Si le débiteur a un domicile commercial dans d'autres Etats, une procédure peut être ouverte dans chacun de ces Etats.

38. En vertu de ces traités, l'autorité de l'administrateur judiciaire, telle que déterminée par les lois de l'Etat où la procédure de faillite a été ouverte, est reconnue dans tous les Etats contractants. Des mesures conservatoires peuvent être prises sur des biens situés dans d'autres Etats et les tribunaux de ces autres Etats doivent rendre publiques l'ouverture de la procédure et l'adoption des mesures conservatoires. En outre, les créanciers locaux de ces Etats peuvent demander que soit ouverte une procédure non volontaire distincte, menée conformément à la loi de l'Etat où elle est ouverte. Les créanciers peuvent invoquer des sûretés, sur des biens tant meubles qu'immeubles, devant le tribunal de l'Etat où le bien est situé, dans la mesure où ces sûretés ont été constituées avant l'ouverture de la procédure de faillite.

2. Conseil nordique

39. Sous les auspices du Conseil nordique, les Etats nordiques ont conclu en 1933 la Convention entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède relative à la faillite. Cette convention a été modifiée en 1977 et en 1982.

40. Une procédure de faillite ouverte dans l'Etat contractant où le débiteur insolvable a son lieu de résidence ou son siège statutaire est reconnue dans tous les Etats contractants.

41. La Convention amalgame tous les biens du débiteur dans tous les Etats contractants en une masse unique devant être administrée et répartie conformément aux règles de l'Etat où la procédure de faillite a été ouverte. Toutefois, les privilèges ou garanties particuliers relatifs à des biens du débiteur doivent être régis par la loi de l'Etat où les biens en question sont situés. La Convention comporte des dispositions sur les points suivants : publicité de la procédure de faillite dans les autres Etats contractants où sont situés des avoirs du débiteur, établissement d'un inventaire des avoirs du débiteur, mesures provisoires, assistance judiciaire des autorités des autres Etats et reconnaissance des décisions judiciaires, notamment en vue de confirmer un redressement conclu avec les créanciers.

3. Conseil de l'Europe

42. Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont conclu la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite (Istanbul, 5 juin 1990). Au 1^{er} juin 1993, aucun Etat n'y avait encore adhéré.

43. Selon la Convention, la compétence pour l'ouverture d'une procédure de faillite est déterminée par le lieu où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux; pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire.

44. L'objet de la Convention est avant tout de permettre à l'administrateur judiciaire d'agir dans d'autres juridictions au nom des créanciers, de prendre des mesures provisoires et d'intenter des actions dans chacun des Etats membres. De plus, lorsqu'un débiteur a été déclaré en faillite dans un Etat (faillite principale), la Convention dispose que le débiteur peut, de ce seul fait, être déclaré en faillite dans tout autre Etat contractant (faillite secondaire). En outre, la Convention permet aux créanciers du débiteur insolvable situés dans des Etats différents d'introduire une action dans l'Etat où la procédure de faillite a été ouverte et de recevoir des informations appropriées sur la procédure.

4. Communautés européennes (CE)

45. Dès les années 60, la Communauté économique européenne s'est efforcée d'établir un texte sur les aspects juridiques de l'insolvabilité transnationale. Le dernier texte à l'examen, un projet de convention sur les procédures de faillite (1992), que ses rédacteurs n'ont pas encore publié, ne vise pas, selon un commentaire écrit, à harmoniser les lois des Etats Membres, mais plutôt à réunir les conditions juridiques requises pour traiter des faillites transnationales dans les Communautés en réglant les conflits de lois et de compétence. A cette fin, le texte se fonde sur la notion suivante : il devrait y avoir une procédure de faillite unique englobant tous les avoirs, où qu'ils soient situés. Ce principe de l'universalité peut être limité par la possibilité d'ouvrir une ou plusieurs procédures secondaires, dont les effets ne s'exercent que sur le territoire de l'Etat sur lequel elles ont été ouvertes.

B. Autres initiatives

1. Conférence de La Haye de droit international privé

46. La Conférence a commencé ses travaux sur la réglementation des faillites en 1894. A sa vingt-huitième session, en 1928, la Conférence a décidé de transformer les projets précédents de convention multilatérale sur les faillites en un traité bilatéral type. Ce traité n'a pas fait l'objet d'une large adhésion.

2. Association internationale du Barreau (AIB)

47. L'Association internationale du Barreau (AIB) a élaboré en 1989 une Loi type internationale sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (Model Interna-

tional Insolvency Cooperation Act — MIICA). Cette Loi type se fonde sur la notion d'universalité et sur le principe d'une administration unique des avoirs du débiteur insolvable, où qu'ils soient situés.

48. La Loi type contraint les tribunaux des Etats l'ayant adoptée à fournir une assistance à l'administrateur judiciaire étranger. Cette assistance peut consister à mettre les avoirs des débiteurs à la disposition de l'administrateur judiciaire étranger; suspendre ou rejeter une action intentée contre le débiteur; fournir des preuves relatives à l'insolvabilité; reconnaître et exécuter un jugement étranger; et offrir toute autre mesure d'assistance appropriée. Les conditions de fourniture d'une telle assistance sont les suivantes : l'Etat de l'administrateur judiciaire doit accorder, pour les faillites étrangères, un traitement similaire dans ses grandes lignes à celui qui est prévu dans la Loi type; le tribunal étranger dont relève l'administrateur judiciaire doit être une instance appropriée, à même de superviser la procédure de faillite; et l'administration des biens du débiteur dans les différentes juridictions étrangères doit être dans l'intérêt général de tous les créanciers du débiteur. Si l'assistance judiciaire requise n'est pas accordée, l'administrateur judiciaire étranger peut entamer une procédure de faillite dans l'Etat ayant refusé cette assistance.

CONCLUSIONS

49. Il a souvent été noté que les divergences entre les règles nationales régissant l'insolvabilité transnationale constituaient une entrave au commerce international. L'attention a été appelée sur le fait qu'en raison de divergences sur des questions telles que les effets transnationaux d'une procédure de faillite (voir ci-dessus par. 11 à 16), l'assistance judiciaire internationale en matière de faillite (voir ci-dessus par. 17 à 19), le droit pour les créanciers de participer à la procédure de faillite (voir ci-dessus par. 20 et 21), les règles de priorité pour la répartition des avoirs entre les créanciers (voir ci-dessus par. 22 à 24), les effets internationaux des redressements conclus entre le débiteur insolvable et les créanciers (voir ci-dessus par. 25 et 26), la reconnaissance des sûretés constituées en application d'une loi étrangère (voir ci-dessus par. 27 à 30), ou l'interdiction d'opérations du débiteur portant préjudice aux créanciers (voir ci-dessus par. 31 et 32), l'exercice des droits des créanciers nantis ou non nantis appartenant à différents Etats sur les avoirs du débiteur se heurte à des obstacles, incertitudes et inégalités. Les divergences des règles en la matière ont un autre effet indésirable : les tribunaux et les législateurs, qui sont enclins à protéger les créanciers de leur propre territoire, tendront sans doute à limiter la reconnaissance des procédures de faillite étrangères et à prendre des mesures en faveur des créanciers locaux et répugneront à fournir une assistance judiciaire aux créanciers étrangers. Cette situation peut conduire à l'ouverture de plusieurs procédures de faillite indépendantes, menées simultanément dans plusieurs juridictions, sans réelle coordination, ce qui est source de gaspillages et augmente les risques de traitement inéquitable des créanciers; il peut en outre y avoir conflit entre les mesures prises par les différents administrateurs judiciaires.

50. Les commentateurs et associations de praticiens ont jugé qu'il serait souhaitable d'harmoniser les règles de base

dans certains domaines du droit des faillites, ce qui permettrait de traiter des insolvabilités internationales, y compris des redressements, de manière plus prévisible, sans susciter de conflits entre les juridictions participant à la procédure. Selon des avis, il serait souhaitable de constituer un réseau harmonisé de règles législatives qui permettraient à un administrateur judiciaire, dans certaines conditions, d'inclure dans les avoirs du débiteur devant servir à payer les créanciers ceux qui sont situés dans un Etat étranger. Cet effet extraterritorial de la procédure de faillite serait assorti de conditions : notamment, la procédure de faillite devrait avoir été ouverte conformément à des règles harmonisées en matière de compétence. En outre, l'Etat prié de remettre des avoirs à un administrateur judiciaire étranger devrait être autorisé à veiller à ce que certains créanciers locaux soient protégés.

51. Toutefois, bien que l'on s'accorde à penser qu'il serait souhaitable de mettre sur pied un système efficace de coopération entre Etats en matière d'insolvabilité, il a également été noté au sein d'instances internationales qu'il serait sans doute peu réaliste de supposer que le principe de l'universalité des procédures de faillite puisse s'imposer à l'échelon mondial, voire régional, dans un avenir prévisible. On continuera sans doute de considérer comme inacceptable que des intérêts ou attentes fondés sur la loi locale puissent être subordonnés aux effets d'une procédure de faillite ouverte dans un autre pays.

52. La Commission voudra peut-être garder à l'esprit les observations ci-dessus lorsqu'elle déterminera qu'il serait utile d'examiner cette question en profondeur. L'un des principaux objectifs de cet examen approfondi serait de recenser les aspects de la législation internationale des

faillites qui pourraient être harmonisés et de déterminer quel serait l'instrument le plus approprié de cette harmonisation : traité multilatéral, loi type ou traité bilatéral type.

53. Dans le cadre de l'examen desdites questions, la Commission voudra peut-être également étudier les effets possibles de l'ouverture d'une procédure de faillite sur des relations ou procédures extérieures à la faillite. Par exemple, si, dans le contexte d'une garantie bancaire, le donneur d'ordre fait l'objet d'une procédure de faillite, il pourrait être utile de préciser si la banque serait habilitée à suspendre le paiement ou à mettre fin à la garantie, au motif que cette procédure réduit les chances qu'a la banque à obtenir remboursement du donneur d'ordre. Un problème similaire peut se poser dans le contexte d'une lettre de crédit, lorsque l'émetteur fait l'objet d'une procédure de faillite. De même, lorsque, dans le cadre d'un arbitrage international, le défendeur fait l'objet d'une procédure de faillite, on peut se demander si l'ouverture de cette procédure devrait avoir des incidences sur l'arbitrage. Ces effets de la procédure de faillite sur d'autres relations ou procédures sont souvent déterminés, non par la loi régissant les faillites, mais par celle régissant les relations ou procédures en question.

54. Au cas où la Commission jugerait ce projet utile, elle voudra peut-être exprimer des avis préliminaires sur les orientations des travaux futurs et prier le Secrétariat d'établir, en consultation avec d'autres organisations internationales intéressées, notamment la Conférence de La Haye de droit international privé, une étude sur la possibilité d'énoncer des règles harmonisées relatives à l'insolvabilité internationale, étude qui serait soumise à une session future de la Commission.

F. Les problèmes juridiques de la privatisation : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.5) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-2
I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES	3-5
II. LE CADRE LÉGISLATIF DES PRIVATISATIONS	6-10
III. LES CONTRATS DE PRIVATISATION	11-35
IV. LES TRAVAUX MENÉS PAR D'AUTRES ORGANISATIONS DANS LE DOMAINE DE LA PRIVATISATION	36-48
CONCLUSION	49-51

INTRODUCTION

1. A l'occasion du Congrès sur le droit commercial international organisé par la Commission pendant sa vingt-cinquième session en mai 1992, à New York, il a été

suggéré d'étudier la possibilité de préparer un guide juridique des contrats de privatisation des entreprises publiques, afin d'aider les Etats à effectuer de telles privatisations et de protéger les intérêts légitimes des investisseurs privés.

2. La présente note est destinée à aider la Commission à décider s'il convient ou non d'entreprendre des travaux dans le domaine des privatisations.

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. Le terme "privatisation" est largement utilisé pour désigner le processus par lequel une entreprise publique est transférée, par différents types de contrats, au secteur privé. L'expression "contrat de privatisation" est utilisée dans la présente note pour décrire le contrat matérialisant un tel transfert.

4. Les motifs d'une privatisation peuvent être, par exemple, d'instaurer une économie davantage axée sur le marché, de réduire l'influence de l'Etat sur les entreprises, d'encourager l'apparition d'une classe de dirigeants qui géreront les sociétés selon les règles du secteur privé, d'introduire ou de développer l'actionnariat populaire, d'utiliser plus efficacement les ressources des entreprises, d'obtenir des recettes pour le budget de l'Etat, ou encore de réduire la dette publique.

5. Des privatisations ont été entreprises par de nombreux Etats appartenant à différentes régions géographiques et ayant atteint des stades différents de développement industriel. Depuis quelques années, une privatisation à grande échelle se déroule dans les Etats qui abandonnent le système de propriété socialiste et d'économie planifiée en faveur d'une économie de marché fondée sur un secteur privé plus important.

II. LE CADRE LÉGISLATIF DES PRIVATISATIONS

A. Le besoin d'une infrastructure juridique appropriée

6. Un programme de privatisation ne peut réussir s'il n'existe pas des lois et des institutions qui autorisent et protègent la propriété commerciale par des individus ou des entreprises, qui inspirent confiance aux investisseurs nationaux et étrangers potentiels et qui créent un système juridique harmonisé régissant les activités commerciales des entreprises privées. Nombre d'Etats qui appliquent actuellement un programme de privatisation et où la propriété privée des entreprises existe déjà depuis longtemps se sont progressivement dotés de telles lois et institutions, de sorte que le travail législatif nécessaire n'est pas très important. En revanche, dans les Etats où se déroule actuellement un processus de transition entre les formes socialistes de la propriété et la propriété privée, un vaste travail législatif et administratif s'impose pour mettre en place ces lois et institutions.

7. Les lois et institutions nécessaires peuvent concerner différents domaines tels que la propriété et le transfert de biens commerciaux immeubles; les prérogatives de l'Etat en ce qui concerne l'aménagement du territoire; la protection de l'environnement; le type, la constitution, l'organisation et la responsabilité limitée des sociétés; la restitution des biens nationalisés à leurs anciens propriétaires; les divers types de contrats commerciaux; la propriété intellectuelle; les valeurs mobilières et les marchés boursiers; les

services bancaires et financiers; le régime fiscal; la concurrence et les pratiques commerciales restrictives; l'insolvabilité; l'emploi; la comptabilité et les procédures de règlement des litiges.

8. Dans certains des domaines du droit mentionnés ci-dessus, il existe déjà des textes internationaux harmonisés. Dans d'autres, ce sont les législations nationales qui servent de modèle.

B. Les lois de privatisation

9. Dans de nombreux Etats, la mise en œuvre d'un programme de privatisation s'appuie sur une loi spécifiquement adoptée à cet effet. Le type de questions régies par ces lois diffère très sensiblement d'un Etat à l'autre et dépend de facteurs tels que l'existence de textes législatifs nécessaires à la propriété privée des entreprises et la nécessité d'établir une ou plusieurs institutions publiques chargées d'administrer le programme de privatisation.

10. La liste ci-après, établie à partir d'un nombre limité de lois nationales de privatisation, énumère les questions traitées :

- Les objectifs du programme de privatisation;
- La liste des entreprises à privatiser ou l'autorisation donnée à un organisme de déterminer les entreprises à privatiser;
- Les procédures de décision de privatisation;
- Les méthodes de privatisation (par exemple vente, location à bail, gestion de l'entreprise par un entrepreneur privé, contrat du type "construction-exploitation-transfert" [CET]);
- La responsabilité des organismes publics chargés d'administrer ou de superviser l'exécution du programme de privatisation;
- Les personnes et entités auxquelles les entreprises publiques peuvent être transférées, et l'adoption de dispositions spéciales, par exemple en faveur des employés de l'entreprise, de ses dirigeants et des investisseurs étrangers;
- L'octroi de droits préférentiels aux employés de l'entreprise à privatiser (par exemple, le droit d'acheter un certain nombre d'actions à un prix préférentiel ou bien en plusieurs versements);
- La proportion d'actions pouvant être offertes à des conditions préférentielles à certaines catégories de la population;
- L'obligation pour l'acheteur de connaître le domaine d'activité de l'entreprise à privatiser;
- Les procédures de vente d'actions aux acheteurs privilégiés, par exemple les règles applicables à la distribution et à la vente de coupons donnant droit à l'achat d'actions;
- Les dispositions spéciales pour la privatisation des entreprises de certains secteurs;
- Les modalités de vente de l'entreprise, par exemple par offre publique, vente aux enchères, émission d'actions sur le marché boursier ou encore vente directe;

- Le démantèlement ou la transformation des organismes publics engagés dans des activités commerciales en sociétés commerciales à privatiser, et la répartition de l'actif et du passif entre ces différentes sociétés;
- Les procédures de calcul du prix de vente;
- Les conditions de paiement, y compris la possibilité de paiement échelonné;
- La possibilité de payer les actions au moyen de créances sur l'Etat (conversion de dettes en actifs), et les conditions dont ces créances sont vendues aux acheteurs potentiels des entreprises;
- L'obligation pour l'Etat d'utiliser le produit de la privatisation à des fins précises (par exemple, pour réduire la dette publique);
- L'éventualité que l'Etat reste responsable de certaines obligations contractées par l'entreprise avant la privatisation (par exemple, les obligations consécutives à une atteinte à l'environnement ou à la signature de conventions collectives);
- L'enregistrement des entreprises;
- Les dispositions concernant le statut des entreprises à privatiser;
- Les règles comptables;
- La liquidation des entreprises publiques non viables et la vente ou l'utilisation sous d'autres formes de leurs actifs;
- La protection des investisseurs nationaux et étrangers contre les nationalisations au cas où de telles nationalisations seraient autorisées (par exemple, si un organisme législatif détermine qu'elles sont dans l'intérêt public), et le versement dans un délai raisonnable d'une indemnisation adéquate en cas de nationalisation;
- Le traitement fiscal des parties reprenant les entreprises publiques;
- La possibilité de transférer les revenus, ou le produit de la revente de l'entreprise, à l'étranger;
- Les conditions d'emploi et les droits sociaux des employés;
- la forme et la structure du contrat de privatisation (par exemple, forme écrite, signatures, parties au contrat, nom des intermédiaires éventuels, façon de décrire les actifs à privatiser);
- Les engagements que l'investisseur peut être contraint de prendre dans le contrat de privatisation (par exemple, maintenir un certain niveau et une certaine structure d'emploi; conclure une convention collective avec les employés; ne pas vendre l'entreprise avant un certain délai; maintenir un programme de production; effectuer certains investissements ou des investissements d'un montant donné; respecter une politique donnée de fixation des prix; prendre des mesures précises de protection de l'environnement; éviter certaines pratiques commerciales restrictives);
- Le droit de l'Etat d'invalider un contrat de privatisation en cas de certaines violations de la loi, ou si certaines dispositions du contrat ne sont pas respectées;
- Les pénalités en cas de non-respect de la loi.

III. LES CONTRATS DE PRIVATISATION

A. Observations générales

11. Privatiser une entreprise revient souvent à la vendre à des investisseurs privés. La section B ci-après décrit certaines clauses spécifiques aux contrats de vente d'une entreprise. Les sections C et D présentent brièvement la location à bail d'une entreprise publique et le transfert de la gestion à un opérateur privé.

12. Les négociations en vue de la conclusion d'un contrat de privatisation sont souvent caractérisées par le fait que l'Etat est guidé non seulement par des considérations purement commerciales, mais également par des objectifs en matière sociale, d'emploi ou d'industrialisation. L'influence de ces objectifs peut le conduire à décider de transférer une entreprise à une partie qui, bien que n'offrant pas les conditions les plus intéressantes sur le plan financier, par exemple, garantit le maintien de l'emploi ou dont les liens oligopolistiques avec d'autres entreprises sont moins importants que ceux d'autres candidats au rachat. Le poids relatif de ces divers objectifs varie d'un cas à l'autre, et il arrive fréquemment que les candidats au rachat ne le connaissent pas à l'avance. Afin d'empêcher l'application abusive de ces considérations non commerciales, certains Etats ont adopté des règles en vertu desquelles la vente d'une entreprise à un coût égal ou inférieur à sa valeur comptable nette doit faire l'objet d'une procédure d'examen et d'approbation.

13. Lors des négociations, les candidats au rachat doivent généralement présenter un plan d'activités décrivant leurs intentions. Ce plan doit normalement être conçu de façon à montrer comment le candidat envisage d'atteindre les objectifs du gouvernement mentionnés au paragraphe précédent. Par exemple, le candidat peut être prié de préciser le niveau des investissements qu'il prévoit de réaliser (en termes, par exemple, d'immobilisations, de fonds de roulement, de techniques et de ressources humaines); le niveau d'emploi prévu au cours des prochaines années, ou encore par quels moyens il envisage de développer l'entreprise, sa production et ses marchés.

14. Afin de faciliter et d'accélérer la négociation, les acheteurs potentiels ont fréquemment accès à certains dossiers de l'entreprise ou à des sources d'information similaires. Cet accès s'accompagne généralement d'un engagement de leur part à garder confidentielles les informations ainsi obtenues.

15. Pour mettre définitivement au point le contrat de privatisation, il faut que le candidat au rachat ait obtenu au cours des négociations des informations concernant les divers éléments qui peuvent grever l'entreprise. Il peut s'agir, par exemple, d'hypothèques immobilières, de brevets, de licences, d'obligations contractuelles importantes, de dettes ou encore de cessions de créances et de droits. Dans certains cas, en particulier quand l'organisme public qui vend l'entreprise n'a pas eu à exercer de contrôle véritable sur celle-ci, un long travail de vérification des divers dossiers, d'examen des contrats et d'entretiens avec le personnel de direction de l'entreprise peut être nécessaire pour établir la nature des éléments grevant celle-ci.

B. La vente de l'entreprise

a) *Clause relative à l'emploi*

16. Les contrats de privatisation peuvent spécifier le nombre et la structure des emplois à temps plein que l'acheteur s'engage à maintenir pendant une période donnée. L'inclusion d'une clause de ce type peut être compensée par un prix de vente inférieur au prix initial, tel qu'il avait été fixé à partir de la valeur estimée de l'entreprise.

17. Si le nouveau propriétaire ne respecte pas ses engagements, un prix plus élevé, des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité peuvent être prévus. La formule utilisée peut être établie de telle sorte que la somme à verser à l'ancien propriétaire pour chaque employé licencié en violation du contrat s'approche du coût que représenterait le maintien en activité de l'employé pour l'entreprise. Les vendeurs refusent habituellement d'accepter des formules libellées de façon générale dégageant l'acheteur de ses obligations en cas de "conditions indépendantes de sa volonté". Dans un petit nombre de cas, le vendeur a cependant accepté l'inclusion de clauses plus précises énonçant, pour des indicateurs du marché, à partir de quel seuil les engagements du nouveau propriétaire pouvaient être révisés.

b) *Clause relative à l'investissement*

18. L'acheteur peut s'engager à investir dans l'entreprise. Il s'agit en général d'un investissement monétaire, dont est précisé le montant ainsi que la durée. Une telle clause prévoit également fréquemment des sanctions en cas de non-respect, qui prennent la forme d'un versement pouvant représenter jusqu'à 50 % environ, et parfois plus, de l'investissement non réalisé.

c) *Clause relative à la spéculation*

19. Le contrat peut prévoir une réévaluation du prix d'achat, généralement par un expert indépendant, et le versement d'un prix plus élevé si l'entreprise privatisée est revendue avant l'arrivée à terme d'une période donnée (par exemple, entre 5 et 15 ans) sans que les objectifs sociaux inclus dans le contrat n'aient été atteints. Une autre possibilité consiste à faire figurer dans le contrat une clause de "versement complémentaire" en vertu de laquelle l'acheteur est tenu de verser une somme fonction de la différence entre le prix d'achat de l'entreprise et le prix de revente.

d) *Clause de poursuite d'activité*

20. Certains contrats stipulent que si l'acheteur interrompt la production avant une date convenue, liquide l'entreprise, la laisse faire faillite ou modifie sensiblement le programme de production, il devra payer une somme convenue. En général, cette somme est dégressive sur un certain nombre d'années au bout desquelles la clause ne s'applique plus.

e) *Clause de réévaluation des actifs immobiliers*

21. Dans certains cas, en particulier quand il est difficile de calculer la valeur des actifs immobiliers ou quand on s'attend à une instabilité particulièrement importante du

marché immobilier, le contrat peut comporter une clause en vertu de laquelle l'Etat bénéficiera d'une hausse de la valeur des actifs si cette hausse se produit dans un délai donné. Une telle clause peut ne s'appliquer qu'aux terrains ou bien également à certains des bâtiments. Afin de protéger les intérêts de l'acheteur, elle peut prévoir le plafonnement de la somme à verser à l'Etat, stipuler que seul un pourcentage de la hausse enregistré sera à verser, fixer un seuil à partir duquel la hausse sera prise en compte, préciser la méthode de calcul de la valeur des actifs immobiliers (par exemple, par des experts indépendants), ou prévoir un délai pour tout versement en application de ladite clause.

f) *Clause relative au paiement*

22. La clause relative au paiement précisera des points tels que le moment auquel le prix devra être payé, les garanties en cas de paiement différé et les taux d'intérêt à appliquer. En général, le vendeur insiste pour que ce soit l'acheteur proprement dit qui paie les sommes convenues et pour ne pas limiter la responsabilité de celui-ci en transférant certaines obligations de paiement à la société nouvellement créée.

23. Certains Etats ont adopté des lois en vertu desquelles les parties à un contrat de privatisation peuvent convenir que l'acheteur paiera dans certaines limites précises une partie du prix en cédant à l'Etat des créances qu'il détient sur celui-ci (système de "conversion de dettes en actifs"). En général, les acheteurs potentiels obtiennent ces créances auprès de créanciers étrangers, pour les utiliser ensuite comme moyens de paiement.

g) *Clause de constitution de réserves pour responsabilité potentielle*

24. Lors de la vente de l'entreprise, il peut y avoir des doutes quant au fait de savoir si sa responsabilité risque d'être engagée en raison de ses activités passées. Le contrat de privatisation peut alors prévoir la création d'une réserve financière pour couvrir cette responsabilité.

25. Une possibilité, utilisée en particulier si l'éventualité d'une responsabilité semble peu probable, consiste à maintenir le prix de vente initialement calculé, l'Etat s'engageant à assumer la responsabilité dans une certaine limite. Une autre option, qui peut être utilisée si au contraire il est probable que la responsabilité soit engagée, consiste à abaisser le prix initial d'un montant donné : si la responsabilité ne se matérialise pas avant une date donnée, le propriétaire reverse à l'Etat la somme déduite du prix de vente initial. Pour que les sommes mises en réserve ne soient pas utilisées indûment, l'Etat peut se voir reconnaître le droit de participer à toute négociation ou à tout processus de règlement de litige concernant la responsabilité. De plus, afin d'inciter le propriétaire à limiter des paiements effectués par prélèvement sur la réserve, celui-ci peut être autorisé à garder un pourcentage de la réserve non utilisée.

h) *Remise en état de l'environnement*

26. L'un des éléments que le nouveau propriétaire doit garder présent à l'esprit concerne les dépenses qu'il peut être amené à faire pour mettre l'entreprise en conformité

avec les normes antipollution imposées par la loi. Etant donné que l'origine de ces dépenses est antérieure à la privatisation, le vendeur peut, dans certains cas, être disposé à en assumer une certaine part. Par exemple, les parties peuvent convenir que l'acheteur sera responsable de certains travaux de nettoyage dans les limites d'un montant donné, qu'une deuxième tranche de dépenses sera partagée selon une formule convenue entre le vendeur et l'acheteur, et qu'au-delà les dépenses seront supportées par l'une ou l'autre partie. Différentes formules peuvent être utilisées pour différents problèmes (par exemple, pollution par les hydrocarbures, émission de fumée, présence d'amiante). Le contrat de privatisation peut également prévoir que l'Etat devra approuver les plans et contrats concernant des dépenses auxquelles il devra participer. Toute atteinte à l'environnement postérieure à la privatisation sera normalement de la seule responsabilité de l'entreprise.

i) *Garanties données par le vendeur*

27. L'hypothèse sur laquelle se fonde le contrat de privatisation est que le vendeur est propriétaire de l'entreprise et que l'entreprise est elle-même propriétaire de ses actifs immobiliers; le contrat de privatisation peut préciser cette hypothèse. S'il est possible que des tiers contestent la propriété, il est alors souhaitable d'en tenir compte dans le contrat. De telles contestations peuvent apparaître, par exemple, si les dossiers de l'entreprise à privatiser sont imprécis ou erronés. Elles peuvent également apparaître en cas d'adoption de lois de dénationalisation, auxquelles il est fait référence dans les paragraphes suivants consacrés aux demandes de restitution.

j) *Demandes de restitution*

28. Un certain nombre d'Etats en transition entre un système socialiste de propriété et un système de propriété privée ont adopté des lois en vertu desquelles les anciens propriétaires de biens nationalisés ont, sous certaines conditions, le droit de demander la restitution de ces biens.

29. Il arrive parfois que, parallèlement aux négociations du contrat de privatisation, l'Etat parvienne à un accord avec les anciens propriétaires de l'entreprise ou leurs successeurs et leur verse une indemnité prélevée sur le revenu tiré de la privatisation. Si un tel accord est impossible à conclure pendant que se déroulent les négociations, l'Etat peut, par une clause au contrat de privatisation, accepter l'obligation de satisfaire les revendications de l'ancien propriétaire dans un délai donné et convenir de mesures transitoires dans l'intervalle. Ces mesures transitoires peuvent être, par exemple, que l'acheteur potentiel assume la gestion de l'entreprise, que l'Etat garde une partie des responsabilités concernant certains coûts et pertes de l'entreprise et le report de l'obligation pour l'acheteur d'effectuer les investissements convenus jusqu'à ce que le contrat de privatisation prenne pleinement effet. Le contrat prendra pleinement effet quand les revendications de l'ancien propriétaire auront été satisfaites, à moins qu'un accord n'ait pas pu être conclu dans les délais convenus et que l'acheteur potentiel résilie le contrat.

30. Si les revendications de l'ancien propriétaire portent non pas sur l'entreprise proprement dite mais sur un élément de l'entreprise, le contrat de privatisation peut être

conclu sous réserve que l'Etat assume l'obligation de satisfaire aux revendications, ou de payer au nouveau propriétaire de l'entreprise la valeur du bien qui doit être rétrocédé. Si une telle rétrocession compromet la viabilité de l'entreprise, il sera peut-être nécessaire d'annuler le contrat de privatisation afin de satisfaire aux revendications présentées.

C. *Les contrats de location à bail d'entreprise*

31. L'Etat peut décider de donner une entreprise en location à bail à une société du secteur privé, par exemple s'il souhaite en garder la propriété tout en estimant qu'elle fonctionnera ainsi de manière plus efficace; s'il souhaite retirer un revenu annuel de l'entreprise; s'il décide de procéder à une période d'essai de gestion par le secteur privé avant de vendre l'entreprise, ou si aucun acheteur satisfaisant ne s'est fait connaître alors qu'il semble possible de trouver un preneur de contrat de location à bail.

32. On trouvera ci-après certains conseils concernant les contrats de location à bail d'une entreprise :

a) La période de location devrait être suffisamment longue pour que le preneur puisse mener une politique de gestion qui aille dans l'intérêt à long terme de l'entreprise;

b) Le contrat devrait comporter des clauses obligeant le preneur à préserver la valeur des actifs; ces clauses sont nécessaires pour éviter que la recherche d'un bénéficiaire à court terme ne se fasse au détriment de la valeur et de la viabilité à long terme de l'entreprise;

c) Le montant de la rémunération peut être fixé pour toute la durée de location ou être révisable de façon à permettre au gouvernement de profiter d'une hausse des bénéfices de l'entreprise; la progressivité des paiements ne devrait cependant pas être trop importante afin de ne pas pénaliser le preneur;

d) Il faut que le contrat indique clairement, d'une part, le degré d'autonomie laissé au preneur pour ce qui est de la gestion de l'entreprise et de l'emploi et, d'autre part, les prérogatives de l'Etat dans ces deux domaines;

e) Il est souhaitable que le contrat contienne des clauses empêchant le preneur de gérer les actifs et de manipuler les comptes de l'entreprise de façon à décourager d'éventuels acheteurs potentiels.

D. *Contrat de gestion*

33. L'Etat peut souhaiter transférer au secteur privé la gestion de l'entreprise, contre rémunération, et garder les autres fonctions allant de pair avec la propriété. Ce peut être le cas, par exemple, si l'entreprise enregistre des pertes en raison d'une mauvaise gestion ou si de nouvelles conditions de gestion devraient permettre d'en améliorer la situation économique et commerciale de façon à pouvoir la vendre ultérieurement à un prix plus élevé.

34. On trouvera ci-après certains conseils concernant les contrats de gestion :

a) Un contrat de gestion devrait établir clairement une distinction entre les services couverts par la rémunération

et les services, nécessaires de temps à autre, qui feront l'objet d'une rémunération distincte;

b) La rémunération peut se composer d'une part fixe convenue et d'une part fonction des bénéfices de l'entreprise ou du volume de la production ou des ventes;

c) Le contrat devrait préciser clairement les pouvoirs de la direction pour ce qui est de la fixation du programme de production, du niveau des prix et de la politique de l'emploi;

d) Si la gestion de l'entreprise est confiée à une société qui est également fournisseur de biens ou de services à l'entreprise ou qui lui vend sa propre production, il est souhaitable de convenir de clauses empêchant toute pratique abusive en ce qui concerne la fixation des prix des biens ou des services fournis, et évitant que la viabilité et la rentabilité de l'entreprise ne dépendent de ses rapports avec son fournisseur.

35. Certains des conseils mentionnés ci-dessus concernant les contrats de location à bail s'appliquent également *mutatis mutandis*, aux contrats de gestion.

IV. LES TRAVAUX MENÉS PAR D'AUTRES ORGANISATIONS DANS LE DOMAINE DE LA PRIVATISATION

A. Programme des Nations Unies pour le développement

36. En 1991, le Réseau interrégional sur la privatisation, composé d'experts de pays en développement participant personnellement à la privatisation et travaillant sous les auspices de la Division du programme mondial et du programme interrégional du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) a établi des directives concernant la privatisation.

37. Ces directives traitent notamment de la question de savoir s'il convient ou non de créer un organisme public pour gérer le processus de privatisation et, dans l'affirmative, quels devraient en être les pouvoirs et les responsabilités, et s'il faudrait adopter une loi autorisant la privatisation des entreprises publiques; de la transformation d'entreprises publiques non dotées de la personnalité morale en sociétés par action; des mesures destinées à encourager la concurrence; de la location à bail et de transfert de la gestion à une entreprise du secteur privé; de la privatisation intégrale d'une entreprise ou de la vente d'une partie seulement du capital; de la vente d'une entreprise à ses cadres et employés; la vente d'une entreprise à une coopérative d'investisseurs; de la vente des actifs de l'entreprise plutôt que de l'entreprise elle-même; de l'évaluation de l'actif et du passif d'une entreprise et de l'entreprise dans son ensemble; de la fixation du prix des actifs; des techniques de vente d'actions; des coentreprises; de la nécessité de créer un marché des capitaux; de l'incidence de la privatisation sur les employés; des intérêts réglementaires du gouvernement dans les entreprises privatisées et des moyens permettant à l'Etat de continuer à exercer une influence dans ces entreprises; des considérations concernant la vente d'entreprises à des investisseurs étrangers.

38. Le chapitre 23, intitulé "Assistance technique et coopération", décrit les diverses possibilités qui s'offrent à un gouvernement d'obtenir une assistance technique pour formuler les politiques et les lois nationales relatives à la privatisation ou bien pour privatiser une entreprise donnée.

B. Comité consultatif juridique Afrique-Asie

39. Le secrétariat du Comité consultatif juridique Afrique-Asie a élaboré pour la 32^e session du Comité, tenue en 1993, une étude préliminaire intitulée "Legal issues involved in the matter of privatization of State-owned enterprises" (Questions juridiques liées à la privatisation d'entreprises publiques) (AALCC/XXXII/KAMPALA/93/13), avec pour objectif final la réalisation d'un guide des aspects juridiques de la privatisation en Afrique et en Asie, principalement afin d'aider les Etats membres du Comité consultatif à exécuter leur programme de privatisation conformément à leurs intérêts économiques nationaux.

40. L'étude préliminaire examine l'expérience acquise à l'occasion de la privatisation d'entreprises publiques, analyse les motifs de privatisation et compare brièvement différentes méthodes comme par exemple la vente pure et simple de l'entreprise, la vente d'une part minoritaire du capital, le transfert de la gestion à une société privée, les contrats de location à bail, ainsi que les concessions d'exploitation. Elle fait également mention des amendements qu'il pourrait être nécessaire d'apporter aux législations nationales pour exécuter un programme de privatisation.

C. Commission économique pour l'Europe

41. Le Groupe de travail des contrats internationaux en usage dans l'industrie de la Commission économique pour l'Europe a approuvé, en 1990, un guide intitulé "Aspects juridiques de la privatisation dans l'industrie" (ECE/TRADE/180, Organisation des Nations Unies, New York, 1992). Comme il est dit dans l'introduction, l'objet de ce guide est d'aider les pays en transition à mettre en place un cadre juridique approprié pour les privatisations et, à cet effet, il décrit brièvement les principaux problèmes les plus susceptibles d'apparaître lors du processus de privatisation des entreprises; les nouvelles lois et institutions qui seront nécessaires ainsi que les principales méthodes de privatisation pouvant être employées.

42. En ce qui concerne les principaux problèmes de privatisation en Europe orientale, le guide passe en revue la nécessité de créer des institutions administratives chargées de l'exécution du programme de privatisation; la détermination des droits de propriété détenus par l'Etat; la suppression des monopoles des entreprises d'une économie planifiée et leur transformation éventuelle en unités plus petites et plus compétitives; la détermination du prix de vente de l'entreprise; la nécessité de créer un marché financier; le fait de savoir si certaines mesures de restructuration, telles que le remplacement ou la modernisation des machines, le licenciement du personnel en surnombre ou la liquidation des dettes qui pèsent sur la solvabilité de l'entreprise, devraient être adoptées avant la vente; la pro-

tection des nouveaux propriétaires, en particulier contre une nationalisation sans dédommagement rapide et approprié.

43. Le guide examine également certains aspects du système juridique qui doivent être adaptés à une économie de marché et qui sont nécessaires pour inspirer confiance aux investisseurs potentiels. Les questions étudiées sont notamment l'institution et la protection des droits de propriété; le transfert des droits de propriété sur les terrains et les entreprises; la propriété des terrains par des investisseurs étrangers; le contrôle de l'Etat sur l'utilisation des terrains; la responsabilité en cas d'atteinte à l'environnement par les entreprises privatisées; la restitution des biens nationalisés à leurs anciens propriétaires; le statut, la création et le fonctionnement d'organisations commerciales (droit des sociétés); le droit des contrats; l'insolvabilité; les valeurs mobilières; la fiscalité; la promotion de la concurrence; l'emploi et les pratiques comptables.

44. Pour ce qui est des principales méthodes de privatisation, la publication mentionne la vente d'entreprises appartenant à l'Etat; la vente ou la location à bail d'actifs détenus par l'Etat et l'octroi au secteur privé de contrats de services précédemment fournis par l'Etat lui-même.

45. Le même Groupe de travail a également préparé un document intitulé "Guide on Selected Legal Issues Related to Privatization and Foreign Direct Investment in the Economies in Transition: A Comparative Analysis" (TRADE/WP.5/R.9/Rev.1, 25 novembre 1992) qui, une fois révisé et complété, devrait paraître sous le titre "Privatization and Foreign Investment in the Countries of Central and Eastern Europe: Legal Aspects".

46. Le Groupe de travail a par ailleurs préparé le synopsis d'une future publication qui sera intitulée "Guide on the Financing of East-West Trade/Privatization in Central and Eastern Europe" (annexe au document TRADE/WP.5/45, 1^{er} décembre 1992). D'après ce synopsis, le guide portera entre autres sur les mesures destinées à améliorer le cadre juridique pour le financement des économies en transition, à savoir, par exemple, l'amélioration du processus législatif, la fixation de priorités en ce qui concerne l'élaboration de la législation (code civil, code commercial, code de procédure); les problèmes d'application et de respect de la nouvelle législation; le droit des biens; le rôle des banques commerciales dans les économies en transition; les problèmes de restitution des biens nationalisés du point de vue du financement; les types de sociétés; les formalités d'enregistrement; les questions en rapport avec le droit du travail; les problèmes de sécurité; les conventions de dettes en actifs; les problèmes de fiscalité; les conditions de location à bail; le franchisage; les problèmes de propriété intellectuelle; les méthodes d'investissement étranger; la situation actuelle en ce qui concerne le marché des capitaux; les fusions et acquisitions; les méthodes de privatisation; les méthodes de financement; le rôle des prêteurs internationaux et nationaux; les transactions du type construction-exploitation-transfert (CET); les problèmes de risques de change et les mécanismes permettant de réduire ces risques; l'emploi de comptes de garantie bloqués extraterritoriaux; le contrôle des changes; le règlement des litiges; les garanties publiques; l'immunité de

l'Etat souverain et les autres types d'immunité; la formation et le transfert de savoir-faire financier.

D. Communautés européennes

47. La Commission des Communautés européennes a créé, avec la Communauté d'Etats indépendants, une équipe spéciale pour la réforme du droit afin d'aider les Etats indépendants à rédiger les principales lois régissant une économie de marché, à élaborer des programmes de formation pour le personnel des professions juridiques et à créer ou à renforcer les institutions chargées de l'application de la législation relative à l'économie de marché.

E. Chambre de commerce internationale

48. La Chambre de commerce internationale (CCI) a créé une équipe spéciale sur la privatisation dont le but est, d'après l'Annuaire 1992 de la Chambre de commerce, "d'accumuler des connaissances sur l'expérience acquise par les pays à l'occasion de la privatisation afin d'en faire profiter les membres, notamment les pays en développement et les pays d'Europe centrale et orientale".

CONCLUSION

49. Comme on l'a vu aux paragraphes 6 à 8 ci-dessus, dans certains Etats et en particulier dans les Etats en transition d'un système de propriété socialiste des moyens de production à un système de propriété privée, la mise en œuvre d'un programme de privatisation implique un important travail législatif dans un certain nombre de domaines du droit national. Si, dans certains cas, ce travail peut s'appuyer sur des traités internationaux et des lois types, dans d'autres les seuls modèles existants sont les lois adoptées par d'autres pays. Cependant, même quand il existe des textes juridiques internationaux, il arrive fréquemment que ces textes ne soient pas utilisés, et que ce soit des lois d'autres pays qui servent de modèle. Bien que certaines circonstances puissent expliquer ce choix (par exemple, l'existence de liens historiques ou d'échanges importants avec un pays, ou encore la tendance des experts fournissant l'assistance technique à utiliser les lois de leurs pays comme modèle), il serait dans de nombreux cas préférable pour l'Etat concerné d'adopter des textes harmonisés au niveau international. Ces textes tendent à être plus modernes et mieux adaptés aux besoins du commerce international que les législations nationales. Par ailleurs, l'adoption de lois harmonisées de préférence à des lois nationales facilite les échanges avec un plus grand nombre de pays. De plus, en adoptant un texte international, un Etat permet à ses partenaires commerciaux de comprendre plus facilement sa législation, ce qui rend d'autant moins nécessaire l'inclusion de clauses relatives au choix du droit applicable dans les contrats commerciaux et diminue le nombre de cas où les négociants nationaux doivent opérer dans le cadre d'une loi étrangère inconnue. Par conséquent, la Commission pourrait souhaiter demander aux Etats concernés de garder présents à l'esprit les avantages d'une législation harmonisée au niveau international, et demander aux organisations internationales fournissant une assistance technique d'aider les fonction-

naires compétents en matière législative à prendre en toute connaissance de cause leurs décisions quant à l'utilisation de textes juridiques harmonisés.

50. En ce qui concerne les lois de privatisation (voir ci-dessus par. 9 et 10), les besoins des Etats, ainsi que les problèmes à résoudre varient considérablement en fonction de facteurs tels que l'importance du programme de privatisation à exécuter, les politiques sociales et autres sous-tendant le processus de privatisation, ou l'existence de lois favorables à la propriété privée d'entreprises. La Commission pourrait souhaiter considérer que les travaux des organisations mentionnées aux paragraphes 36 à 48 ci-dessus

pour diffuser l'expertise acquise aux fins de la préparation de telles lois sont utiles et devraient être encouragés.

51. Pour ce qui est des questions juridiques liées aux contrats de privatisation (par. 11 à 35 ci-dessus), la Commission pourrait souhaiter considérer que le Secrétariat devrait continuer de suivre l'évolution des pratiques en la matière ainsi que la façon dont les organisations actives dans ce domaine abordent les problèmes qui apparaissent. Il ferait rapport à la Commission à une session future, et présenterait des suggestions, au cas où il semblerait que la Commission devrait elle-même entreprendre des travaux dans ces domaines.

V. COORDINATION DES TRAVAUX

**Activités actuelles des organisations internationales en ce qui concerne
l'harmonisation et l'unification du droit commercial international :
rapport du Secrétaire général
(A/CN.9/380) [Original : anglais]**

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-5
I. LES CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX EN GÉNÉRAL ..	6-18
A. Passation des marchés	6-8
1. CNUDCI	6
2. GATT	7
3. OCDE	8
B. Pratiques internationales en matière d'échanges compensés	9-10
1. CNUDCI	9
2. CEE	10
C. UNIDROIT : principes en matière de contrats commerciaux internationaux ..	11
D. CCI : Incoterms 1990	12
E. CCI : clause de réserve de propriété	13
F. Agents commerciaux et distributeurs	14-15
1. UNIDROIT : représentation dans la vente internationale de marchandises	14
2. CCI : agents commerciaux; contrats de distribution	15
G. UNIDROIT : contrats de franchisage	16
H. Sûretés	17-18
1. UNIDROIT : aspects internationaux des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre	17
2. BERD : Loi type sur les opérations assorties de sûretés	18
II. PRODUITS DE BASE	19-25
A. Fonds commun pour les produits de base	19
B. CNUCED : accords sur les produits de base	20
C. CNUCED : mandat de la Commission permanente des produits de base ..	21
D. CNUCED : mécanisme complémentaire de compensation des déficits de recettes d'exportation de produits de base	22
E. CNUCED : système généralisé de préférences commerciales (SGPC) ...	23-24
F. CNUCED : système généralisé de préférences (SGP)	25
III. INDUSTRIALISATION	26-35
A. CNUCED : coopération et intégration économiques entre pays en développement	26
B. ONUDI : normes internationales relatives aux produits	27
C. CNUCED : commerce de services	28
D. GUIDE ET DIRECTIVES	29-32
1. ONUDI : guide à l'intention des investisseurs	29
2. ONUDI : guide sur la sous-traitance industrielle	30
3. ONUDI : manuel sur la négociation des transferts de technologie ...	31
4. ONUDI : directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion d'arrangements contractuels de CET	32

	<i>Paragraphes</i>
E. COENTREPRISES	33-35
1. AALCC : coentreprises industrielles	33
2. CCI : coentreprises	34
3. CNUCED : coentreprises	35
IV. PRIVATISATION	36-38
A. AALCC	36
B. CEE	37
C. PNUD	38
V. TRANSFERT DE TECHNOLOGIE	39-40
A. CNUCED : projet de code international de conduite sur le transfert de technologie	39
B. CNUCED : politiques et instruments relatifs à la mise au point et au transfert de technologie	40
VI. DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE ET INTELLECTUELLE	41-56
A. UNESCO : droits d'auteur et droits voisins	41
B. OMPI : propriété intellectuelle, contrefaçon et classification des brevets	42-51
1. OMPI : le traité sur le droit des brevets	42-43
2. OMPI : révision de l'Arrangement de La Haye	44
3. OMPI : Arrangement de Madrid	45
4. OMPI : Harmonisation de la législation sur les marques	46
5. OMPI : protocole éventuel à la Convention de Berne et instrument envisagé sur la protection des droits des artistes-interprètes et exécutants et producteurs de phonogrammes	47
6. OMPI : Loi type sur la protection des producteurs d'enregistrements sonores	48
7. OMPI : enregistrement international des œuvres audiovisuelles	49
8. OMPI : règlement des litiges	50-51
C. Protection internationale des biens culturels	52-53
1. UNESCO	52
2. UNIDROIT	53
D. Vente internationale d'œuvres d'art	54-55
1. UNESCO	54
2. CCI	55
E. GATT : propriété intellectuelle	56
VII. PAIEMENTS INTERNATIONAUX	57-59
A. CNUDCI : Loi type sur les virements internationaux	57
B. Garanties et lettres de crédit	58-59
1. CCI : garanties et lettres de crédit	58
2. CNUDCI : garanties et lettres de crédit stand-by	59
VIII. TRANSPORT INTERNATIONAL	60-91
A. Transport par mer et questions connexes	60-84
1. CNUDCI : Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international	60
2. CNUCED : Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires (1986)	61
3. CNUCED : directives sur la Convention des Nations Unies relatives à un code de conduite des conférences maritimes	62
4. CNUCED/CNUDCI : étude des incidences économiques et commerciales de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg et de la Convention sur le transport multimodal	63
5. FIATA : étude sur les incidences des Règles de Hambourg sur les services de transitaires internationaux	64
6. CNUCED/CCI : règles pour les documents sur les transports multimodaux	65

	<i>Paragraphe</i>
7. FIATA : connaissance pour le transport combiné	66
8. CNUCED/OMI/CMI : privilèges et hypothèques maritimes	67
9. CNUCED : chartes-parties	68
10. CNUCED : avarie commune	69
11. CNUCED : assurance maritime/normes minimales applicables aux agents maritimes	70
12. CNUCED : harmonisation et modernisation de la législation maritime	71
13. OMI : Protocole de 1990 modifiant la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages	72
14. OMI : Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures	73
15. OMI : examen d'une éventuelle convention sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances dangereuses et nocives	74
16. OMI : révision de la Convention de 1969 sur la responsabilité civile et de la Convention de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation	75
17. CMI : transport de marchandises par mer	76
18. CMI : lettres de transport maritime	77
19. CMI : transfert électronique des droits sur les marchandises en transit	78
20. CMI : Règles d'York et d'Anvers de 1974	79
21. CMI : évaluation des dommages au milieu marin	80
22. CMI : engins mobiles offshore	81
23. CMI : responsabilité civile en droit maritime	82
24. CMI : agents maritimes	83
25. CMI : Règles d'interprétation des chartes-parties	84
B. Transport aérien	85
OACI	85
C. Transport terrestre et questions connexes	86-91
1. OTIF : Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF)	86
2. OTIF : règlement international concernant le transport des marchandises dangereuses par chemins de fer	87
3. Comité international des transports ferroviaires (CIT) : lettre de voiture électronique	88
4. Union internationale des transports routiers : contrat type entre les compagnies de transport automobile et les propriétaires d'hôtel	89
5. Union internationale des transports routiers : contrat de transport électronique	90
6. UNIDROIT : responsabilité civile en cas de dommages causés durant le transport de substances dangereuses par la route, par chemin de fer et par les voies navigables intérieures	91
IX. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL	92-96
A. CCJAA : centres régionaux d'arbitrage	92
B. CCI : arbitrage international	93
C. FIATA/Union internationale des transports routiers : règles d'arbitrage ..	94
D. Conseil international pour l'arbitrage commercial : publications et congrès	95
E. Association du droit international : règles de droit transnationales	96
X. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	97-104
A. Conférence de La Haye : loi applicable aux effets de commerce	97
B. Conférence de La Haye : études des pratiques contractuelles	98
C. Conférence de La Haye : loi applicable aux obligations contractuelles ..	99
D. Conférence de La Haye : droit applicable au transport multimodal	100
E. Conférence de La Haye : EDI	101
F. Conférence de La Haye : virements	102

	<i>Paragraphes</i>
G. Conférence de La Haye : conventions relatives à la procédure civile et à la coopération judiciaire et administrative internationale	103
H. Conférence de La Haye : nouveaux sujets	104
XI. FACILITATION DU COMMERCE	105-110
A. Procédures administratives concernant les marchandises et les documents	105-106
1. GATT : inspection avant expédition	105
2. CNUCED : inspection avant expédition	106
B. Échange de données informatisées	107-110
1. CNUDCI	107
2. CCI	108
3. CCD	109
4. CEE	110
XII. AUTRES QUESTIONS DE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL ...	111-119
A. Centre sur les sociétés transnationales : projet de code de conduite sur les sociétés transnationales	111
B. CNUCED : pratiques commerciales restrictives	112
C. UNIDROIT : contrat d'hôtellerie	113
D. CCJAA : groupe de recueil de données	114
E. Accord de Carthagène : libre-échange et tarifs	115
F. Association du droit international : réglementation des valeurs et autres questions	116
G. UNIDROIT : revue de droit uniforme	117
H. BANQUE MONDIALE	118-119
1. Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)	118
2. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)	119
XIII. FORMATION ET ASSISTANCE	120-140
A. CCJAA	120
B. CCD	121
C. CESAP	122
D. BANQUE MONDIALE	123
E. OACI	124
F. CCI	125
G. Conseil international pour l'arbitrage commercial	126
H. OTIF	127
I. SIECA	128
J. CNUDCI	129-131
K. CNUCED	132-133
L. UNESCO	134-135
M. ONUDI	136
N. UNIDROIT	137-138
O. OMPI	139-140

INTRODUCTION

1. L'Assemblée générale a, dans sa résolution 34/142 du 17 décembre 1979, prié le Secrétaire général de saisir la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, à chacune de ses sessions, d'un rapport sur

les activités juridiques des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, ainsi que de recommandations sur les mesures que devrait prendre la Commission pour s'acquitter de sa mission de coordination des activités des autres organisations dans ce domaine.

2. Comme suite à cette résolution, des rapports détaillés sur les activités des autres organisations en ce qui concerne l'harmonisation et l'unification du droit commercial international ont été établis à intervalles réguliers; le dernier a été soumis à la Commission à sa vingt-troisième session, en 1990 (A/CN.9/336). A la vingt-quatrième session de la Commission, le Secrétariat, du fait de la réaction décevante des organisations de développement et autres organisations à ses demandes de renseignements en ce qui concerne l'harmonisation et l'unification du droit international, a proposé de poursuivre ses recherches et de rendre compte de ses conclusions à la Commission à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/352). A sa vingt-cinquième session, la Commission a examiné un rapport spécial établi par le Secrétariat sur l'assistance fournie par des organisations multilatérales et des organismes d'aide bilatéraux pour la modernisation de la législation commerciale des pays en développement (A/CN.9/364).

3. Le présent rapport s'inscrit dans le cadre susmentionné et a été établi afin de mettre à jour et de compléter le rapport présenté à la vingt-troisième session de la Commission. Il a été rédigé à partir de données dont dispose le Secrétariat sur les activités des organisations internationales, à compter du 15 février 1990 et en général jusqu'à mars 1993. On pourra se procurer les documents qui y sont cités et solliciter un complément d'information directement auprès des organisations intéressées. Le Secrétariat apprécie à sa juste valeur la collaboration de toutes les organisations internationales et autres qui lui ont envoyé des informations sur leurs activités en cours relatives à l'harmonisation et à l'unification du droit commercial international.

4. Les activités de la CNUDCI concernant l'harmonisation et l'unification du droit commercial international sont brièvement évoquées dans le présent rapport par souci d'exhaustivité. Les travaux en cours de la CNUDCI sont résumés chaque année dans les rapports des sessions annuelles de la Commission. Ces rapports et les documents de base sont par la suite rassemblés dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*.

5. Le présent rapport décrit les travaux des organisations suivantes :

a) *Organismes des Nations Unies et institutions spécialisées*

- BIRD : Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale), paragraphes 118, 119.
- CEE : Commission économique pour l'Europe, paragraphes 10, 37, 110.
- CNUCED : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, paragraphes 20 à 26, 28, 39, 40, 61, 63, 65, 67 à 71, 106, 112, 132, 133.
- CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, paragraphes 6, 9, 57, 59, 63, 107, 129, 130, 131.

- CTC : Centre sur les sociétés transnationales, paragraphe 111.
- GATT : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, paragraphes 7, 56, 105.
- OACI : Organisation de l'aviation civile internationale, paragraphe 85.
- OMI : Organisation maritime internationale, paragraphes 67, 72 à 75.
- OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, paragraphes 42 à 51, 139, 140.
- ONUUDI : Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, paragraphes 27, 29 à 32, 136.
- PNUD : Programme des Nations Unies pour le développement, paragraphe 38.
- UNESCO : Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, paragraphes 41, 52, 54, 134, 135.

b) *Autres organisations intergouvernementales*

- AALCC : Comité consultatif juridique Afrique-Asie, paragraphes 33, 36, 92, 114, 120.
Accord de Cartagena, paragraphe 115.
- BERD : Banque européenne pour la reconstruction et le développement, paragraphe 18.
- CCD : Conseil de coopération douanière, paragraphes 109, 121.
- Conférence de la Haye : Conférence de La Haye de droit international privé, paragraphes 97 à 104.
- OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques, paragraphe 8.
- OTIF : Office des transports internationaux ferroviaires, paragraphes 86, 87.
- SIECA : Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana, paragraphe 128.
- UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé, paragraphes 14, 16, 17, 53, 91, 113, 117, 137, 138.

c) *Organisations internationales non gouvernementales*

- ADI : Association de droit international, paragraphes 96, 116.
- CCI : Chambre de commerce internationale, paragraphes 12, 13, 15, 34, 55, 58, 65, 93, 108, 125.
- CIAC : Conseil international pour l'arbitrage commercial, paragraphes 95, 126.
- CIT : Comité international des transports ferroviaires, paragraphe 88.

- CMI : Comité maritime international, paragraphes 67, 76 à 84.
Fonds commun pour les produits de base, paragraphe 19.
- FIATA : Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés, paragraphes 64, 66.
- IRU : Union internationale des transports routiers, paragraphes 89, 90.

I. LES CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX EN GÉNÉRAL

A. Passation des marchés

1. CNUDCI

6. A sa douzième session (8-19 octobre 1990), le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a examiné le deuxième projet de Loi type sur la passation des marchés (projets d'articles premier à 27, A/CN.9/WG.V/WP.28). A sa treizième session (15-26 juillet 1991), le Groupe de travail a examiné le deuxième projet de texte des articles 27 à 35 (A/CN.9/WG.V/WP.30) et le premier projet de texte des articles 36 à 42 (A/CN.9/WG.V/WP.27) concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice. A sa quatorzième session (2-13 décembre 1991), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 27 de la Loi type tels que révisés à la douzième session (A/CN.9/WG.V/WP.30), ainsi que les projets d'articles 28 à 41 (A/CN.9/WG.V/WP.33 et 34; l'article 42 avait été supprimé à la treizième session). A sa quinzième session (22 juin-2 juillet 1992), le Groupe de travail a examiné et adopté les projets d'articles premier à 41 de la Loi type. Il a également réaffirmé sa décision antérieure selon laquelle le Secrétariat devrait établir un commentaire pour guider le législateur national lors de l'incorporation de la Loi type dans le droit interne. En octobre 1992, une équipe de travail spéciale officieuse du Groupe de travail s'est réunie pour examiner le commentaire. Le Groupe de travail a également indiqué qu'une note analysant s'il serait souhaitable et faisable d'élaborer des dispositions uniformes pour régler les marchés de services serait établie par le Secrétariat et soumise à la Commission à sa vingt-sixième session (5-24 juillet 1993). La Loi type devait être examinée par la Commission, en vue de son adoption, à sa vingt-sixième session. Lors de cette session, la Commission devait être également saisie du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (A/CN.9/375), ainsi que d'une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine de la passation des marchés de services (A/CN.9/378/Add.1).

2. GATT

7. Au GATT, des négociations sont en cours, conformément à l'article IX:6 *b* de l'accord du GATT relatif aux marchés publics, afin d'élargir l'accord au-delà des autorités administratives centrales, aux autorités se situant à un niveau inférieur, telles que les autorités régionales et locales, ainsi que d'autres entités dont la politique de

passation des marchés est dans une large mesure influencée par les pouvoirs publics, notamment dans les domaines des télécommunications, de l'énergie, de la gestion des ressources en eau et des transports. Les négociations visent également à élargir le champ d'application de l'accord aux marchés de services, y compris aux marchés de services de construction. Enfin, elles ont pour objet d'améliorer le texte actuel de l'accord, par exemple en y incorporant un système de contestation qui permettrait aux fournisseurs intéressés d'invoquer des violations présumées du Code en vertu de la législation du pays de l'entité adjudicatrice. Le projet d'Acte final des négociations d'Uruguay sur le commerce multilatéral comporte un accord sur des procédures visant à faciliter l'adhésion à l'Accord relatif aux marchés publics.

3. OCDE

8. Dans le cadre du programme commun OCDE/CCEET (Centre pour la coopération avec les économies européennes en transition) et CEE/PHARE pour l'appui à l'amélioration de l'administration et de la gestion dans les pays d'Europe centrale et orientale, une assistance technique est fournie pour la réforme des systèmes de passation des marchés publics. Cette assistance vise à aider les Etats dont l'économie est en transition à incorporer les éléments clefs des systèmes des pays à économie de marché, notamment les mécanismes voulus en matière d'administration et de gestion et l'infrastructure juridique requise. Des séminaires et consultations techniques sont organisés, entre autres avec la participation du secrétariat de la CNUDCI, dont les travaux se fondent notamment sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés en cours d'élaboration à la Commission.

B. Pratiques internationales en matière d'échanges compensés

1. CNUDCI

9. A sa vingt-troisième session, en 1990, la Commission a examiné plusieurs projets de chapitres du Guide juridique pour l'élaboration des contrats internationaux d'échanges compensés (A/CN.9/332 et Add.1 à 7) et a décidé que le Secrétariat achèverait d'élaborer les projets des chapitres restants et les soumettrait au Groupe de travail des paiements internationaux. Ce dernier a examiné à sa vingt-troisième session, en septembre 1991, les projets des chapitres restants du guide juridique et les projets d'exemples de dispositions (A/CN.9/WG.IV/WP.51 et Add.1 à 7). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser les projets des chapitres du guide juridique et de les présenter à la Commission à sa vingt-cinquième session. A cette session, la Commission a examiné ces projets de chapitres (A/CN.9/362 et Add.1 à 17) et a adopté le guide juridique.

2. CEE

10. Le Groupe de travail des contrats internationaux en usage dans l'industrie, dépendant du Comité de la CEE pour le développement du commerce, a achevé et adopté à sa trente-cinquième session (novembre 1989) un Guide

relatif aux contrats internationaux de contre-achat (ECE/TRADE/169) et à sa trente-sixième session (juin 1990) un Guide sur les contrats internationaux d'achat en retour (ECE/TRADE/176).

C. UNIDROIT : principes en matière de contrats commerciaux internationaux

11. Le Groupe d'étude d'UNIDROIT sur la codification progressive du droit commercial international a poursuivi ses travaux sur les principes généraux applicables aux contrats commerciaux internationaux. Il s'est réuni deux fois en 1990 pour examiner les projets révisés de chapitre 4 (Interprétation), de chapitre 5 (Exécution), section 2 (Hardship) et de chapitre 6 (Inexécution), section 1 (Dispositions générales), section 2 (Exécution en nature) et section 3 (Résolution), ainsi que les rapports explicatifs pertinents. Le Groupe de travail s'est réuni une fois en 1991 pour examiner un projet révisé de chapitre 6 (Inexécution), section 4 (Dommages-intérêts et clauses d'exonération), ainsi que le rapport explicatif correspondant. Il s'est également réuni deux fois en 1992 pour examiner des projets de dispositions et commentaires relatifs au chapitre premier (Dispositions générales) et des commentaires faits par le Conseil de direction à ses 70^e et 71^e sessions sur le chapitre 5 (Exécution), section 1 (Exécution en général).

D. CCI : Incoterms 1990

12. Les *Incoterms 1990* constituent la nouvelle édition des définitions établies par la CCI de termes commerciaux tels que FOB, CIF et CFR, et sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 1990 (publication de la CCI n° 460). Cette nouvelle édition des Incoterms, la première depuis dix ans, clarifie les termes existants et les adapte aux besoins actuels. Un Guide sur les *Incoterms 1990* a également été publié (publication de la CCI n° 461). Le guide présente les changements par rapport à l'édition de 1980 et explique les Incoterms en détail.

E. CCI : clause de réserve de propriété

13. L'édition mise à jour et complétée du Guide sur la réserve de propriété devrait être publiée sous peu. Ce guide explique différentes pratiques, lois et réglementations nationales concernant la réserve de propriété. Il présente également des clauses types, notamment sur la vente à l'exportation, qui pourront constituer un outil pratique pour les exportateurs, les acheteurs, les banquiers, les juristes et toutes autres parties chargées de rédiger et d'interpréter des contrats de vente internationale.

F. Agents commerciaux et distributeurs

1. UNIDROIT : représentation dans la vente internationale de marchandises

14. Le secrétariat d'UNIDROIT a établi et diffusé auprès des gouvernements et organisations intéressées une étude

sur les relations internes entre représentés et intermédiaires dans la vente internationale de marchandises et, en annexe à cette étude, un avant-projet de convention sur les contrats de représentation en matière de vente internationale de marchandises. Il a également établi un document analysant les relations entre représentés et intermédiaires, afin de permettre au Conseil de direction de décider s'il fallait poursuivre les travaux dans ce domaine. A sa soixante-dixième session, en 1991, le Conseil de direction a déterminé qu'il n'était pas justifié de poursuivre les travaux sur cette question, car il était apparu que les pays de la CEE et de l'AELE ne seraient sans doute pas intéressés à participer à ces travaux tant que la directive de la CEE relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants n'aurait pas été pleinement mise en œuvre. En outre, il a été décidé que les travaux sur la question devraient être reportés dans l'attente de la mise en œuvre de la Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises.

2. CCI : agents commerciaux; contrats de distribution

15. La CCI a publié en 1991 un contrat type d'agence commerciale, qui se fonde sur les pratiques suivies dans le commerce international, ainsi que sur les principes généralement reconnus par les lois nationales relatives aux accords de représentation (publication de la CCI n° 496). Le Groupe de travail sur les contrats d'agence commerciale continue d'élaborer un projet de contrat type de distribution qui devrait être publié sous peu.

G. UNIDROIT : contrats de franchisage

16. A sa soixante-neuvième session, en 1990, le Conseil de direction a décidé que le Secrétariat continuerait de suivre l'évolution de cette question et l'a autorisé à coopérer avec l'Association internationale du barreau et d'autres organisations intéressées et à élaborer une liste de sujets à examiner. A sa soixante-dixième session, en 1991, le Conseil de direction a exprimé son soutien à un questionnaire établi par le Comité X de l'Association internationale du barreau, qui devait être diffusé afin d'obtenir des renseignements sur la législation et la pratique en matière de franchisage dans les différents pays et il a chargé le Secrétariat de soumettre les observations du Conseil de direction à l'Association internationale du barreau et d'élaborer pour la soixante et onzième session, en 1992, un document recensant les problèmes posés par le franchisage qui pourraient être résolus par des règles uniformes. A sa soixante et onzième session, le Conseil de direction a examiné ce document et a reporté sa décision définitive quant aux travaux futurs à sa soixante-douzième session, en 1993, car les réponses au questionnaire de l'Association internationale du barreau auraient alors été reçues et analysées par le Secrétariat dans un nouveau document, qui serait examiné par un sous-comité restreint du Conseil de direction avant la soixante-douzième session.

H. Sûretés

1. UNIDROIT : aspects internationaux des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre

17. A sa soixante-dixième session, en 1991, le Conseil de direction a examiné un document préliminaire analysant les réponses à un questionnaire diffusé auprès des gouvernements et organisations intéressées relatif à la question des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre et a autorisé le Secrétariat à réunir un groupe de travail exploratoire restreint, afin d'étudier s'il serait nécessaire et possible d'élaborer des règles internationales régissant certains aspects de ces sûretés. Le groupe de travail s'est réuni en mars 1992 et a conclu qu'un tel projet était non seulement utile, mais aussi réalisable, à condition que son domaine d'application soit limité. A sa soixante et onzième session, le Conseil de direction a examiné le rapport du groupe de travail et a décidé de constituer un comité d'étude sur les aspects internationaux des sûretés grevant le matériel déplacé d'un Etat dans un autre. La première réunion du comité d'étude devait avoir lieu en avril 1993. La deuxième réunion se tiendra en 1994.

2. BERD : Loi type sur les opérations assorties de sûretés

18. La BERD élabore actuellement une loi type sur les opérations assorties de sûretés, qui pourra être adoptée, telle quelle ou modifiée, dans les pays d'Europe centrale et orientale. Le projet devrait être disponible à l'automne de 1993. L'équipe de rédaction de la BERD est appuyée par un conseil consultatif international composé de 20 experts dans le domaine des opérations assorties de sûretés (on trouvera plus de détails sur les activités d'UNIDROIT et de la BERD en la matière dans le document A/CN.9/378/Add.3, par. 15, 16 et 19).

II. PRODUITS DE BASE

A. Fonds commun pour les produits de base

19. Le Fonds commun pour les produits de base, auparavant projet de la CNUCED, est maintenant directement administré par le Siège du Fonds à Amsterdam. Le Groupe international d'étude du plomb et du zinc a présenté au Fonds commun des propositions de projets relatives au transfert de technologie et à la promotion de la demande : galvanisation à chaud du zinc et moulage mécanique du zinc.

B. CNUCED : accords sur les produits de base

20. Les buts assignés aux accords et arrangements internationaux sur les produits de base varient selon les produits. Les principaux objectifs des accords comportant des dispositions économiques sont la stabilisation des prix et des recettes d'exportation, mais ces accords visent aussi souvent à promouvoir un développement à long terme. Les

accords qui ont pour fondement essentiel de promouvoir le développement prévoient des activités visant à faciliter l'accès aux marchés et à renforcer la sécurité des approvisionnements, à accroître la diversification et à accélérer l'industrialisation, à améliorer la compétitivité des produits nationaux vis-à-vis des produits de synthèse et de remplacement et à améliorer les systèmes de commercialisation et de distribution et de transport. Les accords internationaux sur les produits de base ont parfois d'autres objectifs, par exemple, la promotion de la consommation, la prévention du chômage ou du sous-emploi et l'atténuation de graves difficultés économiques. Tous donnent la priorité à la transparence et aux fonctions statistiques. Depuis le dernier rapport, plusieurs accords ou arrangements sur les produits de base ont été adoptés conformément aux objectifs énoncés par la CNUCED dans ses résolutions 93(IV) et 124(V) sur le Programme intégré pour les produits de base, ainsi qu'à l'Acte final de la septième session de la Conférence et à l'Engagement de Cartagena adopté lors de la huitième session de la Conférence.

C. CNUCED : Mandat de la Commission permanente des produits de base

21. Lors de la huitième session de la Conférence, qui s'est tenue à Cartagena (Colombie) en février 1992, il s'est dégagé un consensus sur le rôle que devrait jouer la CNUCED dans le domaine des produits de base. Le mandat de la Commission permanente des produits de base, adopté lors de la deuxième partie de la trente-huitième session du Conseil du commerce et du développement, décrit ce rôle en détail.

D. CNUCED : mécanisme complémentaire de compensation des déficits de recettes d'exportation de produits de base

22. Le Groupe intergouvernemental d'experts du financement compensatoire des déficits de recettes d'exportation, qui a achevé ses travaux à la reprise de sa deuxième session (10-18 avril 1989), a soumis son rapport au Conseil du commerce et du développement à sa seizième session extraordinaire (les 8, 9 et 16 mars 1990). Lors de cette session, le Conseil du commerce et du développement a adopté une décision (379 (S-XVI)), par laquelle il invitait les pays autres que les pays de la Communauté européenne et la Suisse à étudier, s'ils le jugeaient approprié, la possibilité d'introduire des mécanismes liés aux produits de base et a encouragé la promotion de la coopération dans le cadre de ces mécanismes. Il a également décidé que le problème des déficits de recettes d'exportation de produits de base dans les pays en développement imputables à l'instabilité du marché, ainsi que la question du financement compensatoire des déficits de recettes d'exportation devraient continuer d'être examinés par la CNUCED, dans le cadre de la Commission des produits de base, compte tenu des divers avis exprimés lors de la seizième session extraordinaire du Conseil, ainsi que des conclusions et recommandations du Groupe intergouvernemental d'experts. Le Conseil a en outre prié le Secrétaire général de la CNUCED de suivre l'évolution des différents mécanismes de financement compensatoire et d'en étudier les consé-

quences pour le développement des pays du tiers monde. Ce mandat est maintenant énoncé dans le document "Un nouveau partenariat pour le développement : l'engagement de Cartagena", adopté à la huitième session de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (rapport de la huitième session de la Conférence, TD/364, première partie, section A, par. 212), ainsi que dans le programme d'activité adopté à la trentehuitième session du Conseil du commerce et du développement et dans le programme de travail du Comité permanent sur les produits de base que le Comité a adopté lors de sa première session (19-23 octobre 1992). Ce mandat est axé sur l'analyse et l'examen des problèmes imputables aux déficits de recettes d'exportation des pays en développement, notamment les déficits liés aux produits de base.

E. CNUCED : Système généralisé de préférences commerciales (SGPC)

23. Le Système généralisé de préférences commerciales entre pays en développement (SGPC) constitue un cadre pour l'échange de concessions commerciales entre pays membres du Groupe des 77, ainsi qu'un instrument pour la promotion des échanges entre ces pays. L'Accord est entré en vigueur le 19 avril 1989 pour les 40 pays qui l'ont ratifié et sont devenus participants. L'échange de concessions tarifaires a porté sur environ 1 700 positions tarifaires et les participants ont convenu de multilatéraliser ces concessions entre eux. Des préférences tarifaires exclusives ont été offertes aux participants les moins avancés, conformément aux dispositions du SGPC relatives au traitement spécial et différencié à accorder aux pays les moins avancés. Depuis l'entrée en vigueur de l'Accord, le Comité des participants au SGPC fait office d'organe directeur de l'Accord. Des négociations importantes se sont tenues dans le cadre de l'Accord, mais les partenaires au SGPC ont estimé qu'il faudrait déployer davantage d'efforts pour développer le commerce préférentiel dans le cadre du SGPC et ont convenu de lancer une deuxième série de négociations sur le SGPC.

24. Durant la réunion ministérielle du SGPC, tenue à Téhéran le 21 novembre 1991, la Déclaration de Téhéran sur le lancement de la deuxième série de négociations sur le SGPC a été adoptée en vue de faciliter le processus d'adhésion à l'Accord et de promouvoir l'échange de concessions commerciales. La Déclaration de Téhéran prévoyait la mise en place d'un comité de négociations pour la deuxième série de négociations. Ce comité a tenu sa première session le 22 juillet 1992 et a adopté son plan pour la deuxième série de négociations sur le SGPC.

F. CNUCED : Système généralisé de préférences (SGP)

25. A sa dix-neuvième session, tenue du 18 au 22 mai 1992, le Comité spécial des préférences de la CNUCED a traité ouvertement, pour la première fois en vingt années d'application du SGP, de la question de la gradation ou de la différenciation. Il a été conclu que l'application du SGP aux pays bénéficiaires pouvait avoir des résultats arbitraires et restrictifs; le meilleur moyen d'éviter de tels résultats

peu souhaitables et souvent discriminatoires consistait à adopter des critères objectifs et rationnels, ce qui pourrait et devrait notamment avoir pour effet d'assurer une meilleure répartition des bénéfices entre les pays en développement et devrait ouvrir la voie à un élargissement de la gamme des produits visés, notamment à des produits exportés par les pays en développement. La crédibilité du SGP dans les pays accordant des préférences serait renforcée; une différenciation par pays et par produit était préférable à une exclusion complète d'un pays, car une telle décision de politique macro-économique pouvait poser des problèmes à l'échelon micro-économique pour le pays auquel étaient appliquées des mesures de gradation.

III. INDUSTRIALISATION

A. CNUCED : coopération et intégration économiques entre pays en développement

26. Le secrétariat de la CNUCED a établi une publication intitulée *Accords bilatéraux sur la coopération commerciale et économique conclus par des pays en développement*, qui reproduit le texte desdits accords, classés par sujet (UNCTAD/ST/ECDC/36, vol. I et II). Il a également établi un document intitulé "Les zones franches industrielles d'exportation de l'Afrique subsaharienne" (UNCTAD/ECDC/220), qui présente systématiquement les zones franches industrielles d'exportation dans neuf pays de l'Afrique subsaharienne, notamment leur statut juridique, leur organisation, leur fonctionnement et leurs objectifs.

B. ONUDI : normes internationales relatives aux produits

27. L'ONUDI a établi une étude sur les tendances des normes internationales relatives aux produits et sur leurs incidences pour les pays en développement ("International Product Standards : Trends and Issues", UNIDO/PPD.182, 7 janvier 1991).

C. CNUCED : commerce de services

28. Dans le cadre des réformes de structure décidées lors de la huitième session de la Conférence, une commission permanente doit examiner les difficultés auxquelles se heurtent notamment les pays en développement pour développer leurs exportations de services. L'objectif général des activités de la Commission relatives aux politiques nationales consiste à analyser et, le cas échéant, aider à élaborer des politiques nationales visant à renforcer les capacités de production et d'exportation et les capacités technologiques du secteur des services, compte tenu de son niveau de développement dans les différents pays, en vue de contribuer au développement du commerce mondial de services et, partant, de renforcer la participation des pays en développement à ce commerce. Le mandat conféré à la CNUCED en matière d'assistance technique a été considérablement renforcé lors de la huitième session de la Conférence. En vertu de ce nouveau mandat, le Secrétariat devrait s'attacher à aider les pays à déterminer quels sont les meilleurs moyens de tirer parti des possibilités offertes

par la libéralisation du commerce de services pour renforcer la compétitivité de leur secteur des services et participer davantage au commerce international de services.

D. Guides et directives

1. *ONUDI : guide à l'intention des investisseurs*

29. Depuis 1990, l'ONUDI a ajouté à ses publications dans ce domaine deux guides à l'intention des investisseurs traitant l'un de la République-Unie de Tanzanie, l'autre de la Hongrie.

2. *ONUDI : guides sur la sous-traitance industrielle*

30. Dans le cadre de ce programme, on a étudié les aspects juridiques, fiscaux et douaniers des opérations de sous-traitance industrielle dans la région arabe. Un guide est en cours d'établissement. Une enquête similaire est prévue pour l'Amérique latine. L'ONUDI a également examiné les nomenclatures et terminologies existantes et a recommandé l'utilisation de plusieurs d'entre elles qui, soit ont été conçues, soit sont appliquées par la Communauté européenne. On notera en particulier la nomenclature combinée relative à la nomenclature tarifaire et statistique et aux tarifs douaniers communs (Commission — Réglementation de la CE n° 2472/90 du 31 juillet 1990).

3. *ONUDI : Manuel sur la négociation des transferts de technologie*

31. Le Manuel sur la négociation des transferts de technologie, en cours d'élaboration à l'ONUDI, doit constituer un outil d'enseignement pour les stages sur la négociation du transfert de technologie et pour le développement des compétences des formateurs en la matière, et doit également constituer un outil pour les négociateurs eux-mêmes. Il traite de manière détaillée des différentes questions auxquelles doivent pouvoir répondre les décideurs et hauts fonctionnaires chargés de l'acquisition des techniques durant les diverses phases du processus de transfert de technologie. Il s'agit non seulement de questions liées directement à l'évaluation et à la négociation des contrats, mais aussi de questions touchant les options technologiques, le comportement des parties et le résultat des négociations.

4. *ONUDI : directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion d'arrangements contractuels de CET*

32. Les directives, en cours d'établissement, visent à donner aux utilisateurs potentiels du mécanisme CET (construction-exploitation-transfert) pour l'exécution des projets des informations sur les grands principes en la matière, notamment en ce qui concerne le cadre législatif, l'appel d'offres, les dispositions contractuelles essentielles, la répartition du risque entre les parties, le financement, l'assurance, la durée de la période d'exploitation et le transfert de la propriété. En outre, les directives ont pour objet de faire prendre conscience à toutes les parties de l'évolution de la structure des risques dans le cadre d'un mécanisme CET,

par rapport au cadre contractuel traditionnel de construction de grandes installations industrielles. Par conséquent, elles indiqueront les méthodes à employer pour faire face à ces nouveaux risques et établir une distinction entre les risques qui peuvent être atténués et ceux qui sont inévitables. Elles comprendront en outre des analyses de la structure contractuelle des mécanismes CET, du point de vue de toutes les parties intéressées (pour plus de détails, on se reportera aux paragraphes 2 à 5 du document A/CN.9/378).

E. Coentreprises

1. *AALCC : coentreprises industrielles*

33. Le secrétariat du Comité consultatif a établi une version préliminaire du Guide sur les aspects juridiques des coentreprises industrielles en Asie et en Afrique et l'a présentée à la session de Nairobi du Comité consultatif en février 1989. Par la suite, le Secrétariat a révisé et mis à jour la version préliminaire du Guide juridique et l'a présentée à la session du Caire, tenue en avril 1991. A cette session, le Comité consultatif a décidé d'adopter la version révisée du Guide. Toutefois, comme suite à la mise en place d'un Groupe de la collecte de données informatisées, on a recueilli de nouvelles informations sur les législations nationales relatives aux coentreprises, rendant ainsi nécessaire une nouvelle révision du Guide. Le Secrétariat met donc actuellement à jour ce guide.

2. *CCI : coentreprises*

34. Actuellement, la tâche du Groupe de travail sur les coentreprises de la Commission de la CCI sur la législation et les pratiques en matière de concurrence consiste à évaluer l'expérience de l'industrie en matière d'exemptions globales et à élaborer des recommandations visant à améliorer les règles de la concurrence.

3. *CNUCED : coentreprises*

35. Le secrétariat de la CNUCED a continué de travailler à une série de publications dont l'objet est de décrire et de rassembler les réglementations concernant les investissements étrangers dans les pays en développement. Un nouveau volume a été publié relatif à la réglementation des pays d'Amérique latine et des Caraïbes (UNCTAD/ECDC/220). Le secrétariat de la CNUCED a également continué d'entreprendre des études sur les aspects institutionnels et juridiques de la promotion des entreprises multilatérales et des coentreprises entre pays en développement, par exemple : "Entreprises multinationales andines : Résumé analytique" (UNCTAD/ECDC/222) et "Entreprises multilatérales arabes" (UNCTAD/ECDC/223).

IV. PRIVATISATION

A. *AALCC*

36. La privatisation a été inscrite au programme de travail du Comité consultatif comme suite à une recommandation du Sous-Comité du droit commercial lors de la session du Caire en avril 1991. Le Secrétariat étudie actuellement les

questions juridiques que pose la privatisation, en vue d'élaborer un guide sur les aspects juridiques de la privatisation en Asie et en Afrique. Un questionnaire établi par le Secrétariat a été distribué aux Etats membres. Une étude préliminaire a été soumise à la session de Kampala en février 1993.

B. CEE

37. Le Groupe de travail des contrats internationaux en usage dans l'industrie, dépendant du Comité de la CEE pour le développement du commerce, a établi un guide sur les aspects juridiques de la privatisation dans l'industrie. Ce guide a été publié en 1992 (ECE/TRADE/180). Un nouveau guide, intitulé "La privatisation et les investissements étrangers dans les pays d'Europe centrale et orientale : analyse comparée", a été établi (TRADE/W.5/R.9) et devait être publié au printemps de 1993. Le Groupe de travail devrait achever la rédaction d'un autre guide intitulé "Guide sur le financement des échanges Est-Ouest et de la privatisation en Europe centrale et orientale" pour la quarante-deuxième session du Comité, qui doit se tenir en décembre 1993.

C. PNUD

38. En 1991, un groupe d'experts de pays en développement travaillant sous les auspices du PNUD a élaboré les "Directives concernant la privatisation". Ces directives traitent de diverses questions se posant durant le processus de privatisation. Elles comportent également un chapitre sur l'assistance technique, décrivant les diverses possibilités offertes aux gouvernements en matière d'assistance technique dans le cadre de leurs programmes de privatisation (pour plus de détails sur les activités du Comité consultatif, de la CEE et du PNUD en la matière, on se reportera aux paragraphes 36 à 48 du document A/CN.9/378/Add.5).

V. TRANSFERT DE TECHNOLOGIE

A. CNUCED : projet de code international de conduite sur le transfert de technologie

39. En 1990, le secrétariat de la CNUCED a établi une étude relative à la pertinence des faits nouveaux dans le domaine de la technologie pour les négociations relatives au projet de code international de conduite sur le transfert de technologie (TD/CODE TOT/55). En 1990, 1991 et 1992, le Secrétaire général de la CNUCED a eu des consultations avec les gouvernements intéressés en vue de faciliter la conclusion d'un accord sur le Code. L'Assemblée générale, dans sa résolution 47/182, a invité le Secrétaire général de la CNUCED à poursuivre ses consultations avec les gouvernements sur la ligne à suivre en ce qui concerne le Code et à lui rendre compte, à sa quarante-huitième session, des résultats de ces consultations.

B. CNUCED : politiques et instruments relatifs à la mise au point et au transfert de technologie

40. Les politiques et instruments visant à promouvoir la mise au point et le transfert de technologie ont continué

d'être l'un des sujets des analyses comparées établies par la CNUCED sur le rôle des politiques, lois et règlements nationaux dans la promotion des investissements, des innovations technologiques et du transfert de technologie. A ce propos, on notera deux études concernant le Brésil (UNCTAD/ITP/TEC/15) et la République de Corée (UNCTAD/ITP/TEC/16). Pour ce qui est du rôle des systèmes de propriété intellectuelle pour la promotion de l'innovation technologique, trois études ont été établies : i) tendances historiques de la protection de la technologie dans les pays développés et incidences de ces tendances pour les pays en développement (UNCTAD/ITP/TEC/18); ii) monographie sur certaines entreprises suédoises (UNCTAD/ITP/TEC/13); iii) monographie sur la République-Unie de Tanzanie (UNCTAD/ITP/TEC/17). Dans le cadre de ses travaux relatifs aux aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle (TRIPS), le secrétariat de la CNUCED a passé en revue les initiatives internationales prises pour relever les normes de protection de la propriété intellectuelle et promouvoir leur application à l'échelle mondiale, dans le cadre des négociations sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle (TRIPS) lors des Négociations d'Uruguay sur le commerce multilatéral (voir par. 56 ci-dessous). Les problèmes soulevés durant ces négociations qui intéressent les pays en développement et les incidences possibles d'un accord relatif aux aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle sur le développement économique et technologique de ces pays sont traités dans le *Rapport sur le commerce et le développement, 1991* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.91.II.D.15) (UNCTAD/TDR/11).

VI. DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE ET INTELLECTUELLE

A. UNESCO : droits d'auteur et droits voisins

41. Durant la période 1990-1992, l'UNESCO s'est attachée, dans le domaine des droits d'auteur et de ce qu'on appelle les "droits voisins", à promouvoir l'adhésion de ses Etats membres aux conventions internationales en la matière; à encourager ses Etats membres à adopter des mesures juridiques conformes à certaines recommandations internationales adoptées par la Conférence générale de l'UNESCO, notamment en ce qui concerne la protection des traducteurs et des traductions, le statut de l'artiste et la préservation du folklore; à introduire un enseignement sur les droits d'auteur et droits voisins (sur la base du programme élaboré par l'UNESCO) au moins dans les principales universités des Etats membres de l'UNESCO; à former le personnel, les juges et les magistrats qui jouent un rôle clef dans l'application des lois; et à créer une base de données sur les instruments internationaux, la législation nationale et la jurisprudence, et à établir une bibliographie dans ce domaine qui devrait être publiée en 1994-1995 sur disques CD-ROM. Le secrétariat de l'UNESCO a organisé un certain nombre de séminaires (voir par. 135 et 136 ci-après). Il a établi une étude sur les moyens de lutter contre le piratage, étude qui sera soumise au Comité intergouvernemental sur les droits d'auteur en juin 1993. Certains articles sur la question ont été publiés dans le *Bulletin de l'UNESCO sur les droits d'auteur* en 1992.

B. OMPI : propriété intellectuelle, contrefaçon et classification des brevets

1. OMPI : Le Traité sur le droit des brevets

42. Il s'agit du nom provisoire, utilisé depuis 1989, du nouveau traité qui pourrait être adopté et qui était intitulé auparavant "Traité sur l'harmonisation du droit des brevets". Les travaux préparatoires ont commencé en 1983. Les projets successifs, élaborés par le Bureau international, ont été examinés lors de 11 réunions de comités d'experts. Ces projets portaient sur divers sujets, notamment la détermination de la date de dépôt d'une demande de brevet, le délai de grâce (concernant la divulgation au public de l'invention sans supprimer le caractère novateur requis pour le dépôt du brevet), la marche à suivre pour décrire et revendiquer une invention, des droits exclusifs du propriétaire d'un brevet, la non-exclusion de certains types d'invention du système des brevets, la durée d'un brevet, l'interdiction des objections avant l'octroi d'un brevet et l'octroi du droit à brevet, lorsque deux inventeurs ont fait la même invention, à celui qui a été le premier à déposer une demande de brevet plutôt qu'à celui qui a été le premier à faire l'invention.

43. La Conférence diplomatique qui devrait, en dernier ressort, adopter le Traité, s'est réunie (dans le cadre de ce que l'on a appelé la première partie d'une conférence en deux parties) à La Haye, en juin 1991. C'est pour deux raisons qu'il a été décidé de ne pas achever la tâche à La Haye : premièrement, les Négociations d'Uruguay, englobant de nombreuses questions inscrites à l'ordre du jour de la Conférence diplomatique, n'étaient pas achevées; deuxièmement, la délégation des Etats-Unis d'Amérique n'avait pas encore achevé ses consultations avec les milieux intéressés de son pays. La question de la date à laquelle reprendra la Conférence diplomatique sera examinée par les organes directeurs de l'OMPI en septembre 1993.

2. OMPI : révision de l'Arrangement de La Haye

44. Un Comité d'experts a tenu sa première session en avril 1991 afin de recommander des solutions, y compris la révision possible de l'Arrangement de La Haye (dépôt international de dessins et modèles industriels) ou la mise en place d'un nouveau système, afin tant de promouvoir l'utilisation du système de La Haye de dépôt international que de permettre à davantage d'Etats d'adhérer à l'Accord de La Haye. Lors de ses deuxième et troisième sessions, tenues en avril 1992 et avril 1993, le Comité d'experts a examiné un projet d'Arrangement sur le dépôt international de dessins et modèles industriels, élaboré par le Bureau international, qui a pour objet d'améliorer le système de La Haye et d'encourager de nouveaux Etats à adhérer à l'Arrangement.

3. OMPI : Arrangement de Madrid

45. Comme le Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, adopté à Madrid le 27 juin 1989, n'est pas encore entré en vigueur, un groupe de travail a été constitué par l'OMPI afin

de réviser les règlements d'application dudit Protocole. Le Groupe de travail sur l'application du Protocole de Madrid de 1989 a tenu cinq sessions (en mars et novembre 1990, mai et novembre 1991 et octobre 1992), afin d'élaborer de nouveaux règlements qui seraient applicables à la fois dans le cadre de l'Arrangement de Madrid et du Protocole de Madrid, une fois que ce dernier serait entré en vigueur.

4. OMPI : Harmonisation de la législation sur les marques

46. Le Comité d'experts sur l'harmonisation des lois pour la protection des marques a tenu quatre sessions en 1991 et 1992 et sa cinquième session en juin 1993. Il a examiné un projet de traité sur la simplification des procédures administratives relatives aux marques, établi par le Bureau international.

5. OMPI : Protocole éventuel à la Convention de Berne et instrument envisagé sur la protection des droits des artistes-interprètes et exécutants et producteurs de phonogrammes

47. Trois sessions du Comité d'experts sur un protocole éventuel à la Convention de Berne ont été organisées (novembre 1991, février 1992 et juin 1993). Le Comité examine les questions liées à la protection des droits des auteurs de programmes informatiques et de bases de données, aux droits de location, aux licences obligatoires pour l'enregistrement sonore d'œuvres musicales pour les émissions et communications par satellite, aux droits de distribution, y compris les droits d'importation, à la durée de la protection des œuvres photographiques, aux communications publiques par satellite, à l'application des droits et aux régimes nationaux. Un Comité d'experts sur un instrument éventuel relatif à la protection des droits des artistes-interprètes et exécutants et producteurs de phonogrammes s'est réuni en juin 1993 pour examiner des questions liées à la protection internationale des droits des artistes-interprètes et exécutants et producteurs de phonogrammes.

6. OMPI : Loi type sur la protection des producteurs d'enregistrements sonores

48. En juin 1992, le Comité d'experts sur une Loi type de l'OMPI concernant la protection des droits de propriété intellectuelle des producteurs d'enregistrements sonores a examiné à sa première session un projet de loi type établi par le Bureau international. Le Comité a recommandé que la Loi type englobe également les droits des artistes-interprètes. Cette recommandation a été approuvée en septembre 1992 par l'Assemblée de l'Union de Berne. Une deuxième session du Comité d'experts devrait se tenir en novembre 1993.

7. OMPI : Enregistrement international des œuvres audiovisuelles

49. Le Traité sur l'enregistrement international des œuvres audiovisuelles, adopté à Genève le 18 avril 1989,

est entré en vigueur le 27 février 1991. Huit Etats étaient parties au traité au 15 juin 1993 (Argentine, Autriche, Brésil, Burkina Faso, France, Mexique, République tchèque et Slovaquie). Le Traité établit, sous les auspices de l'OMPI, un registre international des œuvres audiovisuelles. Les nationaux d'un Etat contractant, ou d'un Etat ayant payé les honoraires prescrits, peuvent faire incorporer dans le registre international des déclarations concernant des œuvres audiovisuelles et les droits y afférents. Toute déclaration ainsi portée au registre doit être considérée comme exacte, sauf preuve contraire. Le Traité établit ainsi une présomption de preuve quant à la véracité des déclarations figurant au registre international. Le registre est une unité administrative du Bureau international de l'OMPI. Il a commencé à recevoir des demandes d'inscription le 1^{er} septembre 1991.

8. OMPI : règlement des litiges

50. En 1990, un Comité d'experts de l'OMPI a commencé d'élaborer un projet de traité sur le règlement des différends entre Etats en matière de propriété intellectuelle. Il s'est réuni cinq fois en 1990, 1991, 1992 et 1993. Le projet de traité prévoit des consultations directes entre les parties à un différend et la soumission du litige à un jury. La soumission optionnelle du différend aux bons offices, à la conciliation et à la médiation ou à l'arbitrage est également prévue. Une sixième session du Comité d'experts devrait avoir lieu en mars 1994, ainsi qu'une réunion préparatoire en vue d'une conférence diplomatique, dont la date n'a pas encore été fixée. Lors de la réunion préparatoire, les participants détermineront les Etats et organisations à inviter à la conférence diplomatique, l'ordre du jour provisoire et le règlement intérieur provisoire.

51. Le Bureau international a continué d'étudier la possibilité de fournir des services d'arbitrage et de médiation pour le règlement des litiges de propriété intellectuelle entre personnes privées. Trois réunions du Groupe de travail des organisations non gouvernementales ont été organisées (en mai et novembre 1992 et en juin 1993). Lors de ces réunions, on a étudié s'il serait souhaitable que l'OMPI fournisse de tels services et on a examiné quels types de services pourraient être offerts. L'arbitrage, l'arbitrage simplifié et la médiation figuraient parmi les procédures qui ont été examinées. Le Bureau international a rédigé un memorandum énonçant des projets de règles relatifs à chacune de ces procédures.

C. Protection internationale des biens culturels

1. UNESCO

52. La Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicite des biens culturels, adoptée en 1970, prévoit une coopération en vue de faire obstacle au commerce des biens culturels volés et exportés illégalement. Dans le cadre de cette convention, l'UNESCO a aidé les Etats à rédiger des lois visant à contrôler l'importation et l'exportation de biens culturels conformément à la Convention, a apporté son concours à la rédaction d'un traité

bilatéral type sur la question, a pris des mesures pour coordonner les bases de données sur les biens culturels volés et a diffusé des notes sur les biens culturels volés. Comme suite à un rapport établi sur la demande de l'UNESCO en 1983, l'UNESCO a prié UNIDROIT de rédiger un texte traitant de certaines des questions de droit privé non résolues dans la Convention de 1970.

2. UNIDROIT

53. Un comité d'étude a élaboré un avant-projet de convention sur les biens culturels volés ou illicitement exportés. Les dispositions les plus importantes de ce texte prévoient que tout objet corporel volé revêtant une importance culturelle, notamment artistique, historique, spirituelle, ou rituelle, qu'il soit entre les mains de personnes privées ou d'entités publiques, qu'il provienne d'une collection ou qu'il soit isolé, qu'il ait été ou non inventorié, doit être restitué. Le texte a été examiné par le Conseil de direction d'UNIDROIT à sa soixante-neuvième session en avril 1990. Le Conseil de direction a fait sien le projet approuvé par le comité d'étude sur la protection internationale des biens culturels, projet qui devrait servir de base à ses travaux futurs. Il a également décidé que le Secrétariat communiquerait le projet de convention aux gouvernements et aux organisations intéressées et a autorisé le Secrétariat à organiser une première session d'un comité d'experts gouvernementaux. Le Comité a tenu trois sessions en mai 1991, janvier 1992 et novembre 1992. Durant la première session, il a effectué deux lectures du texte du projet de convention. Durant la deuxième session, le projet le plus récent de proposition de directive du Conseil de la Communauté européenne relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre a également été présenté. A sa troisième session, le Comité a examiné un projet révisé établi par le Secrétariat. La date de la conférence diplomatique pour l'adoption de la future convention, qui devrait très probablement se tenir durant la deuxième moitié de la période triennale 1993-1995, dépendra dans une large mesure de la nécessité ou non d'organiser une nouvelle session du Comité.

D. Vente internationale d'œuvres d'art

1. UNESCO

54. A la demande d'un comité de l'UNESCO pour la promotion du transfert des biens culturels dans leur pays d'origine ou leur restitution en cas d'appropriation illicite, on s'attache actuellement à élaborer un code de déontologie pour les négociants des biens culturels.

2. CCI

55. La CCI a publié les volumes II et III de sa publication sur les ventes internationales d'œuvres d'art. Le volume II examine les restrictions juridiques et donne des conseils

juridiques aux négociants sur l'achat ou la vente d'œuvres d'art à l'étranger. Les législations fiscales, ainsi que les conditions d'exportation et d'importation, sont également décrites dans des tableaux. Le volume III décrit la manière dont une collection d'œuvres d'art peut être déplacée d'un pays de la Communauté européenne à un autre. Il examine également les aspects juridiques et commerciaux du marché international des œuvres d'art et présente un certain nombre de rapports nationaux décrivant la situation dans plusieurs pays. Le volume IV devrait être publié en 1993.

E. GATT : propriété intellectuelle

56. Dans le cadre des Négociations d'Uruguay, un projet d'Acte final a été publié en décembre 1991. Ce document, qui englobe 27 accords découlant des négociations commerciales multilatérales, est toujours examiné par les gouvernements. Le projet d'Acte final prévoit la création d'une Organisation commerciale multilatérale, qui constituera le cadre juridique de tous ces accords et mettra sur pied un système unifié de règlement des litiges entre gouvernements. Un des textes figurant dans l'Acte final est l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle, y compris sur le commerce de contrefaçons. Cet accord comporte cinq éléments principaux. Premièrement, il énonce certaines obligations générales, dont la plus importante est l'obligation qu'ont les pays de ne pas accorder aux étrangers un traitement moins favorable que celui qu'ils accordent à leurs propres ressortissants (traitement national). Deuxièmement, il énonce les normes minimales auxquelles les pays doivent se conformer pour un certain nombre de catégories de biens intellectuels. Troisièmement, l'Accord oblige les pays à prévoir des mécanismes efficaces permettant aux détenteurs légitimes de faire valoir leurs droits et il décrit de manière relativement détaillée les procédures et recours dont peuvent se prévaloir les détenteurs légitimes. Quatrièmement, pour ce qui est des litiges se produisant entre Etats membres, on pourra recourir au système unifié de règlement des litiges qui sera mis en place dans le cadre de l'Organisation commerciale multilatérale. Cinquièmement, l'Accord prévoit des arrangements transitoires aux termes desquels les pays en développement pourront disposer de plus de temps que les pays développés pour rendre leurs lois nationales conformes à l'Accord.

VII. PAIEMENTS INTERNATIONAUX

A. CNUDCI : Loi type sur les virements internationaux

57. La Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux a été adoptée le 15 mai 1992. Elle a pour objet d'aider les législateurs à élaborer une législation améliorée et harmonisée à l'échelon international sur les virements internationaux. Elle comporte quatre chapitres. Le chapitre premier détermine le champ d'application et définit les termes clefs. Le chapitre II traite des obligations de l'expéditeur d'un ordre de paiement, du moment où le

paiement par l'expéditeur d'un ordre de paiement à la banque réceptrice est réputé se produire, de l'acceptation ou du rejet d'un ordre de paiement, des obligations de la banque réceptrice, des obligations de la banque du bénéficiaire, du délai d'exécution d'un ordre de paiement et de la révocation de l'ordre. Le chapitre III traite des conséquences des incidents, erreurs ou retards dans les virements, y compris la question de la responsabilité des banques et des limites de cette responsabilité. Le chapitre IV traite de l'achèvement du virement.

B. Garanties et lettres de crédit

1. CCI : garanties et lettres de crédit

58. La CCI a publié les *Règles uniformes relatives aux garanties sur demande* (publication de la CCI n° 458). La Commission de la CCI de technique et pratiques bancaires a constitué un groupe de travail chargé d'envisager une révision des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (UCP 400). Elle a distribué un projet d'UCP 500 (document de la CCI n° 470-37/104). Le groupe de travail s'est réuni le 9 août, et les 19 et 20 novembre 1992 pour examiner les observations des différents comités nationaux sur les projets d'articles des UCP 500. Une version définitive mise à jour devait être soumise à la Commission bancaire pour approbation à sa réunion du 10 mai 1993. On estime que, si elles sont approuvées par la Commission bancaire et par le Conseil exécutif de la CCI, les UCP 500 entreront en vigueur au 1^{er} janvier 1994. La FIATA contribue également à la révision des UCP 400.

2. CNUDCI : garanties et lettres de crédit stand-by

59. A sa quatorzième session, tenue du 3 au 14 septembre 1990, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a examiné les projets d'articles premier à 7 de la loi uniforme établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67) et a examiné les questions traitées dans la note du Secrétariat relatives à la modification, au transfert, à l'expiration et aux obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). A sa quinzième session, du 13 au 24 mai 1991, le Groupe de travail a examiné certaines questions laissées en suspens liées aux obligations du garant et, sur la base de notes du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.70 et 71), la fraude et les autres motifs de non-paiement et les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires, ainsi que les conflits de lois et la juridiction compétente. A sa seizième session, du 4 au 15 novembre 1991, le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 14 à 27 de la loi uniforme (A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1) et a prié le Secrétariat de réviser les projets d'articles de la loi uniforme, compte tenu des délibérations et décisions du Groupe de travail (A/CN.9/361). A sa dix-huitième session, du 30 novembre au 11 décembre 1992, le Groupe de travail a examiné les articles premier à 8 (A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1) et a prié le Secrétariat de réviser ces articles et de les lui soumettre après achèvement de l'examen des articles restants, qui reprendrait à la dix-neuvième session (24 mai au 4 juin 1993).

VIII. TRANSPORT INTERNATIONAL

A. Transport par mer et questions connexes

1. *CNUDCI : Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international*

60. Comme suite à la résolution A/44/33 de l'Assemblée générale en date du 4 décembre 1989, une conférence diplomatique s'est tenue à Vienne du 2 au 19 avril 1991 pour envisager l'adoption du projet de convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport. La Convention a été adoptée le 17 avril 1991 et ouverte à la signature deux jours plus tard. Elle est restée ouverte à la signature jusqu'au 30 avril 1992. A cette date, cinq pays l'avaient signée en tant qu'Etats contractants. Pour que la Convention prenne effet, cinq Etats doivent la ratifier, l'accepter ou l'approuver. Les instruments de ratification ou d'adhésion doivent être déposés auprès du Secrétaire général au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York. La Convention établit un régime juridique uniforme de la responsabilité des exploitants de terminaux de transport pour les pertes, les dommages et les retards pouvant affecter les marchandises. L'applicabilité de la Convention est déterminée sur la base des services relatifs au transport exécutés par des entreprises telles que celles d'arrimage ou de débardage, quel que soit le nom de l'entreprise. La responsabilité de l'exploitant, selon la Convention, repose sur le principe de la faute présumée ou de la négligence (pour les documents officiels de la Conférence, voir publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.XI.3).

2. *CNUCED : Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires (1986)*

61. La Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires a été signée par 16 pays. Au 31 décembre 1992, huit pays étaient devenus parties à la Convention.

3. *CNUCED : directives sur la Convention des Nations Unies relative à un code de conduite des conférences maritimes*

62. La reprise de la session de la Conférence de révision de la Convention des Nations Unies relative à un code de conduite des conférences maritimes a eu lieu du 21 mai au 7 juin 1991 et la Conférence a adopté une résolution (TD Code : 2/13 — Res.II) qui définit un certain nombre de directives relatives au fonctionnement et à l'application de la Convention. Les directives traitent de questions telles que la participation des exploitants de conteneurs aux conférences, l'application de la Convention au parcours maritime international des services de transport multimodal, les opérations de transbordement, la participation des chargeurs ou organisations de chargeurs nationaux aux mécanismes de consultation, et les mesures nécessaires pour assurer l'application de la Convention. La résolution II invite toutes les parties, y compris les autorités nationales se trouvant aux deux bouts des activités commerciales

auxquelles le code s'applique, à tenir des consultations afin de trouver des solutions mutuellement acceptables aux problèmes relatifs au fonctionnement et à l'application de la Convention.

4. *CNUCED/CNUDCI : étude des incidences économiques et commerciales de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg et de la Convention sur le transport multimodal*

63. Une étude conjointe CNUDCI/CNUCED, combinant les première et deuxième parties du document TD/B/C.4/315, a été publiée en 1991 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.91.II.D.8). La première partie fait l'historique des Règles de Hambourg, examine les incidences économiques et commerciales de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg (1^{er} novembre 1992) et contient un commentaire article par article des Règles de Hambourg. La deuxième partie donne des informations concernant la Convention sur le transport multimodal.

5. *FIATA : étude sur les incidences des Règles de Hambourg sur les services de transitaires internationaux*

64. Une équipe spéciale de la FIATA a réalisé en février 1993 une étude sur les incidences de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg sur la Convention sur les services de transitaires internationaux. Les résultats de cette étude devraient être présentés à la session de la FIATA en avril 1993.

6. *CNUCED/CCI : Règles pour les documents sur les transports multimodaux*

65. En attendant l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies de 1980 sur le transport multimodal international de marchandises et en application de la résolution 60(XII) de l'ancienne Commission des transports maritimes de la CNUCED, le secrétariat de la CNUCED et la CCI ont établi conjointement un ensemble de Règles pour les documents sur les transports multimodaux, règles qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1992. Les Règles ont adopté le principe de la responsabilité du réseau. L'entrepreneur de transport multimodal et l'expéditeur peuvent invoquer les règles de responsabilité obligatoire des conventions internationales et du droit interne qui auraient été applicables si un contrat distinct et direct avait été conclu pour l'étape du transport où la perte ou le dommage se sont produits. Le fondement général de la responsabilité est indiqué dans la Règle 5.1 : il s'agit de la responsabilité pour "faute ou négligence". L'entrepreneur de transport multimodal est aussi responsable des actes ou omissions de ses agents ou mandataires ou de toute autre personne dont il utilise les services pour exécuter le contrat (Règle 4.2).

7. *FIATA : connaissance pour le transport combiné*

66. Après l'entrée en vigueur des Règles de la CNUCED/CCI pour les documents sur les transports multimodaux, la

FIATA a commencé à réviser son connaissance sur la base des Règles uniformes de la CCI pour un document de transport combiné (publication n° 298 de la CCI). La révision du connaissance de la FIATA sur la base des nouvelles Règles de la CNUCED/CCI est pratiquement achevée et, s'il est approuvé par la CCI, le nouveau connaissance de la FIATA, qui s'appellera "connaissance de la FIATA pour le transport multimodal", devrait être introduit en juillet 1993.

8. CNUCED/OMI/CMI : privilèges et hypothèques maritimes

67. Comme suite à la résolution 46/213 de l'Assemblée générale, une conférence de plénipotentiaires doit se réunir du 19 avril au 7 mai 1993 à Genève sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies et de l'Organisation maritime internationale pour examiner et adopter une convention sur les privilèges et hypothèques maritimes. Le projet de convention sur les privilèges et hypothèques maritimes (LEG/MLM/27-JIGE(VI)8) a été établi par le Groupe intergouvernemental commun d'experts de la CNUCED et de l'OMI au cours des six sessions qu'il a tenues entre 1986 et 1989. Le Groupe commun d'experts a pris pour base de ses travaux le projet adopté par la Conférence du CMI tenue à Lisbonne en 1985. Le CMI a beaucoup aidé le Groupe commun d'experts dans ses travaux sur le projet de convention. Les objectifs du projet de convention sont les suivants : i) offrir un cadre juridique généralement acceptable pour la reconnaissance et l'exécution des privilèges et hypothèques maritimes et promouvoir ainsi l'uniformité sur le plan international, et ii) renforcer la position internationale des créanciers hypothécaires et bailleurs de fonds des propriétaires et acheteurs de navire et améliorer par là les conditions de financement des transports maritimes sur le plan international. La nouvelle convention remplacerait les Conventions de 1926 et de 1967 pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes.

9. CNUCED : chartes-parties

68. La douzième session du Groupe de travail de la réglementation internationale des transports maritimes de la CNUCED s'est tenue en octobre 1990 et a examiné la question des chartes-parties. Le Groupe de travail était saisi du rapport du Secrétariat intitulé "Les chartes-parties : analyse comparée" (TD/B/C.4/ISL/55). Le rapport mettait l'accent sur certains problèmes et différends concernant : l'utilisation de formules périmées; l'interprétation de leur texte; l'application de différents régimes de responsabilité à la charte-partie et aux connaissements, ainsi que les problèmes causés par l'incorporation contractuelle de Règles de La Haye-Visby dans la charte-partie au moyen d'une clause paramount.

10. CNUCED : avarie commune

69. La treizième session du Groupe de travail de la réglementation internationale des transports maritimes de la CNUCED s'est tenue en novembre 1991 pour examiner la

question de l'avarie commune. Le rapport établi par le secrétariat de la CNUCED (avarie commune — examen préliminaire (TD/B/C.4/ISL/58)) examinait notamment les arguments pour et contre le système d'avarie commune. Il concluait qu'étant donné les nombreuses demandes tendant à supprimer le système, demandes qui remontaient à 1877, il paraissait prématuré d'examiner les questions de réforme avant que les problèmes techniques n'aient été examinés de manière approfondie par les compagnies d'assurance intéressées. Le Groupe de travail a décidé de prier le Secrétariat, agissant en étroite coopération avec le CMI, de se mettre en rapport avec les compagnies d'assurance et autres organisations intéressées afin d'étudier dans quelle mesure les arrangements d'assurance pourraient simplifier le fonctionnement du système d'avarie commune. Des recherches sont actuellement faites en vue d'établir le rapport demandé.

11. CNUCED : assurance maritime/normes minimales applicables aux agents maritimes

70. Les Clauses modèles de la CNUCED sur l'assurance maritime sur corps et sur marchandises et les Normes minimales de la CNUCED applicables aux agents maritimes font l'objet d'une promotion grâce à des séminaires et à des projets d'assistance technique.

12. CNUCED : harmonisation et modernisation de la législation maritime

71. Le Secrétariat est en train de mettre à jour et d'harmoniser la législation maritime de divers pays au niveau régional (Etats membres de la MINCONMAR — Etats de l'Afrique de l'Ouest et du centre — et pays d'Amérique centrale) et au niveau national (Ethiopie) afin de fournir un cadre juridique pour des transports maritimes plus efficaces. La formation de ressortissants de ces Etats fait partie intégrante des projets.

13. OMI : Protocole de 1990 modifiant la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages

72. Le Protocole de 1990 modifiant la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages a été adopté à une conférence diplomatique tenue à Londres du 26 au 30 mars 1990 (LEG/CONF.8/10). Au 2 décembre 1992, un Etat avait adhéré au Protocole.

14. OMI : Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures

73. La Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures a été adoptée à une conférence diplomatique tenue à Londres du 19 au 30 novembre 1990 (OPPR/CONF/25). La Convention vise à mettre les Etats mieux à même de faire face aux situations d'urgence

provoquées soudainement par la pollution. Bien que la Convention ne soit pas encore entrée en vigueur, certaines dispositions adoptées par la conférence diplomatique ont servi de base à la riposte de l'OMI devant la pollution massive par les hydrocarbures dans le golfe Persique. Au 2 décembre 1992, la Convention avait été ratifiée par six Etats.

15. OMI : examen d'une éventuelle convention sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances dangereuses et nocives

74. En 1990, le Conseil et l'Assemblée de l'OMI ont accordé la plus haute priorité à l'examen d'un projet de convention sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances dangereuses et nocives. Cette convention a pour objet de créer un régime international de responsabilité fondé sur le principe de la responsabilité objective et destiné à indemniser adéquatement les victimes de dommages liés au transport par mer de substances dangereuses et nocives. Les dommages couverts par la convention comprendraient le décès et les préjudices corporels, la perte de biens ou les dommages aux biens ainsi que la perte ou les dommages causés par la contamination du milieu marin. Le projet de convention (LEG.67/3) règle les principaux aspects d'un premier degré d'indemnisation fondé sur la responsabilité du propriétaire du navire et d'un deuxième degré régissant l'établissement et le fonctionnement d'un plan international auquel contribueraient les chargeurs intéressés. On espère qu'un projet de convention définitif sera soumis à l'examen d'une conférence diplomatique au cours de l'exercice biennal 1994-1995.

16. OMI : révision de la Convention de 1969 sur la responsabilité civile et de la Convention de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation

75. En 1984, deux protocoles ont été adoptés sous les auspices de l'OMI pour réviser la Convention de 1969 sur la responsabilité civile et la Convention de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation, en vue surtout d'augmenter les indemnités versées aux victimes des dommages dus à la pollution. Le secrétariat de l'OMI estime qu'il n'y a aucune perspective d'entrée en vigueur de ces protocoles. Etant donné que les gouvernements appuient fermement le régime d'indemnisation fondé sur les deux conventions et afin d'assurer la fiabilité de ce régime par l'entrée en vigueur des dispositions de fond des Protocoles de 1984, une conférence diplomatique pour la révision de la Convention de 1969 sur la responsabilité civile et de la Convention de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation s'est tenue au siège de l'OMI du 23 au 27 novembre 1992. A la fin de ses délibérations, la Conférence a adopté le Protocole de 1992 à la Convention de 1969 sur la responsabilité civile et le Protocole de 1992 à la Convention de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation (LEG/CONF.9/16 et LEG/CONF.9/17).

17. CMI : transport de marchandises par mer

76. Pendant la trente-quatrième Conférence internationale du CMI, qui s'est tenue à Paris du 24 au 28 juin 1990, un projet d'étude intitulé "Uniformité de la législation relative au transport de marchandises par mer dans les années 90" a été examiné et approuvé, avec certains amendements, comme base de futurs travaux. La question était aussi inscrite à l'ordre du jour de la Conférence internationale sur les problèmes actuels du transport par mer, qui s'est tenue à Gênes les 25 et 26 juin 1992.

18. CMI : lettres de transport maritime

77. La trente-quatrième Conférence internationale du CMI a adopté les Règles uniformes du CMI pour les lettres de transport maritime. Ces règles s'appliquent lorsqu'elles ont été adoptées dans un contrat de transport qui n'est pas couvert par un connaissement ou un document analogue.

19. CMI : transfert électronique des droits sur les marchandises en transit

78. La trente-quatrième Conférence internationale du CMI a examiné et adopté les Règles du CMI relatives aux connaissements électroniques, qui avaient été rédigées par un sous-comité international. Ces règles créent un système permettant de communiquer des données de transport et des fonctions juridiques sans utiliser les documents traditionnels sur papier (pour plus de détails, voir A/CN.9/350, par. 54, 69 et 104 à 108).

20. CMI : Règles d'York et d'Anvers de 1974

79. Comme suite à la révision de la Règle VI des Règles d'York et d'Anvers à la trente-quatrième Conférence internationale du CMI, il a été décidé de réviser les Règles d'York et d'Anvers en général. Le CMI a chargé un sous-comité international de cette tâche. Sur la base du premier rapport, il a été décidé de réviser les Règles d'York et d'Anvers. Le sous-comité est en train d'élaborer un projet de règles révisées qui sera présenté à la Conférence internationale du CMI à Sydney en 1994.

21. CMI : évaluation des dommages au milieu marin

80. Un groupe de travail et un sous-comité du CMI étudient des méthodes et procédures d'évaluation des dommages au milieu marin dans le contexte de la responsabilité civile pour dommages causés par la pollution. Les études sont particulièrement fondées sur l'expérience acquise à propos des dommages dus à la pollution causée par les hydrocarbures à l'occasion du transport de pétrole par mer. Les premiers résultats de ces études ont été discutés lors d'un colloque du CMI sur l'évaluation des dommages au milieu marin, qui s'est tenu à Gênes les 18 et 19 septembre 1992. Un projet de directives sera présenté à la Conférence internationale du CMI à Sydney en 1994.

22. CMI : engins mobiles offshore

81. La Conférence du CMI tenue à Rio de Janeiro en 1977 a adopté un projet de convention sur les engins mobiles offshore. Le projet a été soumis à l'OMI pour examen et inscrit au programme de travail à long terme du Comité juridique de l'OMI. A cause du calendrier chargé du Comité juridique, le projet n'a pas encore été examiné. Comme le Comité juridique envisage actuellement d'étudier cette question, l'OMI a prié le CMI de revoir le projet à la lumière des faits survenus depuis 1977. En réponse à cette demande, le CMI a créé un sous-comité chargé de revoir le projet de Rio de 1977.

23. CMI : responsabilité civile en droit maritime

82. Le CMI a créé un groupe d'étude chargé de revoir les conventions relatives à la responsabilité civile, y compris les limites de la responsabilité en droit maritime. La question a été inscrite au programme de travail à long terme. On compte qu'un premier rapport sera présenté à la Conférence internationale du CMI à Sydney en 1994.

24. CMI : agents maritimes

83. Le CMI étudie la possibilité d'harmoniser la législation relative aux activités des agents maritimes. Selon les résultats de l'étude, la question pourra être examinée à la Conférence internationale du CMI à Sydney en 1994.

25. CMI : Règles d'interprétation des chartes-parties

84. Le CMI, le Conseil maritime international de la Baltique, la Fédération des associations nationales des agents et courtiers maritimes de navires, la Chambre internationale de la marine marchande et l'Association internationale des transporteurs de marchandises solides ont élaboré conjointement un projet de Règles d'interprétation des chartes-parties, 1992. Les règles donnent les définitions et interprétations de termes fréquemment utilisés dans les chartes-parties. Le CMI poursuivra ses travaux sur les Règles d'interprétation des chartes-parties et examinera la question à la Conférence internationale du CMI à Sydney, en 1994. Un sous-comité international du CMI sera créé pour effectuer d'autres travaux sur la question.

B. Transport aérien

OACI

85. Le Secrétariat de l'OACI a préparé et envoyé en janvier aux Etats une lettre circulaire sur le "Système de Varsovie" à laquelle était joint un texte de la Convention de Varsovie telle que modifiée à La Haye en 1955, à Guatemala City en 1971, à Montréal en 1975 par le Protocole additionnel n° 3, et à Montréal en 1975 par le Protocole n° 4. L'actuel programme de travail général du Comité juridique de l'OACI, approuvé par le Conseil le 18 novembre 1992, accorde la priorité n° 2 à la question "Mesures à prendre pour accélérer la ratification des Protocoles n° 3 et

4 de Montréal du Système de Varsovie" et la priorité n° 3 à la question "Etude des instruments du Système de Varsovie".

C. Transport terrestre et questions connexes

1. OTIF : Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF)

86. Le Comité de révision créé par l'OTIF pour examiner la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires a décidé, à ses première et deuxième sessions tenues respectivement du 14 au 21 décembre 1989 et du 28 au 31 mai 1990, de modifier la Convention. Les amendements adoptés par le Comité de révision à sa première session sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1991 et ceux qui ont été adoptés à sa deuxième session sont entrés en vigueur le 1^{er} juin 1991. Le Protocole de 1990 modifiant la Convention a été ratifié, accepté ou approuvé par dix Etats. Le Protocole n'entrera en vigueur que lorsqu'il aura été ratifié, accepté ou approuvé par plus des deux tiers des 34 Etats Membres.

2. OTIF : Règlement international concernant le transport des marchandises dangereuses par chemins de fer

87. Le Règlement international concernant le transport des marchandises dangereuses par chemins de fer est révisé de façon continue. Après l'adoption de nombreux amendements sur décision prise par le Comité d'experts sur le transport des marchandises dangereuses à sa vingt-huitième session (du 2 au 12 avril 1991), une version consolidée du Règlement a été publiée avec effet au 1^{er} janvier 1993.

3. Comité international des transports ferroviaires (CIT) : lettre de voiture électronique

88. Le CIT a poursuivi ses travaux en vue de remplacer la lettre de voiture internationale par une lettre de voiture électronique (projet DOCIMEL). Le projet sera exécuté par étapes, la première application devant avoir lieu en 1995. Pour commencer, le CIT a préparé un projet de règlement tarifaire uniforme qui sera examiné dans un proche avenir. Le CIT a aussi établi un modèle de document de transport uniforme qui sera utilisé par les systèmes ferroviaires appliquant la COTIF (pour des renseignements sur les sujets ayant trait à l'EDI, voir par. 107 à 110 ci-dessous).

4. Union internationale des transports routiers : contrat type entre les compagnies de transport automobile et les propriétaires d'hôtel

89. L'Union internationale des transports routiers élabore, en coopération avec l'Association internationale des propriétaires d'hôtel, un contrat type contenant des clauses générales harmonisant les pratiques actuelles en matière de logement et de conduite.

5. Union internationale des transports routiers : contrat de transport électronique

90. Une étude comparative a été effectuée pour examiner les possibilités qu'offre et les problèmes que pose la conclusion d'un contrat de transport par des moyens de communication électroniques. L'Union internationale des transports routiers élabore à ce sujet un projet d'accord de communication en coopération avec la FIATA et la CCI.

6. UNIDROIT : responsabilité civile en cas de dommages causés durant le transport de substances dangereuses par la route, par le chemin de fer et par les voies navigables intérieures

91. La Convention sur la responsabilité civile en cas de dommages causés durant le transport de substances dangereuses par la route, par le chemin de fer et par les voies navigables intérieures a été adoptée à Genève en 1989 sous les auspices de la CEE. Au mois de mars 1993, aucun Etat n'avait ratifié la Convention.

IX. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

A. CCJAA : centres régionaux d'arbitrage

92. Les centres régionaux d'arbitrage du CCJAA s'emploient à diffuser des renseignements concernant l'arbitrage commercial international (voir par. 120 ci-dessous).

B. CCI : arbitrage international

93. Les priorités actuelles de la Commission de l'arbitrage international de la CCI sont les suivantes : examen de questions relatives à l'arbitrage multipartite, examen de la clause type d'arbitrage de la CCI et de la jurisprudence relative aux clauses d'arbitrage, révision des règles d'expertise technique de la CCI et préparation d'un rapport sur la manière d'optimiser l'emploi de termes de référence. La Commission a créé des groupes de travail pour chacun de ces sujets prioritaires. Comme suite à la décision de son groupe de travail sur l'arbitrage multipartite, la CCI a publié *L'Arbitrage multipartite* (publication n° 480 de la CCI). Cette publication présente les vues de spécialistes de l'arbitrage international sur des questions telles que la rédaction de compromis d'arbitrage, la constitution d'un tribunal arbitral, l'organisation de la procédure arbitrale et la jonction des affaires où plusieurs requérants ou défendeurs sont en cause. La CCI a aussi publié un ouvrage sur le recueil des dépositions dans la procédure arbitrale internationale (publication n° 440/8 de la CCI), qui décrit de façon détaillée les différentes règles nationales de procédure arbitrale susceptibles de s'appliquer tant dans les systèmes de *common law* que dans les systèmes de droit romain. L'ouvrage offre aussi des solutions sur la manière de concilier ces systèmes lorsque, par exemple, les parties à un litige viennent de pays ayant des systèmes différents pour le recueil des dépositions. Enfin, la CCI se propose de publier bientôt un livre sur le droit de l'arbitrage et de la concurrence.

C. FIATA/Union internationale des transports routiers : règles d'arbitrage

94. La FIATA et l'Union internationale des transports routiers ont élaboré en commun des règles d'arbitrage conformes à l'article 33 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route.

D. Conseil international pour l'arbitrage commercial : publications et congrès

95. Le Conseil international pour l'arbitrage commercial a poursuivi la publication de l'*Annuaire de l'arbitrage commercial*. On y trouve des informations complètes et mises à jour sur l'arbitrage commercial dans le monde entier, en particulier des rapports sur le droit et la pratique de l'arbitrage dans différents pays, les décisions des tribunaux sur l'application de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères, des extraits de sentences arbitrales rendues par des organes d'arbitrage et dans le cadre de procédures d'arbitrage *ad hoc*, et des articles sur les règlements d'arbitrage et la pratique de l'arbitrage. L'*Annuaire* a fêté son dix-septième anniversaire en 1992. Le dernier rapport national a été publié dans le volume XIV de l'*Annuaire* (1988). Les rapports nationaux sont maintenant publiés exclusivement dans le *Guide international de l'arbitrage commercial* du Conseil, ouvrage à feuilles mobiles où sont en outre reproduits des règlements d'arbitrage. A la fin de 1992, 13 suppléments avaient été publiés (pour les activités de formation et d'assistance, voir par. 126 ci-dessous).

E. Association du droit international : règles de droit transnationales

96. La soixante-quatrième Conférence de l'Association du droit international, tenue en Australie en août 1990, a examiné les rapports préliminaires des rapporteurs du Comité sur l'arbitrage commercial international et invité le Comité à identifier, dans le domaine de l'arbitrage commercial international, des matières dans lesquelles l'application de règles transnationales peut être importante, d'en entreprendre l'étude et de rendre compte de ses travaux à la soixante-cinquième Conférence de l'Association.

X. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

A. Conférence de La Haye : loi applicable aux effets de commerce

97. A la seizième session de la Conférence, le Bureau permanent a présenté un rapport (document préliminaire n° 8) dans lequel il identifie les problèmes que pose la révision des Conventions de Genève de 1930 et de 1931 et les questions particulières touchant les conflits de lois que peut soulever la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux. La Commission spéciale, qui s'est réunie en juin 1992 pour examiner l'état des travaux en cours et

préparer les décisions qui doivent être prises à la dix-septième session en mai 1993, a estimé que le sujet n'était pas d'une importance telle qu'il faille réunir une session spéciale pour l'examiner. Cependant, étant donné les imperfections des Conventions de Genève et la possibilité d'un regain d'intérêt de la part des Etats pour la Convention de la CNUDCI, la Commission a décidé de maintenir la question à l'ordre du jour de la Conférence mais sans lui accorder aucune priorité.

B. Conférence de La Haye : études des pratiques contractuelles

98. La Conférence de La Haye se penche depuis plusieurs années sur un certain nombre de questions qui se posent dans le domaine des pratiques contractuelles. La Commission spéciale qui s'est réunie en juin 1992 a recommandé que la dix-septième session supprime du programme d'UNIDROIT la question du droit applicable aux accords de licence et aux transferts de technologie, parce que des doutes subsistaient quant à la viabilité de cette question. La Commission a recommandé que la dix-septième session maintienne la question du droit applicable à la concurrence déloyale, à cause de son intérêt intrinsèque et durable, mais sans lui accorder la priorité, parce qu'il était douteux qu'une convention réponde à un besoin urgent, d'autant que la jurisprudence et la législation révélaient une tendance croissante à l'uniformité dans la manière de traiter les conflits.

C. Conférence de La Haye : loi applicable aux obligations contractuelles

99. La Commission a examiné un rapport (document préliminaire n° 7) établi par le Bureau permanent et a recommandé que cette question soit rayée du programme de travail.

D. Conférence de La Haye : droit applicable au transport multimodal

100. On a estimé, au cours de la réunion de la Commission spéciale, que les travaux entrepris à ce sujet par la CNUCED et la CCI avaient minimisé l'intérêt de la question du point de vue du conflit de lois. La Commission spéciale a donc recommandé d'arrêter les travaux sur cette question.

E. Conférence de La Haye : EDI

101. Le Bureau permanent a établi un rapport (document préliminaire n° 3) consacré à l'EDI. La Commission a recommandé que cette question soit maintenue dans le programme de travail et que le Bureau permanent soit chargé de poursuivre l'étude des problèmes ayant trait à l'EDI en restant en contact avec les autres organisations s'occupant de la question (pour des renseignements sur les travaux ayant trait à l'EDI, voir les paragraphes 108 à 111 ci-dessous).

F. Conférence de La Haye : virements

102. Le Bureau permanent a établi et présenté à la Commission spéciale un rapport analysant les problèmes que

posent les virements en ce qui concerne les conflits de lois. Un questionnaire a été distribué aux banques et aux systèmes de paiements internationaux et la Conférence devrait examiner à sa dix-septième session la question de savoir s'il convient d'élaborer une convention relative au droit applicable aux virements.

G. Conférence de La Haye : conventions relatives à la procédure civile et à la coopération judiciaire et administrative internationale

103. Un certain nombre de conventions sont examinées sous cette rubrique, notamment les conventions sur la signification et la notification des actes à l'étranger et sur l'obtention des preuves à l'étranger. On a particulièrement appelé l'attention sur la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et la Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale. Une réunion de la Commission spéciale s'est tenue pour étudier le fonctionnement de ces conventions et un rapport a été publié. La deuxième édition du *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention relative à la signification et la notification des actes à l'étranger* a été publiée en 1992.

H. Conférence de La Haye : nouveaux sujets

104. En raison des travaux de la CNUDCI sur les garanties bancaires et les lettres de crédit stand-by, le Bureau permanent a établi un rapport traitant des problèmes touchant les conflits de lois que posent les garanties bancaires (document préliminaire n° 2). Le Bureau permanent a également présenté un rapport sur le droit applicable à la responsabilité civile pour dommages à l'environnement (document préliminaire n° 9). La Commission spéciale a décidé de recommander à la dix-septième session que les deux questions soient inscrites au futur programme de travail, la deuxième à titre hautement prioritaire. L'attention de la Commission spéciale a aussi été appelée sur l'éventuelle rédaction d'une convention sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. La Commission spéciale a décidé qu'un groupe de travail serait créé qui se réunirait avant la dix-septième session et présenterait à celle-ci ses conclusions sur la possibilité de rédiger une convention sur cette question. Le groupe de travail s'est réuni en novembre 1992 et a conclu à l'unanimité qu'il était à la fois souhaitable et possible de négocier par le biais de la Conférence de La Haye une convention générale sur la compétence et l'exécution des jugements.

XI. FACILITATION DU COMMERCE

A. Procédures administratives concernant les marchandises et les documents

1. GATT : inspection avant expédition

105. Au GATT, dans le cadre des négociations d'Uruguay, la Réunion ministérielle de Bruxelles de décembre

1990 a adopté, *ad referendum*, un accord relatif à l'inspection avant expédition. Ce texte fait partie du projet d'Acte final des négociations d'Uruguay, règlement d'ensemble qui sera définitivement adopté dès que toutes les matières négociées auront fait l'objet d'un accord.

2. CNUCED : inspection avant expédition

106. La CNUCED a établi un document complet sur l'inspection avant expédition à l'intention du Groupe de travail de la CEE sur la facilitation des procédures commerciales internationales (TRADE/WP.4/R.821); ce document comprend des observations sur l'accord auquel sont parvenues les négociations d'Uruguay sur l'inspection avant expédition.

B. Echange de données informatisées

1. CNUDCI

107. A sa vingt-quatrième session, en 1991, la Commission a décidé que la question de l'EDI devrait être examinée de façon détaillée par un groupe de travail. Comme suite à cette décision, le Groupe de travail des paiements internationaux a consacré sa vingt-quatrième session à identifier et à examiner les questions juridiques liées à l'emploi de plus en plus fréquent de l'EDI (A/CN.9/360). A sa vingt-cinquième session, la Commission a examiné le rapport du Groupe de travail et a adopté les recommandations qui y figurent, réaffirmé la nécessité d'une active coopération entre toutes les organisations internationales compétentes et confié l'élaboration de règles juridiques sur l'EDI au Groupe de travail des paiements internationaux, dorénavant dénommé Groupe de travail de l'échange de données informatisées. A sa vingt-cinquième session, tenue du 4 au 15 janvier 1993, le Groupe de travail a examiné les questions discutées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.55) et prié le Secrétariat d'établir, sur la base des débats et conclusions, un premier projet d'articles, avec d'éventuelles variantes, sur les questions discutées.

2. CCI

108. La CCI a créé un Groupe de travail de l'EDI dans le but de susciter un appui juridique en faveur de l'EDI "ouvert", c'est-à-dire des communications informatisées menées sans qu'il y ait un accord écrit d'EDI. Elle a aussi distribué à des juristes du monde entier spécialistes de l'EDI un certain nombre de documents traitant de problèmes juridiques relatifs à l'EDI, ainsi qu'un questionnaire, afin de déterminer si elle pouvait compter sur des apports suffisants pour mener à bien son projet relatif à l'EDI. La CCI a publié un ouvrage sur les techniques de transferts interbancaires (publication n° 497 de la CCI). Cet ouvrage donne un exposé des progrès réalisés jusqu'à présent en matière d'EDI, une analyse des exigences financières de la communauté industrielle dans ce domaine et une évaluation des problèmes juridiques liés à l'EDI, ainsi que de l'incidence de divers systèmes et réglementations des transferts électroniques de fonds sur les disponibilités en capital et le blanchiment de l'argent.

3. CCD

109. Le CCD a créé un sous-comité pour les questions d'EDI. Le sous-comité a mis au point et approuvé des messages EDI en matière douanière. Il a aussi mis au point de nouvelles directives sur les aspects juridiques de l'EDI. Le Secrétariat a par ailleurs publié en 1991 une brochure intitulée *Introduction à l'EDI en matière douanière*. D'autre part, le Comité de contact CCD/UPU a notamment examiné, à sa quinzième réunion tenue en octobre 1990, la question de l'harmonisation des règles de transmission EDI.

4. CEE

110. Le Groupe de travail pour la facilitation du commerce a créé un groupe de travail juridique *ad hoc* qui a fait plusieurs recommandations. Un programme de travail spécial a été adopté qui identifie les problèmes juridiques de la facilitation du commerce et esquisse des projets dans divers secteurs. Ces projets portent notamment sur les aspects juridiques de l'EDI, les aspects juridiques des documents commerciaux, les obstacles juridiques et commerciaux nationaux au commerce, l'authentification électronique (définition des messages électroniques et de leur "signature") et la coordination avec d'autres organes. Une haute priorité est accordée à la mise au point d'un "accord d'échange" type à l'intention des partenaires commerciaux qui désirent utiliser l'EDI, à la mise au point d'un questionnaire pour analyser les obstacles nationaux pouvant exister en ce qui concerne l'utilisation de l'EDI, à la solution du problème de l'authentification des messages transmis par EDI et à la coordination des activités du Groupe de travail sur la facilitation des procédures commerciales internationales (WP.4) avec d'autres organisations internationales (pour des renseignements sur la lettre de voiture électronique du CIT et le contrat de transport électronique de l'Union internationale des transports routiers, voir respectivement les paragraphes 88 et 90 ci-dessus).

XII. AUTRES QUESTIONS DE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

A. Centre sur les sociétés transnationales : projet de code de conduite sur les sociétés transnationales

111. Le Centre sur les sociétés transnationales a poursuivi ses travaux sur le projet de code de conduite sur les sociétés transnationales. Bien que les travaux aient progressé, les consultations qui doivent être menées entre les délégations intéressées afin d'aboutir à un consensus sur un certain nombre de questions pendantes n'ont pas encore été achevées. Le code de conduite est un projet majeur qui vise à établir un cadre équilibré, complet et multilatéral où soient énoncées les règles de base destinées à régir les relations entre les gouvernements et les sociétés transnationales. Les publications et les études du Centre ont continué de mettre l'accent sur le rôle et l'impact des sociétés transnationales à l'égard des investissements nationaux et régionaux et dans des secteurs spécifiques. Des analyses détaillées examinent les facteurs juridiques, économiques et sociaux qui influent sur les sociétés transnationales dans les pays hôtes. Les questions juridiques pertinentes sont examinées et

analysées, ainsi que leur évolution et leur mise en œuvre. L'harmonisation et la nationalisation des lois et règlements nationaux et régionaux sont suivies par le Centre et font l'objet d'une coordination à l'échelle mondiale.

B. CNUCED : pratiques commerciales restrictives

112. Le Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives a tenu ses neuvième et dixième sessions du 23 au 27 avril 1990 et du 21 au 25 octobre 1991. La neuvième session a été consacrée aux préparatifs de la deuxième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives. Au cours de cette session, il a été recommandé qu'une troisième conférence de révision soit convoquée en 1995. En application de la résolution 41/167 de l'Assemblée générale, la deuxième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives s'est réunie du 26 novembre au 7 décembre 1990. La Conférence a adopté une résolution intitulée "Renforcement de l'application de l'Ensemble" (TD/RPB/CONF.3/9) où elle demande aux Etats de mettre intégralement en œuvre toutes les dispositions de l'Ensemble afin d'en garantir l'application effective par l'adoption et l'application effective d'une législation nationale sur les pratiques commerciales restrictives et où elle leur demande en conséquence d'adopter, d'améliorer et d'appliquer effectivement une législation et des procédures judiciaires et administratives d'exécution appropriées. Au cours de sa dixième session, le Groupe intergouvernemental d'experts a examiné le fonctionnement et l'application de l'Ensemble de principes et de règles pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives.

C. UNIDROIT : contrat d'hôtellerie

113. Le Conseil de direction a décidé à sa soixante-dixième session de ne pas poursuivre les travaux sur cette question parce qu'elle ne rencontrait qu'un appui limité.

D. CCJAA : Groupe de recueil de données

114. Au cours de la session de Nairobi du CCJAA, tenue en février 1989, la création d'un Centre de recherche et de développement pour l'harmonisation du droit commercial international dans la région afro-asiatique a été proposée. Des études ont été effectuées et présentées à la session de Beijing en mars 1990 et à la session du Caire en 1991. D'après cette dernière étude, la création du centre proposé se justifiait mais, en raison de son coût élevé, la création du centre était envisagée comme un objectif à long terme. A titre de première étape vers la réalisation d'un tel objectif, le CCJAA a décidé à sa session d'Islamabad en 1992 de constituer, pour une période initiale de deux ans, un Groupe de recueil de données informatisées qui fera partie intégrante du secrétariat. Le Groupe a pour principale fonction de recueillir des renseignements sur les lois et règlements

des Etats membres, l'objectif final étant de parvenir à une éventuelle harmonisation de leurs régimes juridiques dans le domaine économique. Un certain nombre de gouvernements ont été approchés et certains d'entre eux ont déjà fourni des renseignements sur leurs systèmes juridiques.

E. Accord de Carthagène : libre-échange et tarifs

115. Depuis 1990, le Conseil de l'Accord de Carthagène publie des décisions sur l'intégration du droit commercial de la région. Ces décisions sont obligatoires pour les Etats membres et visent à consolider les règles communes à appliquer dans la région sur des questions telles que le libre-échange, les tarifs et les stimulants à l'exportation.

F. Association du droit international : réglementation des valeurs et autres questions

116. La soixante-quatrième Conférence de l'Association du droit international, tenue en Australie en août 1990, a examiné le rapport intérimaire du Comité de la réglementation internationale des valeurs sur la portée de ses travaux et des travaux pertinents des Communautés européennes et du Conseil de l'Europe. Elle a aussi invité le Comité à rendre compte de ses travaux à la soixante-cinquième Conférence de l'Association. Le Comité du droit commercial international, récemment créé, se propose d'effectuer des études et d'établir des rapports sur des questions juridiques choisies liées aux efforts faits pour créer un système d'échanges multilatéral effectif, en particulier par le biais des négociations d'Uruguay du GATT, par exemple sur la réforme des institutions, le règlement des différends, les échanges de services et les droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce.

G. UNIDROIT : Revue de droit uniforme

117. Quatre volumes de la *Revue* ont été publiés en 1990, le deuxième volume de la livraison de 1987, les deux volumes de la livraison de 1988 et le premier volume de la livraison de 1989. Le deuxième volume de la livraison de 1989 et le premier volume de la livraison de 1990 ont été respectivement publiés en décembre 1991 et en janvier 1992. Le premier volume de la livraison de 1991 a été publié en janvier 1993.

H. BANQUE MONDIALE

1. Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)

118. L'AMGI a conclu avec six pays des accords de protection juridique qui lui permettront d'accorder plus facilement des garanties d'investissement.

2. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)

119. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) est une organi-

sation internationale créée en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, qui a été ouverte à la signature en 1965 et est entrée en vigueur l'année suivante. Le CIRDI cherche à favoriser les investissements internationaux en offrant des services pour la conciliation et l'arbitrage des différends entre gouvernements et investisseurs étrangers. Pour développer ses activités de promotion des investissements, le CIRDI effectue des recherches et publie des ouvrages dans le domaine du droit des investissements étrangers. Parmi ces publications figurent une revue de droit semestrielle (*ICSID Review-Foreign Investment Journal*) et une collection comprenant de nombreux volumes (*Investment Laws of the World and Investment Treaties*). En général, deux volumes de la revue de droit et trois volumes de la collection sont publiés chaque année.

XIII. FORMATION ET ASSISTANCE

A. CCJAA

120. En janvier 1992, le Centre de Kuala Lumpur a organisé, dans le cadre d'un programme permanent de développement de l'arbitrage, un atelier de deux jours pour la formation d'arbitres de la région Asie-Pacifique. Le Centre du Caire a accueilli ou coparrainé les conférences suivantes : i) le Congrès de la Fédération internationale des organismes d'arbitrage commercial, qui s'est tenu les 20 et 21 février 1992; ii) la Conférence d'arbitrage du Caire-Alexandrie, qui s'est tenue du 11 au 15 octobre 1992; la première partie, qui s'est tenue au Caire, a été consacrée au nouveau projet de loi égyptien sur l'arbitrage, établi sur le modèle de la Loi type de la CNUDCI; la deuxième partie s'est tenue à Alexandrie pour inaugurer une filiale du Centre du Caire qui s'occupera des affaires d'arbitrage maritime; et iii) un séminaire sur le règlement des différends dans les contrats internationaux de travaux publics par les techniques ADR, qui s'est tenu à Genève les 12 et 13 novembre 1992.

B. CCD

121. Le Service de la formation du Secrétariat du CCD a organisé son deuxième séminaire consacré à l'EDI en octobre 1990. Le séminaire était axé sur les aspects techniques de l'application de l'EDI. Le Service de la formation gère aussi un programme de bourses d'études qui a été récemment étendu aux ressortissants des pays qui se convertissent à l'économie de marché.

C. CESAP

122. La CESAP gère un projet permanent de formation et d'assistance financé par le Gouvernement des Pays-Bas. Le projet vise à fournir des services consultatifs aux pays en développement de la région de la CESAP afin de mettre au point et d'appliquer des mesures de facilitation en matière commerciale et douanière; il vise aussi à former des fonctionnaires nationaux aux méthodes de facilitation et à l'emploi de l'EDI dans le commerce. En janvier-février 1990, la CESAP a organisé à Manille la deuxième Réunion

des organismes nationaux de facilitation du commerce. En décembre 1990, la CESAP a organisé à Singapour un atelier sur l'automatisation et l'EDI en matière commerciale et douanière. En 1991 et 1992, une série de séminaires et ateliers nationaux sur la facilitation du commerce ont été organisés au Pakistan, au Bhoutan, au Myanmar, au Bangladesh et en Mongolie. En 1993, des séminaires analogues sont organisés pour le Laos, les Maldives et le Viet Nam. Des services consultatifs sur la facilitation du commerce ont été fournis à l'Inde en 1991 et à la Mongolie en 1992.

D. BANQUE MONDIALE

123. Dans le contexte de son programme de promotion et de services consultatifs, l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) de la Banque mondiale a coopéré avec un certain nombre de pays qui ont libéralisé leur législation sur les investissements étrangers. Plusieurs pays en développement ont adopté de nouvelles lois prévoyant le recours à l'arbitrage international pour régler les litiges concernant les investissements et beaucoup ont conclu des traités bilatéraux pour la protection et la promotion des investissements étrangers. De plus, 24 projets consultatifs ont été exécutés par les Services consultatifs pour les investissements étrangers. En 1992, les Services consultatifs ont travaillé dans 32 pays dont environ un tiers en Afrique, un tiers en Asie et un tiers dans le reste du monde.

E. OACI

124. Au cours d'une conférence de droit international aérien, un atelier réunissant 15 Etats s'est tenu à Montréal en février/mars 1991 avec la participation de l'IATA et du secrétariat de l'OACI en vue d'aider à hâter la ratification des Protocoles n° 3 et 4. Un autre atelier réunissant 14 Etats s'est tenu à Montréal en mai 1992, pendant la vingt-huitième session du Comité juridique, dans le même but. De plus, un séminaire régional de droit aérien s'est tenu à Curaçao en novembre 1992 et a longuement examiné la question du "Système de Varsovie".

F. CCI

125. En 1990, la CCI a créé un Institut qui a déjà organisé neuf séminaires de cinq jours (260 participants venus de plus de 40 pays) à l'intention des ressortissants de pays en développement ou en transition vers l'économie de marché. Des experts européens dans les domaines de la négociation des contrats internationaux et de l'arbitrage commercial international utilisent la méthode des cas pour enseigner les techniques et méthodes internationales. Dans le contexte de son programme de dix ans, l'Institut de la CCI se propose d'étendre ce projet avec l'aide du PNUD et de la CEE/PHARE.

G. Conseil international pour l'arbitrage commercial

126. En 1991, le Conseil international pour l'arbitrage commercial a tenu son dixième Congrès international à Stockholm (du 28 au 31 mai). Les travaux du Congrès ont

été publiés dans le volume n° 5 des *Documents du Congrès*. Les questions débattues ont été "la prévention des retards et des incidents dans les procédures arbitrales" et "procédures efficaces dans les affaires de travaux publics". Une conférence du Conseil international pour l'arbitrage commercial s'est tenue à Bahreïn (du 14 au 16 février 1993) et a examiné la question de l'"arbitrage international dans un monde en évolution".

H. OTIF

127. L'OTIF a organisé à Berne, du 18 au 29 novembre 1991, un programme de formation de deux semaines sur le droit des transports internationaux par chemin de fer. Des participants venus de 15 Etats membres ont assisté à la réunion et ont subi avec succès l'examen final. Un autre cours de formation d'une semaine a été organisé à Ankara en juin 1992. Ce cours était spécialement destiné aux spécialistes turcs des chemins de fer.

I. SIECA

128. Le secrétariat du SIECA a organisé un certain nombre de séminaires sur les systèmes et instruments tarifaires et douaniers harmonisés, les règles d'origine, les pratiques commerciales restrictives et d'autres questions relatives aux négociations d'Uruguay du GATT. Il a aussi publié un certain nombre de documents sur ces questions.

J. CNUDCI

129. Depuis qu'à sa vingtième session (1987) la Commission a dit que "la formation et l'assistance constituaient une importante activité de la Commission à laquelle il faudrait dorénavant accorder un rang de priorité plus élevé" (A/42/17, par. 335), le secrétariat a exécuté un programme de formation et d'assistance plus étendu qu'auparavant.

130. En 1990, deux séminaires de droit commercial international ont été organisés; le premier s'est tenu à Conakry (Guinée) du 27 au 29 mars 1990 et a réuni 120 participants; le deuxième, qui s'est tenu à Moscou du 17 au 21 avril 1990, était destiné à former 21 participants venus de 19 pays en développement. Une série de séminaires sur les Règles de Hambourg ont aussi été organisés du 3 au 13 septembre 1990 dans cinq pays d'Amérique latine en coopération avec la Commission centraméricaine de transport maritime (COCATRAM). En 1991, trois séminaires sur les instruments juridiques issus de la CNUDCI ont été organisés; le premier, qui s'est tenu à Douala (Cameroun) du 14 au 18 janvier 1991, a réuni 50 participants venus de 17 pays francophones d'Afrique septentrionale, occidentale et équatoriale; le deuxième, qui s'est tenu à Quito (Equateur) du 19 au 21 février 1991, a été conjointement organisé par la Fédération sous-régionale andine d'usagers des transports internationaux de marchandises (FECUTI) et le Conseil de l'Accord de Carthagène; et le troisième, qui s'est tenu à Suva (Fidji) du 21 au 25 octobre 1991, a été organisé en collaboration avec le Forum du Pacifique Sud. Un colloque sur le droit commercial international s'est également tenu au cours de la deuxième semaine de

la vingt-quatrième session de la Commission, du 17 au 21 juin 1991. Ces conférences ont été faites par des délégués à la session de la Commission et par le personnel de la CNUDCI. Le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI a permis de payer les frais de voyage et de séjour à Vienne de 30 participants venus de pays en développement.

131. En 1992, quatre séminaires sur les instruments juridiques issus de la Commission ont eu lieu; le premier, qui s'est tenu à Mexico les 20 et 21 février 1992, a été organisé en coopération avec le Ministère mexicain des relations extérieures et a réuni 80 fonctionnaires ministériels, praticiens et professeurs de droit; des séminaires nationaux ont eu lieu en Indonésie, à Singapour et en Thaïlande en novembre 1992. Un Congrès sur le droit commercial uniforme au XXI^e siècle s'est tenu à New York du 18 au 22 mai 1992, à l'occasion de la vingt-cinquième session de la Commission, dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international. Soixante-cinq spécialistes appartenant à des régions et des systèmes juridiques différents ont présenté à près de 600 participants venus du monde entier une vue panoramique de l'évolution des principales branches du droit commercial international. En 1993, des séminaires nationaux sur les instruments juridiques de la CNUCID ont eu lieu au Bangladesh, au Pakistan, à Sri Lanka, en Ukraine, en Pologne et en Slovaquie. D'autres séminaires sont en préparation pour l'Europe orientale, la Communauté d'Etats indépendants et l'Afrique.

K. CNUCED

132. La CNUCED a continué de promouvoir l'usage des codes numériques de classement des marchandises attribués dans le Système harmonisé. Depuis février 1990, la CNUCED a organisé des séminaires à Singapour (septembre 1990), à Brunéi (mars 1991) et au Bhoutan (octobre 1992) sur les nomenclatures nationales fondées sur ces codes. De plus, en collaboration avec l'ONU/CESAP, la CNUCED a organisé au Bangladesh, au Bhoutan, en Mongolie, au Myanmar et au Pakistan des séminaires sur la facilitation du commerce consacrés aux normes EDIFACT pour l'échange de données commerciales, signalant les avantages que présentait l'adoption de ces normes et recommandant que celles-ci soient utilisées par tous ceux qui participent aux échanges internationaux.

133. Les activités de la CNUCED dans le domaine de la formation et de l'assistance ont également porté sur le transfert et le développement de la technologie. Dans le contexte d'un projet régional, un atelier sur le transfert et la gestion de la technologie a été organisé à Manille (Philippines), en décembre 1990, à l'intention de certains pays d'Asie et du Pacifique. Un des principaux thèmes de l'atelier avait trait aux voies et mécanismes du transfert de la technologie et à la négociation des transactions de technologie. De même, un autre atelier a été organisé pour certains pays de la région d'Asie et du Pacifique à Katmandou (Népal), en décembre 1991. Cet atelier, consacré aux accords de transfert de technologie, a examiné les questions relatives aux transactions de technologie, à la négociation des accords de technologie et aux

instruments d'une politique favorable à la promotion des investissements étrangers et des transferts de technologie. De plus, les travaux des ateliers se fondaient en partie sur une série d'enquêtes par pays sur les politiques et arrangements concernant l'importation de technologie dans les Maldives (UNCTAD/ITP/TEC/23), à Fidji (UNCTAD/ITP/TEC/30) et au Myanmar (UNCTAD/ITP/TEC/33).

L. UNESCO

134. L'UNESCO a organisé des ateliers et séminaires régionaux pour former des administrateurs à la lutte contre le trafic illicite de biens culturels. Le bureau principal de l'UNESCO pour l'Asie et le Pacifique, à Bangkok, a organisé du 24 au 28 février 1992, à Jomtien (Thaïlande), un atelier régional de cinq jours en coopération avec le Centre régional d'archéologie et beaux-arts (SPAFA) (Bangkok) de l'Organisation des ministres de l'éducation de l'Asie du Sud-Est. L'UNESCO a aussi organisé à Phnom Penh, du 13 au 27 juillet 1992, un atelier national sur les mesures de protection des biens culturels contre le vol et l'exportation illicite. Un atelier national sur le trafic illicite des biens culturels se tiendra à Hollokö (Hongrie) du 20 au 24 mars 1993 pour les pays d'Europe centrale et orientale; il traitera des mesures législatives et administratives de lutte contre le commerce illicite de biens culturels.

135. En outre, la Fédération internationale des fonctionnaires supérieurs de police a, en coopération avec l'UNESCO, organisé un séminaire sur la contrefaçon en septembre 1992 au siège de l'UNESCO à Paris. Un séminaire international dont le thème principal était la lutte contre la piraterie s'est tenu en Roumanie en octobre 1992. Enfin, en novembre 1992, l'UNESCO a organisé une réunion de réflexion sur les problèmes du droit d'auteur à la veille du XXI^e siècle. Y ont participé des auteurs bien connus d'œuvres littéraires, scientifiques, musicales et artistiques, des acteurs, avocats, économistes et sociologues.

M. ONUDI

136. Un groupe d'experts de l'ONUDI s'est réuni du 18 au 20 mars 1992. Il a examiné, dans le contexte de six secteurs clés, un certain nombre de questions relatives aux mesures prises par la Communauté européenne pour réaliser le marché commun.

N. UNIDROIT

137. En septembre 1990 et 1991, UNIDROIT a organisé à Rome, avec l'Institut international de droit du développement, un cours donnant aux participants (juristes de pays francophones) des informations sur l'Institut et ses activités, en particulier ses travaux actuels concernant la protection internationale des biens culturels. En 1991, des membres du secrétariat d'UNIDROIT ont pris la parole au deuxième Séminaire international, tenu à Suceava sous le patronage de la CNUCED et du GATT, sur les affaires en Roumanie et le défi de la concurrence internationale; un membre du secrétariat d'UNIDROIT a traité de la question des "méthodes modernes du commerce international :

franchisage, leasing, affacturage"; et à la quatrième Réunion des auxiliaires de justice des petites juridictions du Commonwealth, organisée à Nicosie par le secrétariat du Commonwealth, le secrétaire général d'UNIDROIT a parlé des avantages que le processus d'unification présentait pour ces juridictions. En février 1992, l'Association internationale des jeunes avocats (A.I.J.A.) a organisé un séminaire sur le leasing transfrontière au cours duquel un membre du secrétariat d'UNIDROIT a présenté la Convention d'UNIDROIT et donné des renseignements sur son application.

138. Dans le contexte de son programme de travail pour la période triennale 1993-1995, UNIDROIT se propose d'élargir son programme d'assistance juridique pour qu'il ne s'adresse pas seulement aux pays en développement mais aussi aux pays qui restructurent leur économie. UNIDROIT se propose en particulier d'organiser, très probablement en 1994, une réunion de coordination sur l'assistance juridique aux pays en développement. Cette réunion permettrait de faire le point de la situation actuelle et de rédiger des directives visant à améliorer les consultations et de rationaliser les initiatives entreprises dans ce domaine. UNIDROIT se propose en outre de tenir des séminaires dans les pays en développement et de participer à des séminaires organisés conjointement avec d'autres organisations. UNIDROIT a aussi annoncé un programme de bourses de recherche de trois mois destiné à des juristes de pays en développement et de pays qui restructurent leur économie. De plus, UNIDROIT se propose de tenir un quatrième congrès international de droit privé au cours de la deuxième moitié de la période triennale 1993-1995. Un sous-comité du Conseil de direction d'UNIDROIT devrait se réunir avant la soixante-douzième session pour examiner un document du secrétariat traitant du programme de ce congrès, de sa date et du lieu où il se tiendra.

O. OMPI

139. En octobre 1991, dans le cadre des préparatifs de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement qui s'est tenue à Rio de Janeiro en 1992, l'OMPI et la CNUED (Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement) ont conjointement organisé une réunion d'experts qui a examiné et précisé les aspects juridiques et techniques des questions de propriété intellectuelle relatives au transfert de la technologie qui influent sur la protection de l'environnement. De plus, l'OMPI et l'Organisation européenne des brevets ont organisé conjointement à Budapest un colloque sur les brevets destiné aux secteurs public et privé de Tchécoslovaquie, de Hongrie et de Pologne ainsi qu'aux Etats membres de l'Organisation européenne des brevets. L'OMPI a aussi organisé avec le Gouvernement roumain un séminaire national sur la propriété intellectuelle.

140. En 1992, l'OMPI a organisé 95 cours, ateliers et séminaires aux niveaux national, sous-régional, régional et mondial. Ils ont dispensé des connaissances de base sur la propriété industrielle et les droits d'auteur ou des informations spécialisées dans des domaines tels que l'informatisation de l'administration des bureaux de la propriété industrielle, l'utilisation de bases de données informatisées

sur les brevets, les aspects juridiques et économiques de la propriété industrielle, l'administration de la perception et de la distribution des droits d'auteur et la promotion de la créativité technologique. De plus, 90 missions comprenant des fonctionnaires de l'OMPI et 88 consultants extérieurs employés par l'OMPI ont été envoyées dans une quarantaine de pays en développement. Ces missions ont notamment donné aux autorités publiques des avis sur l'amélioration des procédures administratives, l'informatisation, la fourniture de services d'information sur les brevets et la création d'organisations pour l'administration collective des droits d'auteur. En 1993, le Bureau international de l'OMPI se propose de continuer d'accorder une attention particulière aux besoins des pays d'Europe cen-

trale et orientale par le biais notamment d'une section spéciale — la Section d'Europe centrale et orientale — qui a été créée au Bureau international. L'OMPI se propose également d'organiser, à l'échelon national et à l'échelon international, des séminaires et autres réunions sur divers aspects de la propriété intellectuelle, entre autres un séminaire en Roumanie pour les pays d'Europe centrale et orientale sur les inventions de services, ainsi qu'une réunion de ces pays et d'éventuels pays donateurs au siège de l'OMPI pour examiner des questions d'intérêt commun. Enfin, le Bureau international a contribué, à titre consultatif, aux changements législatifs touchant la propriété intellectuelle qui ont eu lieu ou sont projetés dans les pays d'Europe centrale et orientale.

VI. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI

Etat des conventions : note du Secrétariat

(A/CN.9/381) [Original : anglais]

1. A sa treizième session, la Commission a décidé qu'elle examinerait, à chacune de ses sessions, l'état des conventions auxquelles ses travaux avaient abouti^a.

2. La présente note est soumise comme suite à cette décision. On trouvera en annexe l'état, au 13 juillet 1993, des conventions suivantes (signatures, ratifications, adhésions et approbations) : Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974); Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980); Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Hambourg, 1978); Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980); Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988); Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991); et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York,

1958). Cette dernière Convention, qui ne résulte pas des travaux de la Commission, a été retenue aux fins de la présente note en raison du grand intérêt que lui porte la Commission, notamment dans le cadre de ses travaux portant sur l'arbitrage commercial international. On trouvera en outre, en annexe, les Etats et territoires ayant adopté des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985).

3. Depuis la publication du précédent rapport, qui indiquait l'état des conventions au 28 avril 1992 (A/CN.9/368), il a été reçu un instrument supplémentaire d'adhésion relatif à la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988) (Mexique) et quatre instruments supplémentaires d'adhésion relatifs à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Bangladesh, Barbade, Slovaquie et Turquie). Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ont été adoptés au Pérou et en Tunisie.

4. Les noms des Etats qui ont ratifié les conventions ou y ont adhéré depuis l'établissement du précédent rapport sont en italique, ainsi que ceux des nouveaux Etats qui ont déposé des instruments de succession.

^aRapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 163.

ANNEXE

1. Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)⁺

<i>Etat</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Approbation</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Allemagne*			
Argentine		9 octobre 1981	1 ^{er} août 1988
Bélarus	14 juin 1974		
Brésil	14 juin 1974		
Bulgarie	24 février 1975		
Costa Rica	30 août 1974		
Egypte		6 décembre 1982	1 ^{er} août 1988
Fédération de Russie**	14 juin 1974		
Ghana	5 décembre 1974	7 octobre 1975	1 ^{er} août 1988
Guinée		23 janvier 1991	1 ^{er} août 1991
Hongrie	14 juin 1974	16 juin 1983	1 ^{er} août 1988
Mexique		21 janvier 1988	1 ^{er} août 1988
Mongolie	14 juin 1974		
Nicaragua	13 mai 1975		
Norvège ¹	11 décembre 1975	20 mars 1980	1 ^{er} août 1988

<i>Etat</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Approbation</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
<i>Ouganda</i>		12 février 1992	1 ^{er} septembre 1992
<i>Pologne</i>	14 juin 1974		
<i>République dominicaine</i>		23 décembre 1977	1 ^{er} août 1988
<i>Roumanie</i>		23 avril 1992	1 ^{er} novembre 1992
<i>Slovaquie***</i>		28 mai 1993	1 ^{er} janvier 1993
<i>Ukraine</i>	14 juin 1974		
<i>Yougoslavie</i>		27 novembre 1978	1 ^{er} août 1988
<i>Zambie</i>		6 juin 1986	1 ^{er} août 1988

Simple signatures : 9; ratifications et adhésions : 13*.

*Le texte de la Convention a été établi en anglais, chinois, espagnol, français et russe, chacune de ces langues faisant foi. Le 11 août 1992, le Secrétaire général, en réponse à une demande de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, a distribué une proposition tendant à ce qu'une version en arabe de la Convention, faisant également foi, soit adoptée. Aucune objection n'ayant été soulevée, le texte arabe a été considéré adopté le 9 novembre 1992, avec la même valeur que les autres textes faisant foi dont fait mention la Convention.

*La Convention a été signée le 14 juin 1974 par l'ancienne République démocratique allemande, qui l'a ratifiée le 31 août 1989; elle est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1990.

**La Fédération de Russie a succédé, à la date du 24 décembre 1991, à l'ancienne Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, et assume intégralement, à compter de cette date, tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.

***La Convention a été signée le 29 août 1975 par l'ancienne Tchécoslovaquie et un instrument de ratification a été déposé le 26 mai 1977; elle est entrée en vigueur, pour l'ancienne Tchécoslovaquie, le 1^{er} août 1988, Le 28 mai 1993, la Slovaquie a déposé un instrument de succession, avec effet à compter du 1^{er} janvier 1993, date de succession des Etats.

Déclarations et réserves

¹Au moment de la signature, la Norvège a déclaré qu'en application de l'article 34, la Convention ne régirait pas les contrats de vente conclus entre un vendeur et un acheteur ayant tous deux leur établissement sur le territoire des pays nordiques (Norvège, Danemark, Finlande, Islande et Suède), déclaration qu'elle a confirmée au moment de la ratification.

2. Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)

<i>Etat</i>	<i>Adhésion</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
<i>Allemagne*</i>		
<i>Argentine</i>	19 juillet 1983	1 ^{er} août 1988
<i>Egypte</i>	6 décembre 1982	1 ^{er} août 1988
<i>Guinée</i>	23 janvier 1991	1 ^{er} août 1991
<i>Hongrie</i>	16 juin 1983	1 ^{er} août 1988
<i>Mexique</i>	21 janvier 1988	1 ^{er} août 1988
<i>Ouganda</i>	23 avril 1992	1 ^{er} novembre 1992
<i>Roumanie</i>	12 février 1992	1 ^{er} septembre 1992
<i>Slovaquie**</i>	28 mai 1993	1 ^{er} janvier 1993
<i>Zambie</i>	6 juin 1986	1 ^{er} août 1988

Conformément aux articles XI et XIV du Protocole, les Etats qui sont parties contractantes au Protocole sont considérés comme étant également parties contractantes à la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises telle que modifiée par le Protocole dans leurs rapports entre eux et parties contractantes à la Convention non modifiée dans leurs rapports avec toute partie contractante à cette dernière Convention qui n'est pas devenue partie contractante au Protocole.

*Le Protocole a fait l'objet d'une adhésion de l'ancienne République démocratique allemande le 31 août 1989; il est entré en vigueur le 1^{er} mars 1990.

**Le Protocole a fait l'objet d'une adhésion de l'ancienne Tchécoslovaquie le 5 mars 1990, avec effet à compter du 10 octobre 1990¹. Le 28 mai 1993, la Slovaquie a déposé un instrument de succession, avec effet à compter du 1^{er} janvier 1993, date de la succession des Etats.

Déclarations et réserves

¹Au moment de l'adhésion, la Tchécoslovaquie a déclaré qu'en application de l'article XII elle ne se considérait pas comme liée par l'article premier.

3. Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Hambourg, 1978)

<i>Etat</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Approbation</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Allemagne	31 mars 1978		
Autriche	30 avril 1979		
Barbade		2 février 1981	1 ^{er} novembre 1992
Botswana		16 février 1988	1 ^{er} novembre 1992
Brésil	31 mars 1978		
Burkina Faso		14 août 1989	1 ^{er} novembre 1992
Chili	31 mars 1978	9 juillet 1982	1 ^{er} novembre 1992
Danemark	18 avril 1979		
Egypte	31 mars 1978	23 avril 1979	1 ^{er} novembre 1992
Equateur	31 mars 1978		
Etats-Unis d'Amérique	30 avril 1979		
Finlande	18 avril 1979		
France	18 avril 1979		
Ghana	31 mars 1978		
Guinée		23 janvier 1991	1 ^{er} novembre 1992
Hongrie	23 avril 1979	5 juillet 1984	1 ^{er} novembre 1992
Kenya		31 juillet 1989	1 ^{er} novembre 1992
Lesotho		26 octobre 1989	1 ^{er} novembre 1992
Liban		4 avril 1983	1 ^{er} novembre 1992
Madagascar	31 mars 1978		
Malawi		18 mars 1991	1 ^{er} novembre 1992
Maroc		12 juin 1981	1 ^{er} novembre 1992
Mexique	31 mars 1978		
Nigéria		7 novembre 1988	1 ^{er} novembre 1992
Norvège	18 avril 1979		
Ouganda		6 juillet 1979	1 ^{er} novembre 1992
Pakistan	8 mars 1979		
Panama	31 mars 1978		
Philippines	14 juin 1978		
Portugal	31 mars 1978		
République-Unie de Tanzanie		24 juillet 1979	1 ^{er} novembre 1992
Roumanie		7 janvier 1982	1 ^{er} novembre 1992
Saint-Siège	31 mars 1978		
Sénégal	31 mars 1978	17 mars 1986	1 ^{er} novembre 1992
Sierra Leone	15 août 1978	7 octobre 1988	1 ^{er} novembre 1992
Singapour	31 mars 1978		
Suède	18 avril 1979		
Slovaquie *	28 mai 1993		
Tunisie		15 septembre 1980	1 ^{er} novembre 1992
Venezuela	31 mars 1978		
Zaire	19 avril 1979		
Zambie		7 octobre 1991	1 ^{er} novembre 1992

Simple signatures : 22; ratifications et adhésions : 20.

*La Convention a été signée le 6 mars 1979 par l'ancienne Tchécoslovaquie¹. Le 28 mai 1993, la Slovaquie a déposé un instrument de succession à la signature.

Déclarations et réserves

¹Au moment de la signature, l'ancienne Tchécoslovaquie a déclaré, en application de l'article 26, une formule destinée à convertir en monnaie tchécoslovaque les montants correspondant aux limites de responsabilité visés au paragraphe 2 dudit article, ainsi que lesdits montants applicables sur le territoire de la Tchécoslovaquie, exprimés en monnaie tchécoslovaque.

4. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)

<i>Etat</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Approbation</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Allemagne ^{*1}	26 mai 1981	21 décembre 1989	1 ^{er} janvier 1991
Argentine ²		19 juillet 1983	1 ^{er} janvier 1988
Australie		17 mars 1988	1 ^{er} avril 1989
Autriche	11 avril 1980	29 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989
Bélarus ²		9 octobre 1989	1 ^{er} novembre 1990
Bulgarie		9 juillet 1990	1 ^{er} août 1991
Canada ³		23 avril 1991	1 ^{er} mai 1992
Chili ²	11 avril 1980	7 février 1990	1 ^{er} mars 1991
Chine ⁴	30 septembre 1981	11 décembre 1986	1 ^{er} janvier 1988
Danemark ⁵	26 mai 1981	14 février 1989	1 ^{er} mars 1990
Egypte		6 décembre 1982	1 ^{er} janvier 1988
Equateur		27 janvier 1992	1 ^{er} février 1993
Espagne		24 juillet 1990	1 ^{er} août 1991
Etats-Unis d'Amérique ⁶	31 août 1981	11 décembre 1986	1 ^{er} janvier 1988
Fédération de Russie ^{**2}		16 août 1990	1 ^{er} septembre 1991
Finlande ⁵	26 mai 1981	15 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989
France	27 août 1981	6 août 1982	1 ^{er} janvier 1988
Ghana	11 avril 1980		
Guinée		23 janvier 1991	1 ^{er} février 1992
Hongrie ^{2, 7}	11 avril 1980	16 juin 1983	1 ^{er} janvier 1988
Iraq		5 mars 1990	1 ^{er} avril 1991
Italie	30 septembre 1981	11 décembre 1986	1 ^{er} janvier 1988
Lesotho	18 juin 1981	18 juin 1981	1 ^{er} janvier 1988
Mexique		29 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989
Norvège ⁵	26 mai 1981	20 juillet 1988	1 ^{er} août 1989
Ouganda		1 ^{er} février 1992	1 ^{er} mars 1993
Pays-Bas	29 mai 1981		
Pologne	28 septembre 1981		
République arabe syrienne		19 octobre 1982	1 ^{er} janvier 1988
Roumanie		22 mai 1991	1 ^{er} juin 1992
Singapour	11 avril 1980		
Slovaquie ^{***}		28 mai 1993	1 ^{er} janvier 1993
Suède ⁵	26 mai 1981	15 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989
Suisse		21 février 1990	1 ^{er} mars 1991
Ukraine ²		3 janvier 1990	1 ^{er} février 1991
Venezuela	28 septembre 1981		
Yougoslavie	11 avril 1980	27 mars 1985	1 ^{er} janvier 1988
Zambie		6 juin 1986	1 ^{er} janvier 1988

Simple signatures : 4; ratifications, adhésions, approbations et acceptations : 34.

*La Convention a été signée le 13 août 1981 par l'ancienne République démocratique allemande, qui l'a ratifiée le 23 février 1989; elle est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1990.

**La Fédération de Russie a succédé, à la date du 24 décembre 1991, à l'ancienne Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, et assume intégralement, à compter de cette date, tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.

***La Convention a été signée le 1^{er} septembre 1981 par l'ancienne Tchécoslovaquie et un instrument de ratification a été déposé le 5 mars 1990; elle est entrée en vigueur, pour l'ancienne Tchécoslovaquie, le 1^{er} avril 1991⁷. Le 28 mai 1993, la Slovaquie a déposé un instrument de succession, avec effet à compter du 1^{er} janvier 1993, date de succession des Etats.

Déclarations et réserves

¹Au moment de la ratification, l'Allemagne a déclaré qu'elle n'appliquerait pas l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier pour tout Etat ayant déclaré qu'il n'appliquerait pas ledit alinéa.

²Au moment de la ratification, l'Argentine, le Bélarus, le Chili, la Fédération de Russie, la Hongrie et l'Ukraine ont déclaré, conformément aux dispositions des articles 12 et 96 de la Convention, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la Convention autorisant une autre forme que la forme écrite, soit pour la conclusion ou pour la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, soit pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'appliquerait pas dès lors qu'une des parties aurait son établissement dans leur Etat.

³Au moment de l'adhésion, le Canada a déclaré, conformément à l'article 93, que la Convention s'appliquerait à l'Alberta, à la Colombie britannique, à l'île du Prince-Edouard, au Manitoba, à la Nouvelle-Ecosse, au Nouveau-Brunswick, à l'Ontario, à Terre-Neuve et aux Territoires du Nord-Ouest. Au moment de l'adhésion, le Canada a déclaré, conformément à l'article 95, que s'agissant de la Colombie britannique, il ne serait pas lié par l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention. Dans une notification reçue le 31 juillet 1992, le Canada a retiré cette déclaration. Dans une déclaration reçue le 9 avril 1992, le Canada a étendu l'application de la Convention au Québec et à la Saskatchewan. Dans une notification reçue le 29 juin 1992, le Canada a étendu l'application de la Convention au Yukon.

⁴Au moment de l'approbation, la Chine a déclaré qu'elle ne se considérait pas comme liée par l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier ni par l'article 11, non plus que par les dispositions de la Convention se rattachant à la teneur de l'article 11.

⁵Au moment de la signature, le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède ont déclaré, en application du paragraphe 1 de l'article 92, qu'ils ne seraient pas liés par la deuxième partie de la Convention (Formation du contrat). Au moment de la ratification, le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède ont déclaré, en application des paragraphes 1 et 2 de l'article 94, que la Convention ne s'appliquerait pas aux contrats de vente conclus entre parties ayant leur établissement au Danemark, en Finlande, en Islande, en Norvège ou en Suède.

⁶Au moment de la ratification, les Etats-Unis d'Amérique et la Tchécoslovaquie ont déclaré qu'ils ne seraient pas liés par l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier.

⁷Au moment de la ratification, la Hongrie a déclaré qu'elle considérait les Conditions générales de livraisons de marchandises entre organisations des pays membres du Conseil d'assistance économique mutuelle comme relevant des dispositions de l'article 90 de la Convention.

5. Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988)

<i>Etat</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Canada	7 décembre 1989		
Etats-Unis d'Amérique	29 juin 1990		
Fédération de Russie*	30 juin 1990		
Guinée		23 janvier 1991	
Mexique		11 septembre 1992	

Simple signatures : 3; ratifications et adhésions : 2. Nombre de ratifications et d'adhésions nécessaires pour l'entrée en vigueur de la Convention : 10

*La Fédération de Russie a succédé, à la date du 24 décembre 1991, à l'ancienne Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, et assume intégralement, à compter de cette date, tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.

6. Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991)

<i>Etat</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Espagne	19 avril 1991		
Etats-Unis d'Amérique	30 avril 1992		
France	15 octobre 1991		
Mexique	19 avril 1991		
Philippines	19 avril 1991		

Simple signatures : 5. Nombre de ratifications et d'adhésions nécessaires pour l'entrée en vigueur : 5

7. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)

Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ont été adoptés en Australie, en Bulgarie, au Canada (par le Parlement fédéral et par les organes législatifs de toutes les provinces et de tous les territoires), à Chypre, en Ecosse, à Hong-kong, au Nigéria, au Pérou, en Tunisie et dans les Etats de Californie, du Connecticut, de l'Orégon et du Texas aux Etats-Unis d'Amérique.

**8. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères
(New York, 1958)**

<i>Etat</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion</i>
Afrique du Sud		3 mai 1976
Algérie ^{1, 2}		7 février 1989
Allemagne* ¹	10 juin 1958	30 juin 1961
Antigua-et-Barbuda ^{1, 2}		2 février 1989
Argentine ^{1, 2, 3}	26 août 1958	14 mars 1989
Australie		26 mars 1975
Autriche		2 mai 1961
Bahreïn ^{1, 2}		6 avril 1988
Bangladesh		6 mai 1992
Barbade ²		16 mars 1993
Bélarus ^{1, 4}	29 décembre 1958	15 novembre 1960
Belgique ¹	10 juin 1958	18 août 1975
Bénin		16 mai 1974
Botswana ^{1, 2}		20 décembre 1971
Bulgarie ^{1, 4}	17 décembre 1958	10 octobre 1961
Burkina Faso		23 mars 1987
Cambodge		5 janvier 1960
Cameroun		19 février 1988
Canada ⁵		12 mai 1986
Chili		4 septembre 1975
Chine ^{1, 2}		22 janvier 1987
Chypre ^{1, 2}		29 décembre 1980
Colombie		25 septembre 1979
Costa Rica	10 juin 1958	26 octobre 1987
Côte d'Ivoire		1 ^{er} février 1991
Cuba ^{1, 2, 4}		30 décembre 1974
Danemark ^{1, 2}		22 décembre 1972
Djibouti		14 juin 1983
Dominique		28 octobre 1988
Egypte		9 mars 1959
El Salvador	10 juin 1958	
Equateur ^{1, 2}	17 décembre 1958	3 janvier 1962
Espagne		12 mai 1977
Etats-Unis d'Amérique ^{1, 2}		30 septembre 1970
Fédération de Russie** ^{1, 4}	29 décembre 1958	24 août 1960
Finlande	29 décembre 1958	19 janvier 1962
France ^{1, 2}	25 novembre 1958	26 juin 1959
Ghana		9 avril 1968
Grèce ^{1, 2}		16 juillet 1962
Guatemala ^{1, 2}		21 mars 1984
Guinée		23 janvier 1991
Haïti		5 décembre 1983
Hongrie ^{1, 2}		5 mars 1962
Inde ^{1, 2}	10 juin 1958	13 juillet 1960
Indonésie ^{1, 2}		7 octobre 1981
Irlande ¹		12 mai 1981
Israël	10 juin 1958	5 janvier 1959
Italie		31 janvier 1969
Japon ¹		20 juin 1961
Jordanie	10 juin 1958	15 novembre 1979
Kenya ¹		10 février 1989
Koweït ¹		28 avril 1978
Lesotho		13 juin 1989
Lettonie		14 avril 1992
Luxembourg ¹	11 novembre 1958	9 septembre 1983
Madagascar ^{1, 2}		16 juillet 1962
Malaisie ^{1, 2}		5 novembre 1985
Maroc ¹		12 février 1959
Mexique		14 avril 1971
Monaco ^{1, 2}	31 décembre 1958	2 juin 1982
Niger		14 octobre 1964
Nigéria ^{1, 2}		17 mars 1970
Norvège ^{1, 6}		14 mars 1961
Nouvelle-Zélande ¹		6 janvier 1983
Ouganda ¹		12 février 1992

<i>Etat</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion</i>
Pakistan	30 décembre 1958	
Panama		10 octobre 1984
Pays-Bas ¹	10 juin 1958	24 avril 1964
Pérou		7 juillet 1988
Philippines ^{1, 2}	10 juin 1958	6 juillet 1967
Pologne ^{1, 2}	10 juin 1958	3 octobre 1961
République arabe syrienne		9 mars 1959
République centrafricaine ^{1, 2}		15 octobre 1962
République de Corée ^{1, 2}		8 février 1973
République-Unie de Tanzanie ¹		13 octobre 1964
Roumanie ^{1, 2, 4}		13 septembre 1961
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ¹		24 septembre 1975
Saint-Marin		17 mai 1979
Saint-Siège ^{1, 2}		14 mai 1975
Singapour ¹		21 août 1986
Slovénie ^{1, 2}		25 juin 1991***
Sri Lanka	30 décembre 1958	9 avril 1962
Suède	23 décembre 1958	28 janvier 1972
Suisse	29 décembre 1958	1er juin 1965
Tchécoslovaquie ^{1, 4}	3 octobre 1958	10 juillet 1959
Thaïlande		21 décembre 1959
Trinité-et-Tobago ^{1, 2}		14 février 1966
Tunisie ^{1, 2}		17 juillet 1967
Turquie ^{1, 2}		2 juillet 1992
Ukraine ^{1, 4}	29 décembre 1958	10 octobre 1960
Uruguay		30 mars 1983
Yougoslavie ^{1, 2, 7}		26 février 1982

Simple signatures : 2; ratifications et adhésions : 90.

*La Convention a fait l'objet d'une adhésion de l'ancienne République démocratique allemande le 20 février 1975, avec les réserves^{1, 2} et ³.

**La Fédération de Russie a succédé, à la date du 24 décembre 1991, à l'ancienne Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, et assume intégralement, à compter de cette date, tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.

***Instrument de succession reçu le 6 juillet 1992.

Déclarations et réserves

(A l'exclusion des déclarations territoriales et de certaines autres réserves et déclarations de nature politique)

¹La Convention s'appliquera uniquement à la reconnaissance et à l'exécution des sentences prononcées sur le territoire d'un autre Etat contractant.

²La Convention s'appliquera seulement aux différends issus de relations juridiques — contractuelles ou non — que la loi nationale considère comme étant d'ordre commercial.

³La présente Convention doit être interprétée compte tenu des principes et règles de la Constitution nationale en vigueur ou de ceux qui résultent de réformes prévues par la Constitution.

⁴En ce qui concerne les sentences prononcées sur le territoire d'Etats non contractants, la Convention ne s'appliquera que dans la mesure où ces Etats accordent un traitement réciproque.

⁵Le Canada a déclaré qu'il n'appliquerait la Convention qu'aux différends issus de relations juridiques — contractuelles ou non — que la loi nationale considère comme étant d'ordre commercial, sauf dans le cas de la province de Québec où la loi ne prévoit pas de telles limites.

⁶La Convention ne s'appliquera pas aux différends portant sur des biens immobiliers situés dans l'Etat considéré ou sur un droit relatif auxdits biens.

⁷La Convention s'appliquera seulement aux sentences arbitrales postérieures à son entrée en vigueur.

VII. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance technique : note du Secrétariat (A/CN.9/379) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-2
I. SÉMINAIRES NATIONAUX	3-7
II. CINQUIÈME COLLOQUE DE LA CNUDCI SUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL	8-10
III. AUTRES SÉMINAIRES, COURS ET ATELIERS	11
IV. ASSISTANCE TECHNIQUE	12
V. CONFÉRENCES ET RÉUNIONS D'AUTRES ORGANISATIONS	13
VI. ACTIVITÉS FUTURES	14-18
A. Formation	14-16
B. Coordination de la formation et de l'assistance technique avec d'autres organisations	17-18
VII. PROGRAMME DE STAGES	19
VIII. ASPECTS FINANCIERS ET ADMINISTRATIFS	20-22

INTRODUCTION

1. Il a été décidé, à la vingtième session de la Commission (1987), d'accorder une attention accrue, dans les pays en développement en particulier, à la formation et à l'assistance, ainsi qu'à la promotion des textes juridiques élaborés par la Commission. On a reconnu que la tenue, dans les pays en développement, de séminaires et de colloques permettrait de mieux faire connaître les instruments de droit commercial international universellement acceptables, qui offraient l'avantage de lever les obstacles au commerce international qu'entraînaient les disparités et les insuffisances des lois nationales. On a ainsi noté que "la formation et l'assistance constituaient une importante activité de la Commission à laquelle il faudrait dorénavant accorder un rang de priorité plus élevé¹".

2. Conformément à cette décision de la Commission, le Secrétariat s'est efforcé, ces dernières années notamment,

de mettre au point un programme de formation et d'assistance plus vaste que celui qui avait été exécuté auparavant. Ce programme vise principalement à faire connaître aux juristes, aux fonctionnaires, aux milieux commerciaux et d'affaires et aux spécialistes, dans les pays en développement en particulier, les travaux de la CNUDCI et les textes juridiques qui en découlent, et à leur expliquer les avantages de l'adoption et de l'utilisation de ces instruments de droit commercial. Au cours du Congrès de la CNUDCI sur le droit commercial international, tenu dans le cadre de la vingt-cinquième session de la Commission (1992), conférenciers et participants ont souligné la nécessité de renforcer les activités de formation et d'assistance technique. La présente note a pour but d'exposer les activités que le Secrétariat a entreprises à la suite de ladite session de la Commission et d'examiner de possibles activités futures. Il y a lieu de relever d'emblée que, bien que le Secrétariat n'ait épargné aucun effort durant cette période pour faire face à la croissante demande de formation et d'assistance technique, de la part notamment des pays en développement et des Etats nouvellement indépendants, il n'a cependant pas pu pleinement répondre aux besoins de ces pays en raison de ressources financières extrêmement limitées.

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit international sur les travaux de sa vingtième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/42/17)*, par. 335.

I. SÉMINAIRES NATIONAUX

3. L'expérience du Secrétariat au cours des dernières années montre que, très souvent, les séminaires nationaux peuvent avoir un coût-efficacité supérieur à celui des séminaires régionaux. En ce qui concerne les séminaires régionaux en effet, l'Organisation des Nations Unies prend à sa charge les frais de transport des participants à partir de leurs pays respectifs ainsi que leurs frais de logement au lieu choisi pour la tenue du séminaire. Il s'ensuit que le nombre des participants doit être normalement limité à deux ou trois pour chacun des pays retenus, et que les participants ne peuvent que très rarement prendre part à un séminaire sans qu'il en coûte rien à l'Organisation. Ce n'est généralement le cas que des participants du pays où se tient le séminaire. S'agissant des séminaires nationaux, le Secrétariat organise d'ordinaire une mission de deux ou trois conférenciers faisant ou non partie du Secrétariat dans les pays dont les autorités locales ont accepté d'accueillir le séminaire et d'inviter les participants. Les frais à la charge du pays hôte sont très limités étant donné qu'il est normalement possible de tenir un séminaire en un lieu où résident la plupart des personnes intéressées et les participants potentiels de ce pays. Les séminaires nationaux permettent ainsi de réunir un nombre maximum de participants à un coût relativement faible et de bénéficier du concours particulièrement actif des autorités locales et d'autres organisations de parrainage, tant en ce qui concerne la préparation que le déroulement du séminaire. C'est pourquoi le Secrétariat a surtout favorisé récemment la tenue de séminaires nationaux.

4. Au cours de la dernière série de séminaires nationaux, des informations ont été fournies sur les éléments de base des principaux sujets du droit commercial international, comme la vente internationale de marchandises, le transport international et l'entreposage de marchandises, le règlement international des différends et les paiements internationaux. A cet égard, les textes juridiques suivants élaborés par la CNUDCI ont été présentés pour examen et discussion. S'agissant de la vente de marchandises, ces textes étaient ceux de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980), de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974), telle que modifiée par le Protocole de 1980, et du Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations internationales d'échanges compensés. Dans le domaine du transport, les textes en question étaient ceux de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg) et de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991). En matière de banque et de paiements internationaux, les textes étaient ceux de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988), de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992), du projet de loi type sur la passation des marchés et du projet de convention sur les garanties et lettres de crédit stand-by. A propos du règlement des différends commerciaux, ces textes étaient ceux de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ainsi que de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales

étrangères (New York, 1958), bien que cette Convention soit antérieure à la création de la CNUDCI, étant donné l'importance essentielle qu'elle revêt pour les travaux de la Commission dans ce domaine. A l'égard de la passation des marchés, les textes étaient ceux du projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, et du Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles. Outre ces textes qui découlent des travaux de la CNUDCI, un certain nombre d'autres textes juridiques résultant des travaux d'autres organisations internationales ont été également présentés, comme ceux des conventions relatives à la représentation, à l'affacturage et au leasing, établis par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, des Incoterms et des règles uniformes relatives aux garanties sur demande, établis par la Chambre de commerce internationale, et de la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, adoptée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

5. Des exposés ont été généralement faits par deux membres du Secrétariat, un ou deux consultants externes et des experts des pays hôtes. Des fonctionnaires, des juristes, des membres des milieux commerciaux et d'affaires et des universitaires ont participé à tous les séminaires.

6. Après chaque séminaire, le secrétariat de la CNUDCI est resté en étroit contact avec les participants au séminaire en vue de fournir au pays hôte le plus grand appui possible au cours du processus d'examen et d'élaboration de textes législatifs touchant l'adoption et l'utilisation de textes juridiques de la CNUDCI.

7. Depuis la session précédente, des séminaires ont été organisés à :

a) *Bangkok (Thaïlande) (3-5 novembre 1992)*, en coopération avec le Ministère des affaires étrangères; quelque cent cinquante participants y ont pris part;

b) *Jakarta et Surabaya (Indonésie) (9-10, 12-13 novembre 1992)*, en coopération avec le Ministère des affaires étrangères; quelque cent cinquante participants y ont pris part;

c) *Lahore (Pakistan) (4-6 janvier 1993)*, en coopération avec le Bureau de promotion des exportations et la Research Society for International Law; quelque soixante-quinze participants y ont pris part;

d) *Colombo (Sri Lanka) (9-11 janvier 1993)*, en coopération avec le Bureau du Procureur général, le Barreau de Sri Lanka et l'Université de Colombo; quelque cent soixante participants y ont pris part;

e) *Dacca (Bangladesh) (16-18 janvier 1993)*, en coopération avec le Bureau de promotion des exportations et le Bangladesh Institute of Law and International Affairs; quelque soixante-dix participants y ont pris part;

f) *Kiev (Ukraine) (7-10 février 1993)*, en coopération avec le Ministère des relations économiques extérieures; une trentaine de participants y ont pris part;

g) *Varsovie (Pologne) (22-23 février 1993)*, en coopération avec la Chambre de commerce polonaise; une quarantaine de participants y ont pris part;

h) *Rogaska Slatina (Slovénie) (22-24 avril 1993)*, en coopération avec la Faculté de droit de Maribor et les autorités publiques slovènes; quelque quatre-vingt-dix participants y ont pris part.

II. CINQUIÈME COLLOQUE DE LA CNUDCI SUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

8. Ainsi qu'il a été annoncé à la vingt-quatrième session de la Commission (1991)², le Secrétariat organise actuellement le cinquième Colloque de la CNUDCI sur le droit commercial international, qui doit se tenir dans le cadre de la vingt-sixième session de la Commission (Vienne, 12-16 juillet 1993). Ce colloque est destiné à faire connaître à de jeunes juristes la CNUDCI en tant qu'institution et à les mettre au courant des textes juridiques issus de ses travaux. On peut relever que, jusqu'à fin avril 1993, on ne savait pas si l'on pourrait disposer de ressources suffisantes dans le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI en vue de financer les frais du nombre habituel de participants (35 environ). Il est apparu ultérieurement que 20 participants seulement pourraient bénéficier de ce financement, étant donné la réduction du nombre et du niveau des contributions au Fonds d'affectation spéciale.

9. Comme cela a été le cas pour le quatrième Colloque en 1991, ce sont essentiellement des représentants à la vingt-sixième session et des membres du Secrétariat qui ont été invités à faire des exposés. Afin de réduire les frais d'interprétation et de permettre d'accroître les communications entre les participants eux-mêmes, le Colloque ne sera tenu qu'en anglais et en français. Le sixième Colloque, envisagé en 1995, serait tenu en anglais et en espagnol.

10. Les frais de voyage des vingt participants de pays d'Afrique seront couverts à partir du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI. Un certain nombre de personnes participeront en outre au colloque à leur propre compte. Le nombre de ces dernières devrait être égal à celui des participants dont les frais de déplacement sont payés.

III. AUTRES SÉMINAIRES, COURS ET ATELIERS

11. Des membres du secrétariat de la CNUDCI ont fait des exposés aux séminaires et cours suivants, durant lesquels des textes juridiques de la CNUDCI ont été présentés pour examen et discussion : Atelier SIGMA sur la passation de marchés publics (Vienne, octobre 1992), organisé conjointement avec l'OCDE et les Communautés européennes; Conférence sur la coopération entre les Communautés européennes et les pays de la Communauté d'Etats indépendants en matière d'instauration d'un système juridique d'économie de marché (Kiev, 11-13 novembre 1992); Consultations avec des fonctionnaires de Singapour responsables du commerce sur tous les textes juridiques de la CNUDCI, et avec le Centre d'arbitrage international de Singapour et les juristes et arbitres intéressés en ce qui

concerne la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (Singapour, 16 novembre 1993); Atelier SIGMA sur les aspects pratiques de l'application des systèmes de passation de marchés publics (Paris, 12-16 avril 1993); Cours d'études supérieures de droit commercial international, dispensés par le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail (OIT) et l'Institut d'études européennes de l'Université de Turin (Turin, 10-11 mai 1993).

IV. ASSISTANCE TECHNIQUE

12. Dans beaucoup de pays, en particulier les pays en développement, la sensibilisation aux textes juridiques de la CNUDCI a provoqué un accroissement des demandes d'assistance technique de gouvernements ou d'organisations régionales. On a ainsi, au titre de cette assistance, fourni des observations écrites sur des rapports et des projets de loi, préparé des "modes d'emploi concernant l'adhésion" ou comparé tel ou tel texte juridique de la CNUDCI avec la législation existante d'un pays déterminé en examinant les avantages et les inconvénients respectifs des deux. Depuis la dernière session, le Secrétariat a, par exemple, passé en revue les projets de loi d'un certain nombre de pays, inspirés de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ou du projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, et formulé des observations à ce sujet. Le Secrétariat a également fourni une assistance aux organisations régionales en examinant, notamment, les lois des Etats membres de telle ou telle organisation aux fins d'harmonisation et d'unification possible, ou en mettant un consultant à leur disposition.

V. CONFÉRENCES ET RÉUNIONS D'AUTRES ORGANISATIONS

13. Des membres du secrétariat de la CNUDCI ont participé aux conférences et réunions suivantes d'autres organisations, au cours desquelles des informations sur les textes juridiques de la CNUDCI ont été données et les activités touchant l'unification et l'harmonisation du droit commercial ont été discutées : Groupe de travail spécial de la CNUCED sur l'efficacité commerciale (Genève, 16-20 novembre 1992); Réunion des organes délibérants et célébration du dixième anniversaire de la Zone d'échanges préférentiels des Etats de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (ZEP) (Lusaka, 7-22 janvier 1993); Conférence annuelle du Comité consultatif juridique afro-asiatique (Kampala, 1^{er}-6 février 1993); Conférence sur l'arbitrage commercial international dans un monde en évolution, tenue par le Conseil international pour l'arbitrage commercial (Bahreïn, 14-16 février 1993); et Colloque d'arbitres du Tribunal d'arbitrage international de Londres (Londres, 23-25 avril 1993).

VI. ACTIVITÉS FUTURES

A. Formation

14. Le Secrétariat envisage d'intensifier encore ses efforts tendant à organiser et coparrainer des séminaires et colloques sur le droit commercial international, destinés en

²Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-quatrième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément n° 17 (A/46/17)*, par. 337.

particulier aux pays en développement et aux Etats nouvellement indépendants. C'est ainsi qu'il est prévu de tenir, pendant le reste de 1993, des séminaires dans les pays suivants : Argentine, Azerbaïdjan, Bélarus, Brésil, Géorgie, Moldova, Mongolie et Ouzbékistan. On envisage de répondre en 1994 aux autres demandes de séminaires qui ont été reçues de divers pays africains, latino-américains et des Caraïbes. Il convient cependant de souligner que la capacité du Secrétariat à cet égard dépend des ressources qui seront mises à sa disposition sous forme de contributions au Fonds d'affectation spéciale.

15. Le Secrétariat s'est vu attribuer un rôle important dans la prochaine conférence de l'Association juridique de l'Asie et du Pacifique qui doit se tenir à Colombo (Sri Lanka) du 12 au 16 septembre 1993. L'Association juridique de l'Asie et du Pacifique est une organisation internationale de juristes des secteurs public et privé des pays de la région. La conférence bisannuelle de l'Association vise à fournir aux participants des informations à jour sur une vaste gamme d'importantes questions de droit interne et de droit international et de permettre aux juristes des différents pays de la région de se rencontrer. On compte réunir cette année un millier de juristes de pays de la région, dont de hauts fonctionnaires dans le domaine du droit, des juges et des juristes du secteur privé. Dans le cadre du programme de la conférence, le secrétariat de la CNUDCI organisera, du 13 au 16 septembre 1993, un atelier spécial destiné à mettre les participants au courant des textes juridiques de la CNUDCI. Un jeu de documents de la CNUDCI sera remis à toutes les personnes prenant part à la conférence.

16. Le Secrétariat a accepté de coparrainer le cours d'études supérieures de droit commercial international de trois mois qui sera organisé à Turin en 1994 par l'Institut d'études européennes de l'Université de Turin et le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail. En 1993, ce cours, qui était dispensé pour la troisième fois, a réuni 19 participants d'Italie et 19 participants d'autres pays, dont 12 pays en développement. Le cours porte sur des questions d'harmonisation du droit commercial international et différentes questions figurant au programme de travail de la Commission.

B. Coordination de la formation et de l'assistance technique avec d'autres organisations

17. Conformément à la politique du Secrétaire général tendant à mettre au point une approche intégrée des activités d'assistance du système des Nations Unies, le Secrétariat a établi des contacts avec le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), principal organe des Nations Unies en matière de coordination de l'assistance technique. Une telle coordination a pour but de déterminer la manière dont la CNUDCI peut contribuer aux efforts des Nations Unies pour fournir aux pays une assistance approfondie, cohérente et intégrée en matière de développement. On espère que cette coordination permettra d'incorporer les activités de formation et d'assistance technique de la CNUDCI dans les programmes d'assistance technique des Nations Unies, notamment dans le domaine de la réforme du droit.

18. Aux fins de la coordination des activités de formation et d'assistance technique, le Secrétariat a également établi des contacts avec les Services consultatifs juridiques pour le développement, récemment créés au sein du Secrétariat de l'ONU. Le Secrétariat a pris par ailleurs contact avec des organisations extérieures au système des Nations Unies. Des liens de coordination ont été ainsi instaurés avec le programme SIGMA de l'OCDE dans le domaine de la passation de marchés, ainsi qu'avec le Conseil de coopération technique du Pacifique en ce qui concerne un programme d'action sur l'harmonisation du droit commercial dans la région du Pacifique.

VII. PROGRAMME DE STAGES

19. Le programme de stages est destiné à permettre à des personnes venant d'obtenir un diplôme de droit ou ayant presque achevé leurs études en vue de l'obtention d'un tel diplôme, de travailler comme stagiaires dans le Service du droit commercial international. Ces stagiaires se voient confier des tâches spécifiques concernant des projets sur lesquels travaille le Secrétariat. Les participants au programme peuvent ainsi se familiariser avec les travaux de la CNUDCI et se perfectionner dans des domaines spécifiques du droit commercial international. En outre, le Secrétariat accueille parfois des juristes et des spécialistes pendant une période de temps déterminée. Le Secrétariat ne dispose malheureusement pas de fonds pour aider les stagiaires à faire face à leurs dépenses de voyage et autres frais. Les stagiaires bénéficient souvent d'une aide d'une organisation, d'une université ou d'un organisme public, ou prennent leurs frais à leur charge. L'année dernière, le Secrétariat a accueilli sept stagiaires qui venaient des pays suivants : Allemagne, Australie, Chine, Etats-Unis d'Amérique, France et Soudan.

VIII. ASPECTS FINANCIERS ET ADMINISTRATIFS

20. Le bon déroulement du programme de formation et d'assistance, en ce qui concerne en particulier la tenue de séminaires régionaux ou nationaux, dépend de la mesure dans laquelle on peut continuer de disposer de ressources financières suffisantes. Le budget ordinaire ne prévoit pas de crédits pour les frais de déplacement des participants et des conférenciers. Les dépenses correspondantes doivent donc être couvertes par des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI. Les contributions versées à ce Fonds sur plusieurs années offrent un intérêt particulier car elles permettent au Secrétariat de prévoir et de financer le programme sans avoir à solliciter des donateurs potentiels pour chaque activité. Le Canada et la Finlande effectuent de telles contributions. Les contributions annuelles de la France et de la Suisse ont été en outre utilisées pour le programme de séminaires. Chypre a également versé une contribution financière. Le Danemark a d'autre part versé une contribution pour le financement du cinquième Colloque de la CNUDCI. La Commission souhaitera sans doute exprimer sa gratitude aux Etats et organisations qui contribuent au programme de formation et d'assistance de

la Commission par des apports de fonds ou de personnel ou en accueillant des séminaires.

21. Ainsi qu'il a été noté ci-dessus à propos de l'organisation du cinquième Colloque de la CNUDCI sur le droit commercial international (voir par. 8), alors que les demandes adressées à la CNUDCI en matière de formation et d'assistance technique par des pays en développement ou nouvellement indépendants se sont considérablement accrues, la planification et l'organisation de telles activités sont entravées du fait qu'aucun nouvel Etat n'a versé de contributions, que certains contributeurs ont réduit le niveau de leurs versements et que certains autres Etats ont cessé de contribuer ou ont informé le Secrétariat qu'ils cesseraient de le faire à l'avenir. Il y a cependant lieu de faire ressortir qu'une formation et une assistance technique efficaces dans le domaine du droit commercial international sont relativement peu coûteuses, tandis que les avantages de la modernisation et de l'harmonisation progressive des dispositions juridiques en matière de commerce sont considérables, non seulement pour les pays qui bénéficient

d'une telle formation ou assistance, mais également pour le développement des échanges commerciaux.

22. En vue de s'assurer l'appui nécessaire sur les plans financier, administratif et du personnel pour asseoir le programme de formation et d'assistance technique sur des bases solides, le Secrétariat étudie les moyens de réduire encore le coût de ce programme et d'obtenir le soutien d'organismes d'aide multilatérale et bilatérale qui semblent de plus en plus considérer la réforme et la modernisation du droit comme des éléments essentiels de leurs activités d'assistance. La Commission voudra peut-être demander à tous les Etats d'envisager de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI afin de permettre au Secrétariat de donner suite aux demandes croissantes de formation et d'assistance des pays en développement et des Etats nouvellement indépendants. La Commission souhaitera peut-être aussi lancer un appel aux organismes d'assistance, notamment ceux du système des Nations Unies, en vue d'un appui, d'une coopération et d'une coordination accrues.

VIII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI

Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>
I. PORTÉE ET OBJET DU SYSTÈME D'INFORMATION	1-6
II. COLLECTE DE DÉCISIONS ET DE SENTENCES	7-11
III. STRUCTURE ET OBJET DES RÉSUMÉS	12-17
IV. PUBLICATIONS ULTÉRIEURES D'INDEX	18-19
V. RESTRICTIONS ÉVENTUELLES LIÉES AU COPYRIGHT	20-22
VI. PROCÉDURES ADMINISTRATIVES A SUIVRE PAR LES UTILISATEURS DU RECUEIL	23-25

<i>Annexes</i>	<i>Pages</i>
I. Correspondants nationaux	322
II. Abréviations et titres abrégés des texte juridiques de la CNUDCI	323

I. PORTÉE ET OBJET DU SYSTÈME D'INFORMATION

1. Sur la base d'une décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), à sa vingt et unième session (A/43/17, par. 98 à 109), le secrétariat a mis en place un système de collecte et de diffusion d'informations sur les décisions judiciaires et sentences arbitrales concernant les conventions et lois types émanant des travaux de la Commission.

2. L'objet du système est le suivant : promouvoir la diffusion internationale des textes juridiques élaborés ou adoptés par la Commission, permettre aux juges, arbitres, juristes, parties à des opérations commerciales et autres personnes intéressées de tenir compte des décisions et sentences liées à ces textes lorsqu'ils traitent de questions relevant de leur domaine de responsabilités et promouvoir une application et une interprétation uniformes de ces textes.

3. A l'heure actuelle, le système englobe les textes juridiques suivants :

- Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974), et Convention telle que modifiée par le Protocole de 1980;

- Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980);
- Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985);
- Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg).

4. Le système englobera également les conventions et lois types suivantes — et toutes conventions et lois types futures — lorsqu'elles entreront en vigueur ou seront adoptées par les États :

- Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988);
- Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991);
- Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992).

5. Le système se fonde sur un réseau de correspondants nationaux, désignés par les États qui sont parties à une convention ou ont adopté un texte législatif fondé sur une loi type (ci-après dénommés les "États d'application"). On trouvera à l'annexe I du présent guide une liste des correspondants nationaux. Ces correspondants recueillent

des décisions judiciaires et sentences arbitrales et en établissent des sommaires dans l'une des langues officielles de l'Organisation des Nations Unies (c'est-à-dire l'anglais, l'arabe, le chinois, l'espagnol le français et le russe). Le secrétariat classe les décisions et sentences. Les sommaires sont ensuite traduits par le secrétariat dans les cinq autres langues des Nations Unies et publiés dans les six langues, dans des publications régulières de la CNUDCI (sous la cote A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/...). Il est prévu que de tels documents seront publiés lorsque suffisamment de sommaires auront été reçus pour justifier le coût de la publication. Ainsi, les sommaires seront publiés à intervalles irréguliers.

6. On notera que, vu la nature du système, ni les correspondants nationaux, ni tout autre personne participant directement ou indirectement à son fonctionnement n'assument aucune responsabilité en cas d'erreur ou d'omission relative à tout ou tel ou tel aspect du système ou de sa mise en œuvre.

II. COLLECTE DE DÉCISIONS ET DE SENTENCES

7. Le système permettra de rassembler les décisions et sentences arbitrales pertinentes pour l'interprétation ou l'application d'un texte juridique de la CNUDCI. Il s'agit des décisions et sentences interprétant ou appliquant une ou des dispositions particulières, ainsi que celles qui, sans faire référence à une disposition précise, font référence au texte juridique dans son ensemble. Par exemple, seront incluses les décisions aux termes desquelles un texte n'est pas applicable en l'espèce.

8. La première tâche des correspondants nationaux est de recueillir les décisions prises par les tribunaux de leur Etat. Ils peuvent aussi recueillir d'autres décisions ou sentences pertinentes, notamment celles se rattachant à une loi nationale qui s'inspire largement du texte d'une convention élaborée par la CNUDCI, même si l'Etat n'est pas partie à la Convention. Normalement, seules les décisions et sentences définitives sont recueillies; lorsqu'une décision est susceptible d'appel ou de recours, le sommaire fera état de ce fait.

9. La collecte de sentences arbitrales appelle des considérations particulières. L'accessibilité des sentences arbitrales varie considérablement et est en général assez limitée, souvent pour des raisons de confidentialité ou parfois du fait des usages généraux d'une institution d'arbitrage. La disponibilité de sentences rendues par des tribunaux arbitraux dans le cadre de procédures qui ne sont pas administrées par une institution d'arbitrage est sans doute encore plus limitée. Ainsi, les sentences arbitrales ne seront incluses dans la collection que dans la mesure où elles seront portées à l'attention des correspondants nationaux et sous la forme sous lesquelles elles auront été mises à leur disposition.

10. Dans de nombreux cas, la décision judiciaire ou sentence arbitrale complète, dans sa langue originale, sera communiquée au secrétariat. Souvent, toutefois, certaines parties d'une décision ou sentence arbitrale seront omises, par exemple, pour des raisons de confidentialité ou parce qu'elles n'ont pas de rapport avec un texte de la CNUDCI, ou encore parce qu'elles ne sont pas disponibles au correspondant national.

11. Le secrétariat classera les décisions et sentences sous la forme sous laquelle elles lui auront été envoyées par les correspondants nationaux. Sous réserve de restrictions éventuelles liées au copyright, elles seront, sous cette forme, mises à la disposition de toute personne intéressée, sur demande et contre paiement d'un montant couvrant les frais de photocopie et d'expédition (voir ci-après, par. 20 à 25).

III. STRUCTURE ET OBJET DES RÉSUMÉS

12. Chaque sommaire sera numéroté en fonction de l'ordre dans lequel il sera publié, quel que soit le texte juridique auquel la décision ou sentence fait référence et quel que soit le pays d'origine. Après le numéro, les dispositions de la convention ou loi type pertinente mentionnées dans la décision ou la sentence seront indiquées. On utilisera pour cela les abréviations et titres abrégés présentés dans la liste figurant à l'annexe II du guide (par exemple, "CVIM 1-1 a, b; 99-6; 100-2").

13. Ensuite, d'autres données seront fournies : désignation du tribunal ou du tribunal arbitral, date de la décision ou de la sentence, nom des parties lorsqu'il est disponible et tout autre mode d'identification de la décision ou sentence arbitrale au moyen des modes officiels ou usuels d'expression dans une juridiction donnée.

14. Référence sera également faite à la source auprès de laquelle a été obtenue une décision ou sentence publiée. Si la décision ou sentence retenue est une copie de la décision ou sentence originale, elle sera assortie de la notation "original". Si elle est reprise d'une publication, on utilisera la formule "publié dans : ...". Après l'indication de la source, on précisera la langue de la décision ou de la sentence.

15. Enfin, divers renseignements supplémentaires seront donnés : auteur du sommaire lorsqu'il n'est pas le correspondant national du pays d'origine; indication du fait que le dossier original est, le cas échéant, conservé par le secrétariat sous une forme autre que sur papier; et indication, le cas échéant, du fait que le dossier est stocké sur une base de données extérieure; référence aux reproductions de la décision ou sentence arbitrale ultérieures à sa publication initiale; toute traduction de la décision ou sentence dans des langues autres que la langue originale; et notes ou commentaires publiés portant expressément sur la décision ou la sentence. Toute publication ultérieure de la décision ou de la sentence arbitrale sera mentionnée dans des documents ultérieurs, sous le numéro du résumé. On notera que, lorsqu'il sera fait référence à des publications, les abréviations de ces publications ne seront pas utilisées.

16. Les sommaires ont simplement pour objet de donner au lecteur suffisamment de renseignements pour lui permettre de décider s'il lui serait utile d'obtenir le texte intégral de la décision ou sentence arbitrale. Les résumés ne dépasseront normalement pas une demi-page, vu le grand nombre de décisions et sentences arbitrales que l'on compte recueillir et le coût de la publication. Des exceptions seront faites lorsqu'une décision ou sentence est particulièrement complexe ou traite de plusieurs dispositions d'un texte de la CNUDCI. Par souci de concision, la section du sommaire traitant du fond ne sera normalement

pas un résumé complet de la décision ou de la sentence, mais indiquera simplement les questions particulières se rattachant à l'application et à l'interprétation du texte pertinent de la CNUDCI dans ladite décision ou sentence.

17. De ce fait, les questions suivantes seront normalement incluses dans chaque sommaire : justification de la manière dont la disposition du texte de la CNUDCI a été appliquée ou interprétée, y compris toute mention particulière d'un principe ou d'une autre disposition dudit texte, de la jurisprudence, de clauses contractuelles pertinentes et de faits particuliers; réparation ou moyen de recours visés par le demandeur et tout autre élément décrivant le contexte dans lequel l'affaire a été tranchée; pays des parties et type de relations commerciales ou d'opérations en jeu. Le sommaire pourra être accompagné d'une note présentant les propositions juridiques énoncées en l'espèce.

IV. PUBLICATIONS ULTÉRIEURES D'INDEX

18. Afin d'améliorer l'utilité du système, le secrétariat a l'intention de publier en temps utile des index pour chaque texte juridique pertinent de la CNUDCI. Compte tenu du nombre de sommaires relatifs à un texte donné de la CNUDCI, le premier index pourra être publié dans environ trois ans, puis mis à jour probablement chaque année.

19. Chaque index se fondera sur un mécanisme de classification ("thesaurus") établi par le secrétariat et suivra l'ordre des dispositions du texte pertinent, avec des sous-catégories, le cas échéant. Il énumérera, pour ces dispositions et sous-catégories, le numéro des sommaires pertinents déjà publiés en indiquant le pays d'origine et l'année de la décision ou de la sentence. Ainsi, une personne s'intéressant à l'application ou à l'interprétation d'une disposition ou d'un terme donnés pourra se référer à tous les sommaires pertinents.

V. RESTRICTIONS ÉVENTUELLES LIÉES AU COPYRIGHT

20. Comme il est indiqué ci-dessus (par. 11), toutes les décisions et sentences arbitrales conservées par le secrétariat seront mises à la disposition du public sur demande, sous réserve de toutes restrictions relatives au copyright liées aux décisions et sentences. Lorsque exceptionnellement, la source ou l'éditeur de la décision ou sentence originale n'autorisent pas la distribution au public d'exemplaires de ladite décision ou sentence, le secrétariat ne fournira pas de copie du texte original. Le sommaire fera état de cette interdiction et renverra l'utilisateur à la source ou à l'éditeur.

21. Les résumés et index feront l'objet d'une demande de copyright auprès du Comité des publications de l'ONU, conformément à la réglementation de l'ONU régissant le copyright des publications des Nations Unies. Chaque publication comportera un avis de copyright.

22. Comme il sera indiqué dans cet avis, les gouvernements et organismes gouvernementaux pourront reproduire ou traduire les documents sans autorisation, mais seront

priés d'en informer l'Organisation des Nations Unies. Pour ce qui est de toutes les autres entités, les demandes d'autorisation de reproduction ou de traduction de publications ou de portions de publications faisant l'objet d'un copyright devront être soumises au secrétaire du Comité des publications de l'Organisation des Nations Unies, New York, N.Y. 10017. Avant de répondre à une demande de cet ordre, le Comité des publications consultera normalement le secrétariat de la CNUDCI; les correspondants nationaux et le secrétariat de la CNUDCI tiendront compte à ce propos de l'objectif du système d'information, qui est de faire connaître dans le monde entier l'application des textes juridiques de la CNUDCI et ils seront donc enclins à répondre favorablement aux demandes de reproduction ou de traduction de sommaires ou d'index.

VI. PROCÉDURES ADMINISTRATIVES A SUIVRE PAR LES UTILISATEURS DU RECUEIL

23. Comme il est indiqué ci-dessus (par. 11), des copies des décisions et sentences arbitrales disponibles au public seront envoyées à toute personne intéressée, sur demande et contre paiement d'un montant destiné à couvrir les frais de photocopie et d'expédition. Ce montant, qui dépendra du type de copie demandé, sera déterminé par le Secrétariat. Il sera plus élevé si l'utilisateur souhaite qu'on lui envoie le texte demandé par télécopieur ou que l'on fasse appel à un service de messagerie.

24. Pour des raisons administratives, le secrétariat préfère de ne pas prélever un montant pour chaque demande. Il est donc proposé que les utilisateurs du système, lorsqu'ils feront leur première demande de copies, versent un montant forfaitaire de trente (30) dollars des Etats-Unis; une fois ce montant épuisé, ils effectueront un nouveau versement. En outre, les utilisateurs seront priés d'accepter par écrit de se conformer à tout copyright dans l'utilisation des copies et autres documents.

25. La procédure de souscription décrite au paragraphe précédent permettra d'offrir à toute personne ou entité s'y conformant le statut d'"utilisateur du Recueil", qui lui donnera les avantages suivants : les utilisateurs recevront tous les documents publiés dans le cadre du système et distribués aux gouvernements, aux organisations internationales, aux bibliothèques dépositaires et aux destinataires similaires des documents des Nations Unies. Ils recevront ainsi directement tous les volumes du recueil de sommaires, ainsi que les index de tous les textes juridiques de la CNUDCI. En outre, ils recevront les informations voulues en cas de modification éventuelle du système, ainsi que toute information similaire pouvant les intéresser. Pour obtenir des détails sur la procédure à suivre pour recevoir le Recueil de jurisprudence, les intéressés sont priés d'écrire au secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante :

Secrétariat de la CNUDCI
Centre international de Vienne
B. P. 500
A-1400 Vienne
Autriche

Télécopieur : (43-1) 237485
Télex : 135612 uno a
Téléphone : (43-1) 21131-4061

Annexe I

Correspondants nationaux

ALLEMAGNE	M. Reinhard RENGER Ministère fédéral de la justice Heinemannstrasse 6 D-5300 BONN 2	ÉGYPTE	H. E. Ambassador Ibrahim YOUSSEFI Director of the Legal and Treaties Department Ministry of Foreign Affairs 35 Twenty First Street Maadi, LE CAIRE
ARGENTINE	Sra. Ana Isabel PIAGGI DE VANOSI Juez Nacional Cámara Apelaciones Comercial Profesora de Derecho Comercial y Derecho Económico en la Universidad de Buenos Aires Avda. Figueroa Alcorta 3255 1425 BUENOS AIRES	ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE	Professor John O. HONNOLD University of Pennsylvania School of Law 3400 Chestnut Street PHILADELPHIA, Pennsylvania 19104-6204 Professor Peter Winship School of Law Southern Methodist University DALLAS, Texas, 75275-0116
AUSTRALIE	M. Warwick SMITH Principal Legal Officer International Trade Law Section Business Affairs Division Attorney-General's Department National Circuit BARTON ACT 2600	FINLANDE	M. Thomas WILHELMSSON Professeur Université d'Helsinki Yksityisoikenden laitios Vuorikatu 5 C 00100 HELSINKI
AUTRICHE	M. Alfred DUCHEK Avocat général Ministère fédéral de la justice Museumstrasse 12 1016 VIENNE	FRANCE	Bureau du droit international et de l'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale du Service des affaires européennes et internationales Place Vendôme F-75042 PARIS CEDEX 01
BARBADE	M. Carlisle S. PAYNE Deputy Solicitor General BRIDGETOWN	GHANA	M. D.R.K. SANKAH Barrister-at-Law Acting Editor of the Council for Law Reporting P.O. Box M. 165 ACCRA
BOTSWANA	M. P.T.C. SKELEMANI Attorney General Attorney General's Chambers Private Bag 009 GABORONE	ITALIE	M. Michael Joachim BONELL Professeur de droit Faculté de droit Université "La Sapienza" Piazzale Aldo Moro I-00100 ROME
BURKINA FASO	M. Ambroise Marie BALIMA Conseiller des Affaires économiques et Directeur des relations économiques extérieures à la Direction générale du commerce extérieur Ministère du commerce et de l'approvisionnement du peuple 01 B.P. 517 OUAGADOUGOU	MAROC	Direction des affaires juridiques et des traités du Ministère des affaires étrangères et de la coopération RABAT
CANADA	Section du droit constitutionnel et international Ministère de la justice OTTAWA	MEXIQUE	Sr. José María ABASCAL ZAMORA Profesor, Abogado Cerrada Flor de Agua 11 01030 MEXICO D.F.
CHINE	M. ZHANG Yuqing Deputy Division Chief Department of Treaties and Law Ministry of Foreign Economic Relations and Trade 2 Dong Chang An Ave. BEIJING	NIGÉRIA	Mrs. T. DOHERTY Federal Ministry of Justice International and Comparative Law Department P.M.B. 12517 Marina, LAGOS
CHYPRE	Mme Eleni LOIZIDES Counsel of the Republic of Cyprus Appelis Str. Ay. Omoloyitai NICOSIE	NORVÈGE	M. Stein ROGNLIEN Directeur général Département du droit Ministère de la justice B.P. 8005 Dep. N-0030 OSLO 1
DANEMARK	M. Michael ELMER Chef de division Ministère de la justice Slotsholmgade 10 DK-1216 Kopenhague	SIERRA LEONE	M. H.M. JOKO-SMART Professor of Law, Fourah Bay College University of Sierra Leone Kiwi Chambers 76 Pademba Road FREETOWN

SUÈDE	M. Lars JANSSON Juge d'appel associé Ministère de la justice Enh L2 S-10333 STOCKHOLM	telle que modifiée par le Protocole de Vienne de 1980) (Titre abrégé : Convention sur la prescription)
SUISSE	M ^{me} Monique JAMETTI GREINER Avocate Office fédéral de la justice CH-3003 BERNE	CRET Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991) (Titre abrégé : Convention sur les exploitants de terminaux)
		CVIM Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (Titre abrégé : Convention des Nations Unies sur les ventes)
		LTA Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) (Titre abrégé : loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage)
		LTV Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992) (Titre abrégé : loi type de la CNUDCI sur les virements)
		RAC Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)
		RCC Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)
		RH Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg) (Titre abrégé : Règles de Hambourg)

Annexe II

Abréviations et titres abrégés des textes juridiques de la CNUDCI

CLB	Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988)
CP (74)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)
CP	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974,

I. LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX

PRÉAMBULE

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés de biens et de travaux afin de promouvoir les objectifs suivants :

a) Faciliter au maximum l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés;

b) Promouvoir et encourager la participation à la procédure de passation des marchés de fournisseurs et d'entrepreneurs, notamment, le cas échéant, la participation de fournisseurs et d'entrepreneurs sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;

c) Promouvoir la concurrence entre les fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux requis;

d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;

e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés, ainsi que la confiance en ce processus;

f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés;

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. *Champ d'application*

1. La présente Loi s'applique à tous les marchés passés par des entités adjudicatrices, sauf disposition contraire du paragraphe 2 du présent article.

2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, la présente Loi ne s'applique pas :

a) A la passation de marchés intéressant la défense nationale ou la sécurité nationale;

b) ... (L'Etat adoptant la Loi type peut spécifier dans la présente Loi d'autres catégories de marchés à exclure);

c) A la passation de marchés d'une catégorie exclue dans la réglementation des marchés.

3. La présente Loi s'applique à toutes les catégories de marchés visées au paragraphe 2 du présent article lorsque — et dans la mesure où — l'entité adjudicatrice en informe expressément les fournisseurs ou entrepreneurs lors de leur première demande de participation à la procédure de passation d'un marché.

Article 2. *Définitions*

Aux fins de la présente Loi :

a) Les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition par un moyen quelconque, y compris l'achat, la location, le crédit-bail ou la location-vente, de biens ou de travaux, y compris les services connexes à la fourniture des biens ou aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens ou des travaux eux-mêmes;

b) Les mots "entité adjudicatrice" désignent :

i) *Option I pour l'alinéa i*

Tout département, organisme, organe ou autre service gouvernemental du présent Etat, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf ...; (et)

Option II pour l'alinéa i

Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement", ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'Etat adoptant la Loi type), ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf ...; (et)

ii) (L'Etat adoptant la Loi type peut insérer dans le présent alinéa et, si nécessaire, dans d'autres alinéas, le nom des autres entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, devant être incluses dans la définition des mots "entité adjudicatrice");

c) Le mot "biens" désigne des matières premières, produits, équipements et autres objets matériels de toute nature, qu'ils soient sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l'électricité; (l'Etat adoptant la Loi type peut inclure des catégories supplémentaires de biens)

d) Le mot "travaux" désigne toutes les activités liées à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'une usine, telles que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection, la construction, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les activités de forage, de cartographie, de photographie par satellite, les études sismiques et les activités similaires connexes auxdites activités si elles sont fournies dans le cadre du marché;

e) Les mots "fournisseur ou entrepreneur" désignent, selon le contexte, toute partie potentielle ou la partie à un marché passé avec l'entité adjudicatrice;

f) Le mot "marché" désigne un contrat conclu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à la suite d'une procédure de passation d'un marché;

g) Les mots "garantie de soumission" désignent une garantie donnée à l'entité adjudicatrice pour garantir l'exécution de toute obligation visée à l'alinéa 1 f de l'article 27 et englobent des mécanismes tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change;

h) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte monétaires.

Article 3. *Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)]*

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent Etat née ou découlant de

a) Tout traité ou autre forme d'accord auquel il est partie avec un ou plusieurs autres Etats;

b) Tout accord conclu par le présent Etat avec une institution internationale intergouvernementale de financement;

c) Tout accord entre le gouvernement fédéral [nom de l'Etat fédéral] et toute subdivision ou toutes subdivisions [nom de l'Etat fédéral], ou entre deux desdites subdivisions ou plus,

les conditions du traité ou de l'accord prévalent; mais, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi.

Article 4. Réglementation des marchés

Le ... (L'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe ou autorité habilité à promulguer la réglementation des marchés) est autorisé à promulguer la réglementation des marchés ayant pour objet d'atteindre les objectifs de la présente Loi et de donner suite à ses dispositions.

Article 5. Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés

Les textes de la présente Loi, de la réglementation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives aux marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications auxdits textes, sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour en vue de leur consultation.

Article 6. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs

1. a) Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation d'un marché.

b) Afin de participer à la procédure de passation d'un marché, les fournisseurs ou entrepreneurs doivent se qualifier en satisfaisant aux critères que l'entité adjudicatrice jugera appropriés pour la procédure en question, afin de garantir :

- i) Qu'ils possèdent les compétences techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences en matière de gestion, la fiabilité, l'expérience, la réputation et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;
- ii) Qu'ils sont légalement habilités à conclure le marché;
- iii) Qu'ils ne sont pas en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, que leurs affaires ne sont pas gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, que leurs activités commerciales n'ont pas été suspendues et qu'ils ne font pas l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;
- iv) Qu'ils se sont acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans le présent Etat;
- v) Qu'ils n'ont pas été, non plus que leurs directeurs ou leurs déposés, condamnés pour un délit pénal lié à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché, durant une période de ... ans (l'Etat adoptant la Loi type spécifie cette période) précédant l'ouverture de la procédure de passation du marché, ou n'ont pas été de toute autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation.

2. Sous réserve du droit qu'ont les fournisseurs ou entrepreneurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, l'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs ou

entrepreneurs participant à la procédure de passation d'un marché qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits fournisseurs ou entrepreneurs sont qualifiés conformément aux critères énoncés à l'alinéa b du paragraphe 1.

3. Toute condition requise en application du présent article est énoncée dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix et s'applique également à tous les fournisseurs ou entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, autres que ceux prévus au présent article.

4. L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix.

5. Sous réserve des dispositions des articles 8-1 et 32-4 d, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure, en ce qui concerne les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou entrepreneurs, sur la base de la nationalité.

6. a) L'entité adjudicatrice exclut un fournisseur ou entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications sont fausses.

b) L'entité adjudicatrice peut exclure un fournisseur ou entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions essentielles.

c) Sauf dans les cas où l'alinéa a du présent paragraphe s'applique, l'entité adjudicatrice ne peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur au motif que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions non essentielles. Le fournisseur ou entrepreneur peut être disqualifié s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions sur la demande de l'entité adjudicatrice.

Article 7. Procédure de présélection

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre de la procédure de passation d'un marché menée conformément au chapitre III ou IV, les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 6 s'appliquent à la procédure de présélection.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un exemplaire de la documentation de présélection à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à présenter une demande de présélection et qui, le cas échéant, en acquitte le prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la documentation de présélection ne doit refléter que le coût de l'impression de ladite documentation et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

3. La documentation de présélection contient, au minimum, les renseignements devant être spécifiés dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 23-1, alinéas a à e, h et j, si les renseignements visés dans ce dernier alinéa sont déjà connus, ainsi que les renseignements suivants :

a) Instructions pour la préparation et la soumission des demandes de présélection;

b) Résumé des principales conditions du marché qui sera conclu à la suite de la procédure de passation du marché;

c) Toutes pièces ou autres informations qui doivent être présentées par les fournisseurs ou entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications;

d) Mode et lieu de soumission des demandes de présélection et délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;

e) Toutes autres conditions pouvant être énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection.

4. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable pour permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéressera les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection.

5. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, l'entité adjudicatrice n'applique que les critères énoncés dans la documentation de présélection.

6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et communique à toute personne qui en fait la demande les noms de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

7. L'entité adjudicatrice communique sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de ce rejet, mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet.

8. L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit fournisseur ou entrepreneur. L'entité adjudicatrice disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications s'il les a ou non confirmées à la satisfaction de l'entité adjudicatrice.

Article 8. *Participation des fournisseurs ou entrepreneurs*

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marchés sans distinction de nationalité, sauf dans les cas où l'entité adjudicatrice décide, pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives, de limiter la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité.

2. Si l'entité adjudicatrice limite la participation selon des critères de nationalité conformément au paragraphe 1 du présent article, elle indique dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché les motifs et circonstances justifiant cette restriction.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation d'un marché, l'entité adjudicatrice les informe qu'ils peuvent participer à cette procédure sans distinction de nationalité, cette déclaration ne pouvant être modifiée par la suite; cependant, si elle décide de limiter la participation conformément au paragraphe 1 du présent article, elle les informe de cette décision.

Article 9. *Forme des communications*

1. Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation d'un marché, les documents, notifications, décisions et autres communications visés dans la présente Loi 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 leur teneur.

2. Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7-4 et 6, 29-2 a, 30-1 d, 32-1, 33-3, 35-1 et 37-1 peuvent être faites par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation.

3. 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.

Article 10. *Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs*

Si l'entité adjudicatrice exige que les pièces fournies par les fournisseurs ou entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications dans le cadre de la procédure de passation du marché soient authentifiées, elle ne peut imposer aucune condition quant à l'authentification des pièces autre que celles prévues dans la législation du présent Etat relative à l'authentification de pièces de la nature en question.

Article 11. *Procès-verbal de la procédure de passation du marché*

1. L'entité adjudicatrice conserve un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants :

a) Une brève description des biens ou des travaux requis, ou des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres, des propositions ou des prix et le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur avec lequel le marché est conclu et le prix du marché;

c) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix;

d) Le prix et un résumé des autres principales conditions de chaque offre, proposition ou prix et du marché;

e) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, des propositions ou des prix, y compris l'application de toute marge de préférence conformément à l'article 32-4 d;

f) Si toutes les offres ont été rejetées en application de l'article 33, une déclaration l'indiquant et énonçant les motifs du rejet, conformément à l'article 33-1;

g) Si une procédure de passation de marchés autre que l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration motivée à cet effet;

h) Les éléments d'information requis par l'article 13, si une offre, une proposition ou un prix a été rejeté en application de cette disposition;

i) Dans une procédure de passation de marchés autre que l'appel d'offres, l'exposé, requis en application de l'article 16-2, des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est appuyée pour justifier le choix de la méthode de passation de marchés utilisée;

j) Dans une procédure de passation de marchés où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 8-1, limite la participation sur la base de la nationalité, un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est appuyée pour imposer la restriction;

k) Un résumé des demandes de clarification de la documentation de présélection ou du dossier de sollicitation, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de la documentation de présélection ou du dossier de sollicitation.

2. Sous réserve des dispositions de l'article 31-3, la partie du procès-verbal visée aux alinéas *a*, *b* et *i* du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après qu'une offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté ou après que la procédure de passation du marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché.

3. Sous réserve des dispositions de l'article 31-3, la partie du procès-verbal visée aux alinéas *c* à *g* et *k* du paragraphe 1 du présent article est communiquée, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix, ou qui ont présenté une demande de présélection, après qu'une offre, une proposition ou un prix a été accepté ou après que la procédure de passation du marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché. Un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de la partie du procès-verbal visée aux alinéas *c* à *e* et *k* soit faite plus tôt. Toutefois, sauf injonction d'un tribunal compétent et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice :

a) Ne divulgue aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

b) Ne divulgue aucune information relative à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix, ainsi qu'au montant des offres, des propositions ou des prix, à l'exception du résumé visé à l'alinéa *e* du paragraphe 1.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas passible de dommages-intérêts envers les fournisseurs ou entrepreneurs pour la seule raison qu'elle n'a pas conservé de procès-verbal de la procédure de passation du marché conformément au présent article.

Article 12. Publication de l'avis d'attribution du marché

1. L'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution du marché.

2. La réglementation des marchés peut énoncer la manière dont est publié l'avis requis au paragraphe 1.

3. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...].

Article 13. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs

(Sous réserve d'approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice rejette une offre, une proposition ou un prix si le fournisseur ou entrepreneur qui les lui a soumis propose, donne ou a convenu de donner, directement ou indirectement, à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité administrative un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice dans le cadre de la procédure de passation du marché. Le rejet de l'offre, de la proposition ou du prix et les motifs de ce rejet sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et promptement communiqués au fournisseur ou entrepreneur.

Article 14. Règles concernant la description des biens ou des travaux

1. Dans la documentation de présélection, dans le dossier de sollicitation ou dans les documents sollicitant des propositions ou des prix, l'entité adjudicatrice n'inclut ni n'utilise des spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les normes de qualité des biens ou des travaux requis, des conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité, ni des symboles ou des termes qui créent des obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation du marché.

2. Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens ou des travaux requis. Ils ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens ou des travaux requis et à condition que soient inclus des mots tels que "ou son équivalent".

3. a) Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection, le dossier de sollicitation ou les documents sollicitant des propositions ou des prix utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens ou des travaux requis;

b) Il est dûment tenu compte de la nécessité d'utiliser des termes commerciaux normalisés, lorsqu'ils existent, pour la formulation des conditions du marché qui sera conclu à la suite de la procédure de passation du marché et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de présélection, du dossier de sollicitation, ou des documents sollicitant des propositions ou des prix.

Article 15. Langue à utiliser

La documentation de présélection, le dossier de sollicitation et les documents sollicitant des propositions ou des prix sont établis

dans ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie sa ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international, sauf lorsque :

a) La participation à la procédure de passation du marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article 8-1, ou

b) L'entité adjudicatrice décide, au vu de la faible valeur des biens ou des travaux requis, que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux manifesteront vraisemblablement leur intérêt à participer à la procédure).

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 16. *Méthodes de passation des marchés*

1. Sauf disposition contraire du présent chapitre, l'entité adjudicatrice désireuse de passer un marché recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2. L'entité adjudicatrice ne peut utiliser une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres qu'en application des articles 17, 18, 19 ou 20; si elle le fait, elle inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode particulière de passation des marchés.

Article 17. *Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence*

1. (Sous réserve d'approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marchés en recourant à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 36, à la sollicitation de propositions conformément à l'article 38 ou à la négociation avec appel à la concurrence conformément à l'article 39, dans les circonstances suivantes :

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les biens ou les travaux et, afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins,

i) Elle sollicite des propositions concernant les différentes possibilités de répondre à ses besoins; ou

ii) En raison de la nature technique des biens ou des travaux, elle doit négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) L'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le marché prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 3 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la défense nationale ou la sécurité nationale et elle conclut que la méthode choisie est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché; ou

d) Une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais aucune offre n'a été soumise ou toutes les offres ont été rejetées par l'entité adjudicatrice, conformément aux articles 13, 32-3 ou 33, et celle-ci juge improbable que la conclusion d'un marché puisse résulter d'une nouvelle procédure d'appel d'offres.

2. (Sous réserve d'approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut aussi engager une procédure de passation de marchés par la négociation avec appel à la concurrence :

a) Lorsque les biens ou les travaux doivent être acquis ou exécutés d'urgence et que, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres, sous réserve que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence n'aient pas pu être prévues par l'entité adjudicatrice ou qu'elles ne résultent pas de manœuvres dilatoires de celle-ci;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, les biens ou les travaux doivent être acquis ou exécutés d'urgence et qu'il n'est donc pas réaliste de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés en raison des délais afférents à ces méthodes.

Article 18. *Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint*

(Sous réserve d'approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, ouvrir une procédure de passation des marchés par le biais d'un appel d'offres restreint conformément à l'article 37 lorsque :

a) Les biens ou les travaux, de par leur caractère extrêmement complexe ou spécialisé, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs;

b) Les délais et les coûts nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur des biens ou des travaux requis.

Article 19. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix*

1. (Sous réserve d'approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation d'un marché par la sollicitation de prix conformément à l'article 40 pour se procurer des biens immédiatement disponibles qui ne sont pas produits spécialement sur la base des spécifications particulières de l'entité adjudicatrice et pour lesquels il existe un marché, sous réserve que la valeur estimée du marché soit inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés.

2. L'entité adjudicatrice ne divise pas la procédure de passation du marché en marchés séparés afin de pouvoir invoquer le paragraphe 1 du présent article.

Article 20. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique*

1. (Sous réserve d'approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique conformément à l'article 41 dans les cas suivants :

a) Les biens ou les travaux ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur les biens et les travaux et il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;

b) Les biens ou travaux doivent être acquis ou exécutés d'urgence et, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres, sous réserve que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence n'aient pas pu être prévues par l'entité adjudicatrice ou qu'elles ne résultent pas de manœuvres dilatoires de celle-ci;

c) En raison d'un événement catastrophique, les biens ou travaux doivent être acquis ou exécutés d'urgence et il n'est donc pas réaliste de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés en raison des délais afférents à ces méthodes;

d) L'entité adjudicatrice, ayant passé avec un fournisseur ou entrepreneur un marché portant sur des biens, des matériels ou des technologies, conclut que des fournitures supplémentaires doivent être acquises auprès dudit fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation, ou parce qu'il doit y avoir compatibilité avec les biens, matériels ou technologies déjà utilisés, compte tenu de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses besoins, de la taille limitée du marché envisagé par rapport à celle du marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de remplacer les biens en question par d'autres biens;

e) L'entité adjudicatrice souhaite conclure avec le fournisseur ou entrepreneur un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le marché prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement; ou

f) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 3 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la défense nationale ou la sécurité nationale et elle conclut que la sollicitation d'une source unique est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché.

2. Sous réserve d'approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), après publication et après que les intéressés ont eu l'occasion de formuler des observations, l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour promouvoir une politique visée à l'article 32-4 c iii, sous réserve qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Section I. Sollicitation d'offres et de demandes de présélection

Article 21. Appel d'offres national

Dans une procédure de passation de marchés,

a) Lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8-1, ou

b) Lorsque, en raison de la faible valeur des biens ou des travaux nécessaires, l'entité adjudicatrice décide que seuls les fournisseurs ou entrepreneurs nationaux manifesteront vraisemblablement un intérêt à soumettre des offres, l'entité adjudicatrice ne sera pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 22-2, 23-1 h, 23-1 i, 23-2 c, 23-2 d, 25 j, 25 k, 25 s et 30-1 c de la présente Loi.

Article 22. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres ou, le cas échéant, des demandes de présélection en faisant publier une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, dans ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection doit être publiée).

2. L'invitation à soumettre une offre ou l'invitation à présenter une demande de présélection doit également être publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de diffusion internationale.

Article 23. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

1. L'invitation à soumettre une offre doit contenir, au minimum, les renseignements suivants :

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) La nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir ou la nature et l'emplacement des travaux à effectuer;
- c) Le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux;
- d) Les critères et procédures utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article 6-1 b;
- e) Une déclaration, qui ne pourra être modifiée par la suite, aux termes de laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer à la procédure de passation du marché sans distinction de nationalité, ou une déclaration aux termes de laquelle la participation est limitée sur la base de la nationalité conformément à l'article 8-1, selon le cas;
- f) Les moyens d'obtenir le dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;
- g) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier de sollicitation;
- h) La monnaie et les modalités de paiement du dossier de sollicitation;
- i) La ou les langues dans lesquelles le dossier de sollicitation est disponible;
- j) Le lieu et la date limite de soumission des offres.

2. L'invitation à présenter une demande de présélection contient, au minimum, les renseignements demandés au paragraphe 1 ci-dessus, alinéas a à e, g, h et j, si les renseignements demandés dans ce dernier alinéa sont déjà connus, ainsi que les renseignements suivants :

- a) Les moyens d'obtenir la documentation de présélection et le lieu où elle peut être obtenue;
- b) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection;
- c) La monnaie et les modalités de paiement de la documentation de présélection;
- d) La ou les langues dans lesquelles la documentation de présélection est disponible;
- e) Le lieu et la date limite de soumission des demandes de présélection.

Article 24. Communication du dossier de sollicitation

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation aux fournisseurs ou entrepreneurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'invitation à soumettre une offre. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été présélectionné et qui, le cas échéant, acquitte le prix de ce dossier.

Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de sollicitation ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 25. *Teneur du dossier de sollicitation*

Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants :

- a) Les instructions pour la préparation des offres;
- b) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article 6, relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article 32-6;
- c) Les stipulations concernant les pièces ou autres renseignements qui doivent être soumis par les fournisseurs ou entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications;
- d) La nature, ainsi que les caractéristiques techniques et la qualité requises, conformément à l'article 14, des biens ou des travaux requis, notamment les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; la quantité de biens requis; l'emplacement où doivent s'effectuer les travaux; tous services accessoires à exécuter; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux;
- e) Les éléments dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir, y compris les marges de préférence et les critères, autres que le prix, à utiliser conformément à l'article 32-4 b, c ou d et leur coefficient de pondération;
- f) Les conditions du marché, dans la mesure où l'entité adjudicatrice les connaît déjà, et, le cas échéant, le modèle du marché à signer par les parties;
- g) Si des variantes en ce qui concerne les caractéristiques des biens, les travaux, les conditions contractuelles ou toute autre condition énoncée dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une déclaration à cet effet et une description de la manière dont les variantes seront évaluées et comparées;
- h) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une partie des biens ou des travaux requis, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être soumises;
- i) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût des biens ou des travaux, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes;
- j) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;
- k) La ou les langues, conformément à l'article 27, dans lesquelles les offres doivent être établies;
- l) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de la garantie de soumission devant être éventuellement fournie par les fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres, et toute stipulation concernant les garanties de bonne exécution du marché quelles qu'elles soient qui doivent être fournies par le fournisseur ou entrepreneur concluant le marché, y compris des garanties telles que les cautionnements sur la main-d'œuvre et sur les matériaux;
- m) Si les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas autorisés à modifier ou retirer leur offre avant la date limite de soumission des offres sans renoncer à leur garantie de soumission, une déclaration à cet effet;
- n) Le mode, le lieu et la date limite de soumission des offres, conformément à l'article 28;
- o) Les moyens par lesquels, en application de l'article 26, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircis-

sements sur le dossier de sollicitation, et une déclaration par laquelle l'entité adjudicatrice indique si elle a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs;

- p) La période de validité des offres, conformément à l'article 29;
- q) Le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 31;
- r) Les procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des offres;
- s) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres en application de l'article 32-5, et soit le taux de change qui sera utilisé pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit une déclaration selon laquelle le taux publié par un établissement financier donné, en vigueur à une date donnée, sera appliqué;
- t) Les références à la présente Loi, à la réglementation des marchés et à d'autres lois et règlements directement applicables à la procédure de passation des marchés, étant entendu toutefois que l'omission de toute référence de cet ordre ne constitue pas en soi un motif de recours en vertu de l'article 42 ni n'engage la responsabilité de l'entité adjudicatrice;
- u) Le nom, le titre et l'adresse d'un ou plusieurs fonctionnaires ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement des communications adressées par eux au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;
- v) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou entrepreneur extérieurement au marché, par exemple un engagement portant sur des échanges compensés ou sur le transfert de technologie;
- w) Une notification du droit, en application de l'article 42 de la présente Loi, d'engager une procédure de recours contre un acte ou une décision illicites de l'entité adjudicatrice ou une procédure illicite appliquée par elle dans le cadre de la procédure de passation du marché;
- x) Si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les offres en application de l'article 33, une déclaration à cet effet;
- y) Toute formalité qui sera requise, dès qu'une offre aura été acceptée, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, l'exécution d'un marché écrit en application de l'article 35, ainsi que l'approbation par une autorité supérieure ou le gouvernement et le délai qui sera jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;
- z) Toute autre condition établie par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des offres et à d'autres aspects de la procédure de passation des marchés.

Article 26. *Clarification et modification du dossier de sollicitation*

1. Le fournisseur ou entrepreneur peut demander des éclaircis-
sements sur le dossier de sollicitation à l'entité adjudicatrice. Celle-ci répond, dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des offres, à toute demande de clarification du dossier de sollicitation qu'elle reçoit d'un entrepreneur ou fournisseur. L'entité adjudicatrice répond dans un délai raisonnable pour permettre au fournisseur ou entrepreneur de présenter son offre en temps voulu et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircis-
sements en question à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation.

2. A tout moment avant la date limite de soumission des offres, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque, soit de sa propre initiative, soit à la suite d'une demande d'éclaircissements formulée par un fournisseur ou entrepreneur, modifier le dossier de sollicitation en publiant un additif. Cet additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a fourni le dossier de sollicitation et a pour eux force obligatoire.

3. Si l'entité adjudicatrice convoque une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs, elle établit un procès-verbal de la réunion où elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet du dossier de sollicitation et ses réponses à ces demandes, sans identifier l'origine de celles-ci. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour établir leurs offres.

Section II. Soumission des offres

Article 27. Langue des offres

Les offres peuvent être formulées et soumises dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été publié ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation.

Article 28. Soumission des offres

1. L'entité adjudicatrice détermine le lieu de la soumission des offres et fixe une date et une heure précises, qui constituent la date limite pour la soumission des offres.

2. Si, conformément à l'article 26, elle publie une clarification ou une modification du dossier de sollicitation, ou si une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs a lieu, l'entité adjudicatrice, avant la date limite de soumission des offres, reporte si nécessaire cette date limite afin que les fournisseurs ou entrepreneurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte dans leur offre de la clarification ou de la modification, ou du procès-verbal de la réunion.

3. L'entité adjudicatrice peut, à son gré, avant la date limite de soumission des offres, reporter cette date limite si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre avant la date limite.

4. La notification de tout report de la date limite est donnée promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation.

5. a) Sous réserve de l'alinéa b, une offre est soumise par écrit, signée, dans une enveloppe scellée;

b) Sans préjudice du droit qu'a un fournisseur ou entrepreneur de soumettre une offre sous la forme visée à l'alinéa a, une offre peut également être soumise sous toute autre forme spécifiée dans le dossier de sollicitation qui atteste la teneur de l'offre et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité;

c) L'entité adjudicatrice délivre sur demande au fournisseur ou entrepreneur un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles son offre a été reçue.

6. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte et est renvoyée au fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise.

Article 29. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de prolonger cette période jusqu'à une date qu'elle spécifie. Le fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette demande sans renoncer à sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prolongée;

b) Les fournisseurs ou entrepreneurs qui conviennent de prolonger la période de validité de leur offre prolongent ou font prolonger la période de validité de leur garantie de soumission ou fournissent une nouvelle garantie de soumission portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Le fournisseur ou entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prolongée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est considéré comme ayant refusé la demande de prolongation de la période de validité de son offre.

3. Sauf disposition contraire du dossier de sollicitation, le fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de soumission des offres sans renoncer à sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait produit ses effets si l'entité adjudicatrice le reçoit avant la date limite de soumission des offres.

Article 30. Garanties de soumission

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant une offre de fournir une garantie de soumission :

a) Cette condition s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) Le dossier de sollicitation peut disposer que l'émetteur de la garantie de soumission et, le cas échéant, le confirmateur de la garantie, ainsi que la forme et les conditions de la garantie doivent être agréés par l'entité adjudicatrice;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b du présent paragraphe, une garantie de soumission n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par un émetteur du présent Etat si la garantie de soumission et l'émetteur satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation (, à moins que l'acceptation par l'entité adjudicatrice de ladite garantie de soumission ne soit contraire à une loi du présent Etat);

d) Avant de soumettre une offre, un fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de confirmer que l'émetteur proposé de la garantie de soumission ou, le cas échéant, le confirmateur proposé, remplit bien les conditions requises; l'entité adjudicatrice répond promptement à une telle demande;

e) La confirmation que l'émetteur proposé ou le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou le confirmateur, selon le cas, est devenu insolvable ou présente d'une autre manière un risque quant à la capacité de remboursement;

f) L'entité adjudicatrice énonce dans le dossier de sollicitation toute condition concernant l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission requise; toute condition se rapportant directement ou indirectement à la conduite du fournisseur ou entrepreneur soumettant l'offre ne pourra concerner que :

- i) Le retrait ou la modification de l'offre après la date limite de soumission des offres, ou avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation;
- ii) Le fait que le fournisseur ou entrepreneur n'a pas signé le marché alors que l'entité adjudicatrice lui a demandé de le faire;
- iii) Le fait que le fournisseur ou entrepreneur n'a pas fourni la garantie requise pour l'exécution du marché après que l'offre a été acceptée et n'a pas rempli toute autre condition préalable à la signature du marché qui est spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et elle retourne ou fait retourner promptement le document de garantie lorsque se produit l'un des faits suivants :

- a) Expiration de la garantie de soumission;
- b) Entrée en vigueur d'un marché et fourniture d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est requise dans le dossier de sollicitation;
- c) Clôture de la procédure d'appel d'offres sans qu'aucun marché ne soit entré en vigueur;
- d) Retrait de l'offre avant la date limite de soumission des offres, à moins que le dossier de sollicitation ne dispose qu'un tel retrait n'est pas autorisé.

Section III. Évaluation et comparaison des offres

Article 31. Ouverture des offres

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres, ou à la date limite spécifiée en cas de report de la date limite initiale, à l'endroit et selon les modalités prévus dans ledit dossier.
2. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres.
3. Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont indiqués aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis une offre mais qui ne sont pas présents ou représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement dans le procès-verbal de la procédure d'appel d'offres prévu à l'article 11.

Article 32. Examen, évaluation et comparaison des offres

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leurs offres, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;
- b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui sont découvertes durant l'examen des offres. L'entité adjudicatrice avise promptement de ces corrections le fournisseur ou entrepreneur qui a soumis l'offre.
2. a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut considérer une offre comme étant conforme que si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation;

b) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas essentiellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou des oublis qui peuvent être corrigés sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts autorisés sont quantifiés, dans la mesure du possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation et de la comparaison des offres.

3. L'entité adjudicatrice n'accepte pas une offre :

- a) Si le fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise n'a pas les qualifications requises;
- b) Si le fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise n'accepte pas qu'une erreur arithmétique soit corrigée en application du paragraphe 1 b du présent article;
- c) Si l'offre n'est pas conforme;
- d) Dans les circonstances visées à l'article 13.

4. a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui ont été acceptées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa c du présent paragraphe, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui ne figure pas dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé;

b) L'offre à retenir est :

- i) L'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d du présent paragraphe; ou
- ii) Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée sur la base de critères spécifiés dans le dossier de sollicitation, critères qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes péculniaires, dans la mesure du possible;
- c) Pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation visée à l'alinéa b ii du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut tenir compte que des éléments suivants :
 - i) Le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d du présent paragraphe;
 - ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens ou d'achèvement des travaux, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie des biens ou des travaux;
 - iii) L'effet que l'acceptation d'une offre aurait sur l'état de la balance des paiements et des réserves en devises [du présent Etat], les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles [... (l'Etat adoptant la Loi type peut développer l'alinéa iii en y ajoutant des éléments supplémentaires)]; et

iv) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales;

d) Si la réglementation des marchés le permet, (et sous réserve d'approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut, lorsqu'elle évalue et compare les offres, accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs nationaux ou aux offres de biens produits localement. La marge de préférence est calculée conformément à la réglementation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

5. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la même monnaie, conformément au taux spécifié dans le dossier de sollicitation en application de l'alinéa s de l'article 25, aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

6. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article 7, l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément au paragraphe 4 b du présent article, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article 6. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de présélection a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

7. Si le fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 6 du présent article, mais ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 4 du présent article, parmi les offres restantes, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article 33-1, de rejeter toutes les offres restantes.

8. Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas révélées aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 11.

Article 33. *Rejet de toutes les offres*

1. (Sous réserve d'approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), et) si le dossier de sollicitation le prévoit, l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres à tout moment avant l'acceptation d'une offre. L'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une offre qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle a rejeté toutes les offres, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.

2. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article.

3. Un avis de rejet de toutes les offres est promptement communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre.

Article 34. *Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs*

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur.

Article 35. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché*

1. Sous réserve des articles 32-7 et 33, l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément à l'article 32-4 b est acceptée. L'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée.

2. a) Nonobstant les dispositions du paragraphe 4 du présent article, le dossier de sollicitation peut disposer que le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit signer un marché écrit conforme à cette offre. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice (le ministère compétent) et le fournisseur ou entrepreneur signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis visé au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou entrepreneur;

b) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, lorsqu'un marché écrit doit être signé en application de l'alinéa a du présent paragraphe, le marché entre en vigueur lorsque le marché écrit est signé par le fournisseur ou entrepreneur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié au fournisseur ou entrepreneur et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

3. Lorsque le dossier de sollicitation dispose que le marché doit être approuvé par une autorité supérieure, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prolongation de la période de validité des offres spécifiée dans le dossier de sollicitation en application de l'article 29-1 ou de la période de validité des garanties de soumission pouvant être requises en application de l'article 30-1.

4. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 b et 3 du présent article, un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre, à condition qu'il soit expédié pendant que l'offre est en cours de validité. L'avis est expédié lorsqu'il est dûment adressé ou envoyé et transmis de toute autre manière au fournisseur ou entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou entrepreneur, par un mode de communication autorisé par l'article 9.

5. Si le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est invité à le faire, ou s'il ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché, l'entité adjudicatrice choisit l'offre à retenir, conformément à l'article 32-4, parmi les offres valides restantes, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article 33-1, de rejeter toutes les offres restantes. L'avis prévu au paragraphe 1 du présent article est donné au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis cette offre.

6. Dès l'entrée en vigueur du marché et, si cela est exigé, après présentation par le fournisseur ou entrepreneur d'une garantie de bonne exécution du marché, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

CHAPITRE IV. PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Article 36. *Appel d'offres en deux étapes*

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens ou des travaux que les conditions contractuelles de leur fourniture.

3. L'entité adjudicatrice peut engager, avec tout fournisseur ou entrepreneur dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles 13, 32-3 ou 33, des négociations au sujet de tout aspect de son offre.

4. Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales accompagnées de prix correspondant aux spécifications d'un cahier des charges. Lorsqu'elle définit ces spécifications, l'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect, initialement prévu dans le dossier de sollicitation, des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens ou travaux et tout critère initialement énoncé dans ce dossier pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre à retenir et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à soumettre une offre définitive qui leur est adressée. Le fournisseur ou entrepreneur qui ne souhaite pas soumettre une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir. Les offres définitives sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir conformément à l'article 32-4 b.

Article 37. Appel d'offres restreint

1. a) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa a de l'article 18, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels les biens ou travaux requis peuvent être obtenus;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa b de l'article 18, elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

2. Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint, elle fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié).

3. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi, à l'exception de l'article 22, s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

Article 38. Sollicitation de propositions

1. La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible.

2. L'entité adjudicatrice publie dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de diffusion internationale un avis à l'intention des personnes qui s'intéressent à soumettre une proposition, à

moins qu'elle ne juge qu'il n'est pas souhaitable de publier un tel avis pour des raisons d'économie ou d'efficacité; ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une proposition soit évaluée.

3. L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et fixe le coefficient de pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Ces critères doivent permettre d'évaluer :

a) La compétence relative du fournisseur ou entrepreneur en matière de technique et de gestion;

b) La mesure dans laquelle la proposition présentée par le fournisseur ou entrepreneur permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice; et

c) Le prix proposé par le fournisseur ou entrepreneur pour mettre en œuvre sa proposition et le coût de l'exploitation, de l'entretien et de la réparation des biens ou travaux proposés.

4. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice doit comporter au minimum les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La description des besoins faisant l'objet de la procédure de passation du marché, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer;

c) Les critères d'évaluation de la proposition, exprimés dans la mesure du possible en termes pécuniaires, la pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels.

5. Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe 3 du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions.

6. L'entité adjudicatrice traite toutes les propositions d'une manière qui permet d'éviter que leur contenu soit divulgué aux fournisseurs ou entrepreneurs en concurrence.

7. L'entité adjudicatrice peut négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies :

a) Toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur est confidentielle;

b) Sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à personne des éléments techniques, des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie;

c) La possibilité de participer aux négociations est donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des propositions et dont les propositions n'ont pas été rejetées.

8. A l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date spécifiée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions.

9. L'entité adjudicatrice applique les méthodes suivantes pour l'évaluation des propositions :

a) Seuls les critères visés au paragraphe 3 du présent article qui sont énoncés dans la sollicitation de propositions sont pris en considération;

b) La mesure dans laquelle une proposition permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée séparément du prix;

c) Le prix d'une proposition n'est pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique achevée.

10. L'entité adjudicatrice attribue le marché au fournisseur ou entrepreneur dont la proposition répond le mieux à ses besoins, déterminés conformément aux critères d'évaluation des propositions énoncés dans la sollicitation de propositions, ainsi qu'aux coefficients de pondération et au mode d'application de ces critères indiqués dans la sollicitation de propositions.

Article 39. *Négociation avec appel à la concurrence*

1. Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour qu'il y ait réellement concurrence.

2. Les conditions, directives, documents, clarifications ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

3. Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à personne des informations techniques, des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie.

4. Une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date donnée, leur meilleure offre définitive, compte tenu de tous les éléments de leurs propositions. L'entité adjudicatrice sélectionne l'offre à retenir sur la base de ces meilleures offres définitives.

Article 40. *Sollicitation de prix*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un aussi grand nombre de fournisseurs ou entrepreneurs que possible et auprès d'au moins trois si possible. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une sollicitation de prix est avisé lorsque des éléments autres que les frais pour les biens eux-mêmes, tels que les frais de transport ou d'assurance, les droits de douane et les taxes, doivent être inclus dans le prix.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix donné par ledit fournisseur ou entrepreneur.

3. Le marché est attribué au fournisseur ou entrepreneur qui a fait l'offre au prix le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 41. *Sollicitation d'une source unique*

Dans les circonstances énoncées à l'article 20, l'entité adjudicatrice peut se procurer les biens ou les travaux en sollicitant une proposition ou un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique.

CHAPITRE V. RECOURS*

Article 42. *Droit de recours*

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, tout fournisseur ou entrepreneur qui déclare avoir subi, ou qui peut subir une perte ou un dommage causé par la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi, peut introduire un recours conformément aux articles 39 à [43].

2. Ne peuvent faire l'objet du recours prévu au paragraphe 1 du présent article :

a) Le choix d'une méthode de passation de marchés conformément aux articles 16 à 20;

b) La restriction de la procédure de passation de marchés, conformément à l'article 8, pour des raisons de nationalité;

c) La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres conformément à l'article 33-1;

d) Le refus de l'entité adjudicatrice de donner suite à une manifestation d'intérêt à participer à une procédure de sollicitation de propositions conformément à l'article 38-2;

e) Une omission visée à l'article 25 t.

Article 43. *Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)*

1. A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur, une réclamation est, en première instance, présentée par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. (Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une autorité conformément à la présente Loi, la réclamation est soumise au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure.) Par responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), on entend aussi dans la présente Loi toute personne désignée par le responsable de l'entité adjudicatrice (ou par le responsable de l'autorité de tutelle, selon le cas).

2. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne tient compte d'une réclamation que si elle a été présentée dans un délai de vingt jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) n'a pas à tenir compte d'une réclamation, ou à continuer de tenir compte d'une réclamation, après l'entrée en vigueur du marché.

4. A moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur et l'entité adjudicatrice, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) rend une décision écrite, dans les trente jours qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision :

a) Est motivée; et

*Les Etats promulguant la Loi type souhaitent peut-être y incorporer les articles sur le droit de recours sans changement ou avec les changements minimaux qui pourraient exiger des impératifs particuliers. Toutefois, pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres, certains Etats pourraient ne pas juger utile d'incorporer à la Loi type, en partie ou en totalité, les dispositions sur le droit de recours. En pareil cas, ces dispositions pourraient néanmoins servir de références pour l'évaluation des procédures de recours en vigueur.

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises.

5. Si le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 4 du présent article, le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation (ou l'entité adjudicatrice) pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [44 ou 47]. Une fois cette procédure engagée, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne peut plus connaître de la réclamation.

6. La décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) est définitive, à moins qu'une procédure ne soit engagée en vertu de l'article [44 ou 47].

Article 44. *Recours administratif**

1. Le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 42 peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative] :

a) Si cette réclamation ne peut être présentée ou examinée en application de l'article 43 en raison de l'entrée en vigueur du marché, et sous réserve qu'elle soit présentée dans un délai de vingt jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a pris connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances;

b) Si le responsable de l'entité adjudicatrice ne tient pas compte d'une réclamation parce que le marché est entré en vigueur, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après que la décision de ne pas tenir compte de la réclamation a été rendue;

c) En application de l'article 43-5, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après l'expiration de la période visée à l'article 43-4; ou

d) Si le fournisseur ou entrepreneur s'estime lésé par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) prise en application de l'article 43, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après que ladite décision a été rendue.

2. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise l'entité adjudicatrice (ou l'autorité de tutelle).

3. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, [accorder] [recommander]** une ou plusieurs des réparations suivantes :

a) Dire les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce;

b) Interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

c) Exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé illégalement ou qui a adopté une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

d) Annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

*Les Etats dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre cet article et ne conserver que celui qui concerne le recours judiciaire (art. 47).

**On a décidé d'offrir le choix entre deux variantes afin de tenir compte du cas des Etats dont les organes compétents ne sont pas habilités à accorder les réparations énumérées ci-dessus, mais peuvent faire des recommandations.

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision, à l'exception de toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

f) Exiger le versement d'un dédommagement

Option I

Pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation

Option II

Pour la perte ou le préjudice subi dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation

du fait d'un acte ou décision illégal de l'entité adjudicatrice, ou d'une procédure illégale qu'elle a appliquée;

g) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché.

4. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de trente jours une décision écrite au sujet de la réclamation, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et, le cas échéant, les réparations accordées.

5. Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 47.

Article 45. *Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 43 [et de l'article 44]*

1. Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article 43 [ou de l'article 44], le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou le (insérer le nom de l'instance administrative), selon le cas,] avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la présentation de cette réclamation et de son contenu.

2. Chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs ou toute autorité gouvernementale dont les intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours a le droit de participer à cette procédure. Le fournisseur ou entrepreneur qui ne participe pas à la procédure de recours ne peut formuler par la suite de réclamation du même type.

3. Une copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou du (insérer le nom de l'instance administrative), selon le cas] est remise, dans un délai de cinq jours après que la décision a été rendue, au fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation, à l'entité adjudicatrice et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement mises à la disposition du public, pour examen, à condition toutefois qu'aucune information ne soit divulguée si cette divulgation est contraire à la loi, en compromet l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entrave le libre jeu de la concurrence.

Article 46. *Suspension de la procédure de passation du marché*

1. La présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 43 [ou de l'article 44] entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période de sept

jours, sous réserve que la réclamation ne soit pas futile et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou entrepreneur subira un dommage irréparable s'il n'y a pas suspension de la procédure, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs.

2. Lorsque le marché entre en vigueur, la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 44 entraîne la suspension de l'exécution du marché pendant une période de sept jours, sous réserve que la réclamation remplisse les conditions énoncées au paragraphe 1 du présent article.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative],] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 1 du présent article [et le [insérer le nom de l'instance administrative]] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 2 du présent article] afin de protéger les droits du fournisseur ou entrepreneur présentant la réclamation ou engageant l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas trente jours.

4. La suspension prévue par le présent article ne s'applique pas si l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général. Le certificat, qui doit énoncer les motifs ayant amené à conclure qu'il existe de telles considérations d'urgence et qui est versé au dossier de la procédure de passation du marché, est irréfragable à tous les stades de la procédure de recours, sauf au stade judiciaire.

5. Toute décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu du présent article et les motifs et les circonstances de l'adoption de cette décision sont versés au dossier de la procédure de passation du marché.

Article 47. *Recours judiciaire*

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article 42 et des actions récursoires judiciaires intentées contre les décisions rendues par les instances de recours — ou contre le fait que ces instances n'ont pas rendu de décision dans le délai prescrit — en vertu de l'article 43 [ou de l'article 44].

II. GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX

(A/CN.9/393) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	342
I. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE	343
II. OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE	347
Préambule	347
Chapitre premier. Dispositions générales	347
Article 1 ^{er} . Champ d'application	347
Article 2. Définitions	348
Article 3. Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)]	348
Article 4. Réglementation des marchés	348
Article 5. Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés	349
Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs	349
Article 7. Procédure de présélection	349
Article 8. Participation des fournisseurs et entrepreneurs	349
Article 9. Forme des communications	349
Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs	350
Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	350
Article 12. Publication de l'avis d'attribution du marché	350
Article 13. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs	351
Article 14. Règles concernant la description des biens ou des travaux	351
Article 15. Langue à utiliser	351
Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes	351
Article 16. Méthodes de passation des marchés	351
Article 17. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence	351
Article 18. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint	352
Article 19. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	352
Article 20. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique	352
Chapitre III. Procédure d'appel d'offres	352
Section I. Sollicitation d'offres et de demandes de présélection	352
Article 21. Appel d'offres national	352
Article 22. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection	352

	<i>Pages</i>
Article 23. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	353
Article 24. Communication du dossier de sollicitation	353
Article 25. Teneur du dossier de sollicitation	353
Article 26. Clarification et modification du dossier de sollicitation	353
Section II. Soumission des offres	354
Article 27. Langue des offres	354
Article 28. Soumission des offres	354
Article 29. Période de validité des offres; modification et retrait des offres	354
Article 30. Garanties de soumission	355
Section III. Evaluation et comparaison des offres	355
Article 31. Ouverture des offres	355
Article 32. Examen, évaluation et comparaison des offres	355
Article 33. Rejet de toutes les offres	356
Article 34. Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs	356
Article 35. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	357
Chapitre IV. Passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres	357
Article 36. Appel d'offres en deux étapes	358
Article 37. Appel d'offres restreint	358
Article 38. Sollicitation de propositions	358
Article 39. Appel à la concurrence	359
Article 40. Procédure de sollicitations de prix	359
Article 41. Sollicitation d'une source unique	359
Chapitre V. Recours	359
Article 42. Droit de recours	360
Article 43. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)	360
Article 44. Recours administratif	361
Article 45. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 43 [et de l'article 44]	362
Article 46. Suspension de la procédure de passation du marché	362
Article 47. Recours judiciaire	363

INTRODUCTION

Historique et objet de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux

1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (ci-après dénommée la "Loi type") à sa vingt-sixième session, tenue à Vienne en 1993. Cette Loi type a pour objet de servir de modèle aux pays pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés lorsqu'elle fait défaut. Le texte de la Loi type figure à l'annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-sixième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17*) (A/48/17). A la même session, la Commission a aussi adopté le présent Guide, qui fait pendant à la Loi type.

2. La décision prise par la CNUDCI d'élaborer une législation type sur la passation des marchés tient au fait que, dans un certain nombre de pays, la législation régissant les marchés est inadaptée ou dépassée, ce qui a pour conséquence de réduire l'efficacité du processus de passation des marchés, d'augmenter les risques d'abus et d'empêcher l'acheteur du secteur public d'obtenir une contrepartie adéquate en échange des fonds publics dépensés. Tous les pays ont besoin de lois et pratiques saines en matière de marchés publics, notamment les pays en développement et les pays dont l'économie est en cours de transformation. Dans ces derniers pays, une proportion importante des marchés émane du secteur public. Une bonne part de ces marchés concerne des projets se rattachant au processus même de développement économique et social. Ces pays en particulier souffrent d'une pénurie de fonds publics; aussi est-il essentiel que la passation des marchés se fasse de la manière la plus avantageuse possible. La Loi type sera particulièrement utile dans les pays dont le système économique est en pleine transformation, car la réforme du sys-

tème des marchés publics est une des clefs de voûte de la réforme législative entreprise pour développer l'économie de marché.

3. De plus, la Loi type peut aider à pallier aux désavantages tenant au fait qu'une législation nationale des marchés inappropriée entrave le commerce international, dont une proportion importante découle de ces marchés. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux régissant la passation des marchés et les incertitudes qu'elles entraînent peuvent contribuer à limiter les possibilités qu'ont les gouvernements d'obtenir les prix compétitifs et la qualité que l'on peut attendre d'un marché passé à l'échelon international. Dans le même temps, une législation nationale des marchés inadéquate ou divergente empêche ou dissuade dans de nombreux pays les fournisseurs et entrepreneurs de vendre au gouvernement.

4. La CNUDCI est un organe de l'Assemblée générale des Nations Unies créé pour promouvoir l'harmonisation et l'unification du droit commercial international, de manière à supprimer les obstacles au commerce international imputables aux insuffisances et aux divergences du droit commercial. Durant les vingt-cinq dernières années, la CNUDCI, composée d'Etats de toutes les régions se situant à tous les niveaux de développement économique, s'est acquittée de son mandat en élaborant des conventions internationales (les Conventions des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg), sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international et sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux), des Lois types (en plus de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, les Lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et sur les virements internationaux), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Règlement de conciliation de la CNUDCI et des guides juridiques (sur les contrats de construction, les opérations d'échanges compensés et les transferts électroniques de fonds).

Objet du Guide

5. En élaborant et en adoptant la Loi type, la Commission a été consciente du fait que, pour les Etats qui modernisent leur législation des marchés, la Loi type serait un outil plus efficace si des informations de base et des explications étaient données aux gouvernements et aux parlements pour les aider à utiliser la Loi type. La Commission a aussi tenu compte de ce que la Loi type serait probablement utilisée par des pays peu familiers de ce type de procédures.

6. Les informations présentées dans le Guide visent à expliquer pourquoi les dispositions de la Loi ont été retenues à titre de caractéristiques minimales essentielles d'une législation moderne des marchés conçue en fonction des objectifs énoncés dans le préambule de la Loi. Ces informations peuvent aussi aider les Etats à exercer les options qu'offre la Loi type ainsi qu'à examiner, le cas échéant, les dispositions de la Loi qu'il conviendrait de modifier pour tenir compte de conditions propres à tel ou tel Etat. Par exemple, des options ont été offertes sur des questions dont il y avait particulièrement lieu de penser qu'elles seraient traitées différemment d'un Etat à l'autre, telles que la définition du terme "entité adjudicatrice", qui a des incidences sur le champ d'application de la Loi type; l'approbation par une autorité de tutelle de certaines décisions et certains actes essentiels de la procédure de passation de marchés; les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres dans des cas exceptionnels; et la forme des procédures de recours et les modes de réparation disponibles. En outre, étant donné que la Loi type est une loi "cadre" n'offrant qu'une ossature minimale consistant en des dis-

positions essentielles et prévoyant la publication d'une réglementation des marchés, le Guide recense et examine les domaines qui pourraient être traités par la réglementation plutôt que par la loi.

I. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE

A. Objectifs

7. Les objectifs de la Loi type, consistant à développer au maximum la concurrence, à assurer un traitement équitable à tous les entrepreneurs et fournisseurs candidats à un marché public et à développer la transparence et l'objectivité, sont essentiels si l'on veut promouvoir l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés et supprimer les abus. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prescrites dans la Loi type, un Etat peut instaurer un climat garantissant au public que l'acquéreur dépensera les fonds publics de manière responsable et en sera tenu comptable et obtiendra ainsi une contrepartie équitable; en outre, les parties offrant de vendre au gouvernement sauront qu'elles seront traitées équitablement.

B. Champ d'application de la Loi type

8. La Loi type telle qu'adoptée par la CNUDCI à sa vingt-sixième session régit les marchés relatifs à des biens et à des travaux. Cela dit, le meilleur moyen d'en atteindre les objectifs est d'en assurer l'application la plus large possible. Ainsi, bien que la Loi type prévoie l'exclusion des marchés intéressant la défense ou la sécurité, ainsi que d'autres secteurs que l'Etat adoptant la Loi type peut spécifier dans la loi ou dans la réglementation des marchés, cet Etat peut décider de ne pas fixer, dans sa législation, de limites importantes au champ d'application de la Loi type. Afin de faciliter l'application la plus large possible de la Loi type, il est prévu au paragraphe 2 de l'article premier que, même dans les secteurs exclus, il est loisible à l'entité adjudicatrice d'appliquer la Loi type. Il importe de noter que l'article 3 consacre le respect des obligations internationales de l'Etat au niveau intergouvernemental. Il prévoit que ces obligations internationales (par exemple, accords de prêt ou de subvention conclus avec des organismes d'assistance multilatérale ou bilatérale et fixant des conditions de procédure expresses pour la gestion des fonds en question; directives de groupements économiques régionaux d'intégration relatives à la passation des marchés) l'emportent sur la Loi type en cas de conflit.

9. La Loi type énonce les procédures que les entités adjudicatrices doivent suivre pour le choix des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels conclure un marché. La Loi type ne vise pas la phase d'exécution du marché. On n'y trouvera donc pas de dispositions sur des questions liées à l'exécution du marché telles que l'administration du marché, le règlement des litiges relatifs à son exécution ou la résiliation du marché. C'est à l'Etat qui adopte la Loi type qu'il appartient de veiller à ce qu'il y ait des lois et structures appropriées pour régler la phase d'exécution du processus de passation des marchés.

10. La Loi type ne traite de la passation des marchés de services que dans la mesure où ces services sont connexes à un marché de biens ou de travaux. La CNUDCI compte achever à sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994) l'élaboration des dispositions supplémentaires nécessaires pour étendre le champ d'application de la Loi type aux marchés de services. On peut supposer que les dispositions relatives aux marchés de services qu'élaborera la CNUDCI auront pour objet de promouvoir les mêmes objectifs que ceux qui sont énoncés dans le préambule de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux.

C. Une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés

11. La Loi type vise à énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation des marchés dans les divers types de circonstances que pourront rencontrer les entités adjudicatrices. Toutefois, il s'agit d'une loi-cadre n'énonçant pas toutes les règles qu'il faudra sans doute adopter pour mettre en œuvre ces procédures dans un Etat. C'est pourquoi elle suppose l'adoption par les Etats d'une "réglementation des marchés" précisant dans le détail les procédures à suivre pour l'application des méthodes autorisées par la Loi type, compte tenu de la situation particulière ou de l'évolution de la situation dans chaque Etat — sans que soient compromis les objectifs de la Loi type.

12. On notera que la passation des marchés telle qu'elle est décrite dans la Loi type, outre qu'elle peut poser des problèmes de procédure qui devront être traités dans la réglementation des marchés, peut susciter certaines questions juridiques dont la réponse ne se trouvera pas nécessairement dans la Loi type, mais peut-être dans d'autres textes de loi, par exemple les règles applicables du droit administratif, du droit des contrats ou du droit pénal, ou les règles de procédure judiciaire.

D. Méthodes de passation des marchés prévues par la Loi type

13. La Loi type présente plusieurs méthodes de passation des marchés afin de permettre à l'entité adjudicatrice de s'adapter aux circonstances qu'elle pourra rencontrer. L'Etat adoptant la Loi type peut ainsi escompter une application aussi large que possible de cette loi. Pour la Loi type, la règle, dans des circonstances normales, est l'appel d'offres, méthode de passation des marchés reconnue par tous comme la plus efficace pour promouvoir la concurrence, l'économie et l'efficacité, ainsi que les autres objectifs énoncés dans le préambule. Pour les cas exceptionnels dans lesquels l'appel d'offres n'est pas approprié ou est impossible, la Loi type propose d'autres méthodes.

Appel d'offres

14. Parmi les caractéristiques essentielles de l'appel d'offres prévu dans la Loi type, il faut citer les éléments suivants : en principe, sollicitation sans restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs; description et spécification complètes, dans le dossier de sollicitation, des biens ou travaux à fournir, de manière que les fournisseurs et entrepreneurs aient une base commune pour préparer leurs offres; divulgation intégrale, aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, des critères qui seront utilisés pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour le choix de l'offre à retenir (c'est-à-dire, prix seulement ou combinaison du prix et d'autres critères techniques ou économiques); interdiction stricte de toute négociation entre l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs à propos de la nature de leurs offres; ouverture publique des offres à la date limite de soumission des offres; et divulgation de toutes formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché.

Appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions, négociation avec appel à la concurrence

15. Lorsque l'entité adjudicatrice ne peut formuler de spécifications suffisamment précises ou définitives pour organiser un appel d'offres et dans d'autres circonstances particulières visées au paragraphe 1 de l'article 17, la Loi type offre trois options pouvant être incorporées dans la législation nationale. Il s'agit de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence. Ces trois méthodes de passation des marchés ont été retenues car les pratiques

varient quant à la méthode à utiliser dans les circonstances susmentionnées. Une situation dans laquelle l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications précises ou définitives se rencontre dans deux types de cas : premièrement, lorsque l'entité adjudicatrice n'a pas déterminé de quelle manière exactement répondre à un besoin particulier et sollicite donc des propositions entre diverses solutions possibles (par exemple lorsqu'elle n'a pas décidé du type de matériau à utiliser pour construire un pont); deuxièmement, lorsque le marché porte sur des biens faisant appel à des techniques de pointe, comme de gros avions de transport de passagers ou des équipements informatiques complexes. Dans ce dernier cas exceptionnel, du fait de la complexité technique des biens, il peut être jugé peu souhaitable, si l'on désire obtenir le meilleur rapport qualité-prix, d'agir sur la base de spécifications élaborées en l'absence de toute négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs quant aux capacités exactes et aux modifications possibles des biens ou travaux offerts.

16. Il n'y a pas d'ordre hiérarchique entre les trois méthodes énoncées à l'article 17; un Etat qui devrait incorporer au moins l'une de ces méthodes peut choisir de ne pas les incorporer toutes dans sa législation sur la passation des marchés. Les trois méthodes ont ceci en commun qu'elles donnent à l'entité adjudicatrice la possibilité de négocier avec des fournisseurs et entrepreneurs afin de fixer les spécifications techniques et les conditions du marché, mais elles font appel à des procédures différentes pour choisir un fournisseur ou un entrepreneur.

17. Durant la première étape de l'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice a la possibilité de solliciter diverses propositions relatives aux caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens ou travaux ainsi qu'aux conditions contractuelles de leur fourniture. Après achèvement de cette première étape, l'entité adjudicatrice fixe définitivement les spécifications à remplir pour les biens ou travaux et, dans la deuxième étape, elle organise, sur la base de ces spécifications, une procédure ordinaire d'appel d'offres soumise aux règles énoncées dans le chapitre III de la Loi type. La sollicitation de propositions est une procédure par laquelle l'entité adjudicatrice approche en général un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs et sollicite de leur part diverses propositions, négocie avec eux la possibilité d'apporter des modifications à la teneur de leurs propositions, leur demande leur "meilleure offre définitive" puis évalue et compare ces meilleures offres définitives conformément aux critères d'évaluation divulgués d'avance, dont le poids relatif et le mode d'application ont aussi été divulgués d'avance aux fournisseurs ou aux entrepreneurs. Contrairement à l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions ne prévoit à aucun moment que l'entité adjudicatrice organise une procédure d'appel d'offres. La négociation avec appel à la concurrence diffère à la fois de l'appel d'offres en deux étapes et de la sollicitation de propositions en ceci qu'elle est une méthode de passation des marchés assez peu structurée pour laquelle la Loi type prévoit par conséquent peu de procédures et règles précises indépendamment de celles qu'on trouve dans les dispositions générales applicables. La Loi type prévoit aussi, au paragraphe 2 de l'article 17, que la négociation avec appel à la concurrence peut être utilisée dans des cas d'urgence au lieu de la procédure de sollicitation d'une source unique (voir le paragraphe 3 du commentaire à l'article 17).

Appel d'offres restreint

18. Pour deux catégories de cas exceptionnels, la Loi type propose l'appel d'offres restreint, méthode de passation des marchés qui ne diffère de l'appel d'offres qu'en ceci qu'elle permet à l'entité adjudicatrice de ne solliciter d'offres qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Il s'agit du cas où, en raison de leur caractère techniquement complexe ou spécialisé, les biens ou les travaux ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs, et du cas où le marché porte sur

une si faible valeur qu'il convient, pour des raisons d'économie et d'efficacité, de restreindre le nombre d'offres que l'entité adjudicatrice doit prendre en considération.

Sollicitation de prix, sollicitation d'une source unique

19. Pour les achats de marchandises normalisées d'un prix peu élevé, la Loi type propose la méthode de sollicitation de prix, qui prévoit une procédure simplifiée et accélérée adaptée aux montants relativement faibles en jeu. Selon cette méthode, parfois dite "sélective" dans la pratique, l'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un petit nombre de fournisseurs et choisit l'offre la plus basse. Enfin, dans des circonstances exceptionnelles, par exemple dans des cas d'urgence dus à des événements catastrophiques ou si les marchandises ou les travaux ne sont disponibles qu'auprès d'un seul fournisseur ou entrepreneur, la Loi type propose la méthode de la sollicitation d'une source unique.

E. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

20. La Loi type comprend des dispositions visant à faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs avec lesquels l'entité adjudicatrice passe un marché soient qualifiés pour exécuter le marché qui leur est confié et à instaurer un climat propice à l'équité et à la participation de fournisseurs et entrepreneurs qualifiés à la procédure de passation des marchés. L'article 6 exige que, quelle que soit la méthode utilisée, les fournisseurs et les entrepreneurs soient qualifiés pour passer un marché; de plus, il spécifie les critères et procédures que l'entité adjudicatrice peut appliquer pour évaluer les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs, exige que soient préalablement divulgués aux fournisseurs et entrepreneurs les critères qui seront utilisés pour évaluer leurs qualifications, et exige que les mêmes critères soient appliqués à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent à la procédure de passation des marchés. Ces dispositions visent à assurer l'égalité de traitement et à éviter tout arbitraire, mais l'entité adjudicatrice jouit d'assez de latitude pour déterminer dans quelle mesure exactement il y a lieu d'examiner les qualifications dans une procédure donnée de passation des marchés. Outre ces dispositions de base sur les qualifications, la Loi type prévoit des procédures pour la présélection des fournisseurs et entrepreneurs au début de la procédure de passation des marchés ainsi que pour la confirmation ultérieure des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs présélectionnés.

F. Dispositions sur la participation internationale à la procédure de passation des marchés

21. Conformément au mandat de la CNUDCI, qui est de promouvoir le commerce international, et à l'idée sous-jacente à la Loi type, à savoir que plus la concurrence sera large, plus grande sera la valeur reçue en contrepartie des dépenses faites au moyen des deniers publics, la Loi type dispose qu'en principe les fournisseurs et entrepreneurs doivent être autorisés à participer à la procédure de passation des marchés sans distinction de nationalité et que les fournisseurs et entrepreneurs étrangers ne devraient pas faire par ailleurs l'objet de discrimination. Dans le contexte de la procédure d'appel d'offres, cette règle générale est mise en application grâce à un certain nombre de procédures visant, par exemple, à faire en sorte que les invitations à soumettre une offre et les invitations à présenter une demande de présélection soient publiées de manière à être reçues et comprises par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs.

22. La Loi type reconnaît en même temps que, dans certains cas, les Etats peuvent souhaiter restreindre la participation étrangère afin notamment de protéger certains secteurs économiques vitaux de leur capacité industrielle contre les effets

délétères d'une concurrence étrangère débridée. Ces restrictions sont subordonnées à la condition énoncée au paragraphe 1 de l'article 8 selon laquelle l'entité adjudicatrice ne devrait imposer de restriction que pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives. Cette condition a pour objet de promouvoir la transparence et d'empêcher toute restriction arbitraire et excessive de la participation étrangère. La référence, dans l'article 8, à l'exclusion de fournisseurs ou entrepreneurs selon des critères de nationalité en vertu de dispositions de la réglementation des marchés ou d'autres dispositions législatives, appuyée par l'article 3 sur la primauté des obligations internationales de l'Etat, permet également à la Loi type de tenir compte des cas où les fonds utilisés sont fournis en vertu d'un arrangement d'aide bilatérale liée exigeant que les marchés financés par ces fonds soient passés avec des fournisseurs et entrepreneurs du pays donateur. De même, on admet par là les restrictions selon des critères de nationalité dans le cas, par exemple, des groupements économiques régionaux d'intégration qui accordent le traitement national aux fournisseurs et entrepreneurs des autres Etats membres du groupement, ainsi que les restrictions dues à des sanctions économiques imposées par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.

23. Il est à noter que l'article 32-4 *d* de la Loi type prévoit le recours à la technique dénommée "marge de préférence" en faveur des fournisseurs et entrepreneurs locaux. Grâce à cette technique, la Loi type offre à l'Etat un mécanisme permettant d'établir un équilibre entre deux objectifs : la participation internationale à la procédure de passation des marchés et la promotion des capacités industrielles nationales, sans pourtant recourir à une procédure purement nationale de passation des marchés. La marge de préférence permet à l'entité adjudicatrice de retenir l'offre la plus basse d'un fournisseur ou entrepreneur local lorsque la différence de prix entre cette offre et l'offre la plus basse dans l'absolu ne dépasse pas cette marge. Elle permet à l'entité adjudicatrice de favoriser les fournisseurs et entrepreneurs locaux capables de s'approcher de prix compétitifs sur le plan international, et ce, sans exclure purement et simplement la concurrence étrangère. Il importe de ne pas permettre un isolement total à l'égard de la concurrence étrangère, afin de ne pas perpétuer un faible degré d'efficacité, d'économie et de compétitivité dans les secteurs concernés de l'industrie nationale. Par conséquent, la marge de préférence peut être un moyen souhaitable d'encourager la compétitivité des fournisseurs et entrepreneurs locaux, appelés non seulement à pourvoir efficacement et économiquement aux besoins de l'entité adjudicatrice en matière de passation des marchés mais aussi à constituer une source d'exportations compétitives.

24. Indépendamment des cas où une procédure nationale de passation des marchés s'impose en raison des exigences juridiques visées au paragraphe 22, cas dans lesquels l'entité adjudicatrice peut ne pas appliquer les mesures spéciales prévues par la Loi type pour faciliter la participation internationale, la Loi type permet aussi à l'entité adjudicatrice de ne pas appliquer ces procédures dans le cas des marchés de faible valeur qui ne sont pas de nature à intéresser les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. La Loi type reconnaît en même temps que dans ce cas l'entité adjudicatrice n'aurait aucun intérêt juridique ou économique à exclure la participation des fournisseurs et entrepreneurs étrangers puisqu'une exclusion globale de la participation étrangère aux marchés de ce type risquerait de priver sans nécessité l'entité adjudicatrice de la possibilité d'obtenir un meilleur prix.

G. Exigence d'une approbation préalable pour le recours à des procédures exceptionnelles

25. La Loi type dispose que certains actes et décisions importants de l'entité adjudicatrice, en ce qui concerne en particulier le

recours à des procédures exceptionnelles (par exemple, le recours à une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres), devront être approuvés au préalable par une autorité de tutelle. Ce système d'approbation préalable permet de détecter les erreurs et les problèmes avant que certaines mesures et décisions définitives ne soient prises. En outre, il peut contribuer à uniformiser davantage le système national de passation des marchés, notamment lorsque l'Etat dispose d'un système de passation des marchés décentralisé. Toutefois, l'exigence d'une approbation préalable est présentée dans la Loi type comme une option. En effet, le système d'approbation préalable n'est pas en usage dans tous les pays, notamment lorsque le contrôle des pratiques en matière de passation des marchés est essentiellement assuré par le biais de la vérification des comptes.

26. Les références dans la Loi type à l'exigence d'une approbation préalable laissent l'Etat libre de désigner l'organe ou les organes chargés de donner les approbations voulues. L'autorité exercée, de même que l'organe exerçant la fonction d'approbation peuvent être différents. Cette fonction peut être confiée à un organe ou à une autorité totalement indépendants de l'entité adjudicatrice (par exemple le Ministère des finances ou du commerce, ou une commission centrale des marchés), ou elle peut être confiée à un organe de supervision distinct appartenant à l'entité adjudicatrice elle-même. Dans les cas où les entités adjudicatrices ne relèvent pas de la structure gouvernementale ou administrative de l'Etat, par exemple certaines entreprises commerciales appartenant à l'Etat, les Etats pourront juger préférable que la fonction d'approbation soit exercée par un organe ou une autorité faisant partie de la structure administrative ou gouvernementale, afin de veiller à ce qu'il soit donné effet aux politiques nationales que vise à promouvoir la Loi type. Quoi qu'il en soit, il importe que l'organe ou l'autorité puissent exercer leurs fonctions de manière impartiale et efficace et qu'ils soient suffisamment indépendants des personnes ou services participant à la procédure de passation d'un marché. Il semble préférable que la fonction d'approbation soit exercée par un comité, plutôt que par une seule personne.

H. Procédures de recours

27. Une importante garantie du respect des règles relatives à la passation des marchés est que les fournisseurs et entrepreneurs ont un droit de recours contre les actes de l'entité adjudicatrice qui enfreignent ces règles. Ces procédures, énoncées au chapitre V, contribuent à faire de la Loi type un instrument qui, dans une large mesure, est autocontrôlé; en effet, elles offrent une voie de recours aux fournisseurs et entrepreneurs, qui ont un intérêt naturel à s'assurer que les entités adjudicatrices respectent les dispositions de la Loi type.

28. La Loi type reconnaît qu'en raison de considérations tenant à la nature et à la structure des systèmes juridiques et administratifs, étroitement liées à la question du contrôle des actes du gouvernement, les Etats pourraient, à des degrés divers, juger bon d'adapter les articles du chapitre V en fonction de ces considérations. Aussi les dispositions concernant les procédures de recours sont-elles plus sommaires que les autres parties de la Loi type. Ce qui importe avant tout, c'est que, quelle que soit la forme de ces procédures, la possibilité d'exercer un recours effectif soit offerte dans des conditions adéquates. On reconnaît en outre que l'Etat peut utiliser les articles de la Loi type relatifs aux recours dans le simple but d'évaluer les procédures de recours en vigueur.

29. Ces articles commencent par disposer que les fournisseurs et entrepreneurs ont le droit d'introduire un recours. Ce recours doit, en première instance, être porté devant l'entité adjudicatrice elle-même, en particulier si le marché n'a pas encore été attribué. Cette phase initiale a été introduite pour des raisons d'économie et d'efficacité; en effet, dans de nombreux cas, l'entité adjudicatrice peut, surtout si le marché n'a pas encore été attribué, être

tout à fait disposée à rectifier des erreurs de procédure dont elle n'a peut-être même pas connaissance. La Loi type prévoit aussi qu'un recours peut être porté devant les instances administratives supérieures lorsqu'une telle procédure est compatible avec le système constitutionnel, administratif et judiciaire. Enfin, la Loi type reconnaît le droit à un recours judiciaire mais elle n'entre pas dans les questions de procédure judiciaire, pour lesquelles elle s'en remet aux dispositions applicables du droit interne.

30. Afin de maintenir un équilibre utile entre, d'une part, la nécessité de sauvegarder les droits des fournisseurs et entrepreneurs ainsi que l'intégrité de la procédure de passation des marchés et, d'autre part, la nécessité de limiter les risques de perturbation de cette procédure, le chapitre V assujettit les procédures de recours qu'il établit à un certain nombre de restrictions. Celles-ci comprennent la limitation aux fournisseurs et entrepreneurs du droit de recours prévu dans la Loi type; la prescription de délais pour le dépôt des réclamations et pour le règlement des affaires, y compris toute suspension de la procédure de passation du marché pouvant intervenir au niveau du recours administratif; l'inapplicabilité des procédures de recours à un certain nombre de décisions qui sont laissées à la discrétion de l'entité adjudicatrice et ne soulèvent pas directement de questions ayant trait à l'égalité de traitement reconnue aux fournisseurs et entrepreneurs (par exemple, le choix d'une méthode de passation des marchés; la limitation de la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité conformément à l'article 8).

I. Exigence d'un procès-verbal

31. L'un des principaux moyens de promouvoir le respect des procédures énoncées dans la Loi type et la responsabilité financière de l'entité adjudicatrice vis-à-vis des organes de tutelle, des fournisseurs et entrepreneurs et du public en général est d'exiger, comme le fait l'article 11, que l'entité adjudicatrice établisse un procès-verbal où elle consigne les principales décisions et mesures qu'elle prend au cours de la procédure de passation des marchés. L'article 11 précise les éléments d'information qui doivent figurer dans le procès-verbal. Il spécifie aussi quelle partie du procès-verbal doit, du moins selon la Loi type, être communiquée à toute personne qui le demande, et quelle partie ne peut être communiquée qu'aux fournisseurs et entrepreneurs.

J. Autres dispositions

32. La Loi type comprend aussi diverses autres dispositions destinées à en promouvoir les objectifs et les procédures. Ces dispositions traitent entre autres des questions suivantes : accès aux lois et règlements relatifs aux marchés; forme des communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs; pièces fournies par les fournisseurs et entrepreneurs au sujet de leurs qualifications; publication de l'avis d'attribution du marché; rejet obligatoire d'une offre en cas d'incitations illicites proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs; manière de formuler des spécifications pour les biens ou les travaux requis; langue à utiliser pour les documents sollicitant des offres, des propositions ou des prix; procédures à suivre selon les diverses méthodes de passation des marchés que propose la Loi type (par exemple, pour la procédure d'appel d'offres : teneur du dossier de sollicitation; garanties de soumission; ouverture des offres; examen, évaluation et comparaison des offres; rejet de toutes les offres et entrée en vigueur du marché).

K. Structure administrative requise pour l'application de la Loi type

33. La Loi type n'énonce que les procédures à suivre pour le choix des entrepreneurs ou fournisseurs avec lesquels le marché sera conclu. On a supposé que tout Etat adoptant la Loi type

disposait ou disposerait des structures institutionnelles et administratives appropriées, ainsi que du personnel requis pour gérer et administrer les procédures de passation des marchés décrites dans la Loi type.

34. Outre la désignation de l'organe ou de l'autorité chargés de donner les approbations mentionnées aux paragraphes 25 et 26 ci-dessus, l'Etat adoptant la Loi type pourra juger souhaitable d'impartir les fonctions liées à la supervision et au contrôle d'ensemble de la passation des marchés auxquels s'applique la Loi type. Toutes ces fonctions pourront être confiées à un organe ou une autorité uniques (par exemple au Ministère des finances ou du commerce, ou à une commission centrale des marchés), ou être réparties entre deux organes ou autorités ou plus. Ces fonctions peuvent consister en la totalité ou une partie des fonctions mentionnées ci-dessous :

a) *Contrôle de l'application générale de la législation et de la réglementation des marchés.* Cette fonction peut consister, par exemple, à publier une réglementation des marchés, à contrôler l'application de la législation et de la réglementation des marchés, à faire des recommandations en vue de leur amélioration et à interpréter la législation. Dans certains cas, par exemple pour des marchés de valeur élevée, l'organe peut être habilité à contrôler la procédure de passation des marchés, afin de s'assurer qu'elle est conforme à la Loi type et à la réglementation des marchés, avant que le marché ne puisse entrer en vigueur.

b) *Rationalisation et normalisation de la passation des marchés et des pratiques en la matière.* Il peut s'agir, par exemple, de coordonner la passation de marchés par les entités adjudicatrices et d'élaborer des documents relatifs aux marchés, des spécifications et des conditions contractuelles normalisées.

c) *Contrôle de la passation des marchés et du fonctionnement de la législation et de la réglementation des marchés, compte tenu des grandes orientations politiques nationales.* Il peut s'agir, par exemple, d'étudier les incidences des marchés sur l'économie nationale, de donner des conseils sur les effets de certains marchés sur les prix et sur d'autres facteurs économiques et de vérifier qu'un marché donné s'inscrit dans le cadre des politiques et programmes nationaux. L'organe ou l'autorité peuvent être chargés d'approuver la passation d'un marché donné avant le début de la procédure.

d) *Formation des agents chargés des marchés.* L'organe ou l'autorité peuvent également être responsables de la formation des agents chargés des marchés et d'autres fonctionnaires participant à l'administration du système de passation des marchés.

35. L'organe ou l'autorité chargés d'exercer des fonctions d'administration et de tutelle dans un Etat donné et le mandat précis confié à l'organe ou à l'autorité dépendront notamment des systèmes gouvernemental, administratif et juridique de l'Etat, systèmes qui varient beaucoup d'un pays à l'autre. Le système de contrôle administratif de la passation des marchés devrait être structuré compte tenu des objectifs d'économie et d'efficacité, car des systèmes excessivement coûteux ou lourds, soit pour l'entité adjudicatrice, soit pour les participants à la procédure, ou les systèmes retardant indûment la passation des marchés iraient à l'encontre du but recherché. En outre, un contrôle excessif des décisions prises par les fonctionnaires responsables de la procédure de passation des marchés risquerait d'entraver l'action de ces derniers.

36. On notera qu'un Etat adoptant la Loi type ne s'engage pas par là même à mettre sur pied une structure administrative donnée, non plus qu'il ne s'engage à augmenter les dépenses du secteur public.

37. Il est à noter qu'un certain nombre de questions qui sont du domaine des institutions, des politiques ou de la formation et du perfectionnement du personnel et ont trait à la passation des

marchés publics, notamment dans les pays en développement, sont traitées dans le Guide n° 23 (*Improving Public Procurement Systems*) publié par le Centre du commerce international CNUCED/GATT (Genève).

L. Assistance du secrétariat de la CNUDCI

38. Dans le cadre de ses activités de formation et d'assistance, le secrétariat de la CNUDCI peut fournir une assistance technique aux gouvernements élaborant une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, comme il le fait pour des gouvernements envisageant d'adopter une législation fondée sur d'autres lois types de la CNUDCI, ou souhaitant adhérer à une des conventions de droit commercial international établies par la CNUDCI.

39. Le secrétariat, dont l'adresse est indiquée ci-dessous, est tout disposé à donner davantage de renseignements concernant la Loi type sur la passation des marchés, ainsi que sur le Guide et sur d'autres lois types et conventions établies par la CNUDCI. Il accueillera avec satisfaction toutes observations relatives à la Loi type et au Guide, ainsi que tous renseignements concernant l'adoption d'une législation fondée sur la Loi type.

Service du droit commercial international
Bureau des affaires juridiques, Organisation des Nations Unies
Centre international de Vienne, B.P. 500
A-1400 Vienne (Autriche)
Téléscripteur : 135612 uno a
Télécopieur : (43-1) 237485
Téléphone : (43-1) 21131-4060

II. OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE

Préambule

Si l'on a inclus dans la Loi type un énoncé des objectifs, c'est pour en faciliter l'interprétation et l'application. Cet énoncé des objectifs ne crée pas en soi de droits ou obligations quant au fond pour l'entité adjudicatrice ou les entrepreneurs ou fournisseurs. Dans les Etats où il n'est pas d'usage d'inclure des préambules, il est recommandé que cet énoncé soit incorporé dans les dispositions mêmes de la loi.

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier

Champ d'application

1. L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. L'approche retenue consiste à prévoir qu'en principe tous les types de passation de marchés seront régis par la Loi type, mais, dans le même temps, à reconnaître que l'Etat adoptant la Loi type pourra souhaiter exclure certains types de marchés. Cette disposition limite les exclusions aux cas prévus soit par la Loi elle-même, soit par une réglementation. Ainsi, les exclusions ne pourront être secrètes ou officieuses. Afin d'élargir autant que possible le champ d'application de la Loi type, le paragraphe 2 de l'article premier permet une application complète ou partielle de la Loi type même aux secteurs exclus. Il est aussi à noter que, bien que le paragraphe 2 a de l'article premier exclue la passation de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationale, la Loi type ne doit pas être interprétée comme signifiant qu'un Etat disposé en principe à appliquer la Loi type à ces marchés devrait s'en abstenir.

2. Il est recommandé que le champ d'application de la Loi type soit aussi large que possible. Il faudrait s'attacher à éviter de limiter le champ d'application de la Loi type par le biais de la réglementation des marchés, car les exclusions au moyen de mesures administratives plutôt que législatives risquent d'avoir des incidences néfastes sur les objectifs de la Loi type. En outre, vu la grande diversité des procédures utilisables en application de la Loi type pour s'adapter aux différents types de situations pouvant se produire dans la passation des marchés, on aura sans doute rarement à exclure lesdites procédures. Les Etats qui excluent l'application de la Loi type par le biais de la réglementation des marchés devraient prendre note de l'article 5.

Article 2

Définitions

1. La Loi type régit essentiellement les marchés passés par des services gouvernementaux et autres entités et entreprises du secteur public. Les entités visées différeront d'un Etat à l'autre en fonction de la répartition des compétences législatives entre les différents niveaux de gouvernement. C'est pourquoi l'alinéa *b* i, où est défini le terme "entité adjudicatrice", présente des options concernant les niveaux de gouvernement à prendre en compte. L'option I place dans le champ d'application de la Loi type tous les départements, organismes, organes et autres services gouvernementaux de l'Etat se rattachant au gouvernement central, ainsi qu'aux subdivisions provinciales, locales ou autres de l'Etat. Cette option serait adoptée par les Etats non fédéraux et par les Etats fédéraux pouvant légiférer pour leurs subdivisions. L'option II serait adoptée par les Etats n'adoptant la Loi type que pour des organes du gouvernement national.

2. Conformément à l'alinéa *b* ii, l'Etat adoptant la Loi type peut en étendre l'application à certaines entités ou entreprises qui ne sont pas considérées comme faisant partie de la structure gouvernementale de l'Etat s'il juge souhaitable qu'elles passent leurs marchés conformément à la Loi type. Pour décider quelles entités, le cas échéant, seront régies par la Loi type, l'Etat pourra tenir compte notamment des facteurs suivants :

a) Le gouvernement fournit-il des fonds publics substantiels à l'entité, fournit-il une garantie ou tout autre type de sûreté visant à garantir un paiement dû par l'entité dans le cadre du marché, ou prend-il en charge de toute autre manière les obligations contractées par l'entité adjudicatrice en vertu du marché ?

b) L'entité est-elle gérée ou contrôlée par le gouvernement ou le gouvernement participe-t-il à la gestion ou au contrôle de l'entité ?

c) Le gouvernement accorde-t-il à l'entité une licence exclusive, un monopole ou un quasi-monopole pour la vente des biens qu'elle offre ou des services qu'elle fournit ?

d) L'entité doit-elle rendre des comptes au gouvernement ou au trésor public en ce qui concerne sa rentabilité ?

e) Un accord international ou toute autre obligation internationale de l'Etat a-t-il des incidences sur le marché proposé par l'entité ?

f) L'entité a-t-elle été créée en application d'une mesure législative spéciale, afin de s'acquitter de fonctions à une fin déterminée par la loi et les règles de droit public applicables normalement aux marchés publics s'appliquent-elles aux marchés conclus par l'entité ?

3. A l'alinéa *c*, il est indiqué entre parenthèses, à la fin de la définition du mot "biens", que l'Etat voudra peut-être mentionner expressément, dans sa législation des marchés, des catégories d'articles qui seront considérés comme des biens mais dont la qualification risquerait autrement de n'être pas claire. On a voulu

par là préciser ce qui doit être considéré comme étant des "biens", et non pas limiter le champ d'application de la Loi type.

Article 3

Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)]

1. L'Etat peut être soumis à des accords ou obligations internationaux en matière de passation des marchés. Par exemple, un certain nombre d'Etats sont parties à l'Accord du GATT sur les marchés publics et les membres de l'Union européenne sont liés par des directives relatives aux marchés publics. De même, les membres de groupements économiques régionaux dans d'autres régions du monde peuvent devoir appliquer des directives en matière de marchés publics qui ont été adoptées par leur groupement régional. En outre, de nombreux organismes internationaux de prêt et organismes nationaux de financement du développement ont établi des directives ou règles régissant les marchés passés avec des fonds fournis par eux. Dans les accords de prêt ou de financement conclus avec ces organismes, les pays emprunteurs ou bénéficiaires s'engagent à passer les marchés financés au moyen des fonds obtenus conformément auxdites directives ou règles. Les alinéas *a* et *b* ont pour objet de spécifier que les conditions de l'accord international, ou toute autre obligation internationale à l'échelon intergouvernemental seront appliquées, mais que, à tous autres égards, la passation des marchés sera régie par la Loi type.

2. La disposition optionnelle énoncée à l'alinéa *c* permet à un Etat fédéral adoptant la Loi type de donner la priorité sur la Loi type aux accords intergouvernementaux concernant les questions régies par la Loi type conclus entre le gouvernement fédéral et une ou plusieurs subdivisions de l'Etat, ou entre deux de ces subdivisions ou plus. Une telle clause pourra être utilisée dans les Etats où le gouvernement national n'est pas habilité à légiférer pour ces subdivisions dans les domaines régis par la Loi type.

Article 4

Réglementation des marchés

1. Comme il est noté aux paragraphes 6 et 11 de la section I du Guide, la Loi type est une "loi-cadre", énonçant les règles juridiques fondamentales régissant les marchés publics qui doivent être complétées par une réglementation promulguée par l'organe ou autorité approprié de l'Etat adoptant la Loi type. La technique de la "loi cadre" permet à l'Etat d'adapter les règles détaillées régissant les procédures de passation de marchés à ses propres besoins et à sa propre situation, dans le cadre général établi par la Loi. Ainsi, diverses dispositions de la Loi type doivent expressément être complétées par la réglementation des marchés. En outre, l'Etat pourra décider de compléter d'autres dispositions de la Loi type, même s'il n'y est pas fait expressément référence à la réglementation des marchés. Dans ces deux cas, la réglementation devrait être conforme à la Loi type.

2. Les procédures pour lesquelles il serait utile d'élaborer des règles plus détaillées dans le cadre de la réglementation des marchés sont notamment les suivantes : application de la Loi type aux secteurs exclus (article 1-2); procédure de présélection (article 7-3 *e*); mode de publication de l'avis d'attribution du marché (article 12); limitation (à ce qui est requis pour faire face aux circonstances) du volume du marché passé en cas d'urgence au moyen d'une méthode autre que l'appel d'offres; détails concernant les procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection (article 22); et conditions régissant la préparation et la soumission des offres (article 25 *z*).

3. Dans certains cas, le défaut de publication d'une réglementation des marchés, lorsque cette réglementation est mentionnée dans la Loi type, peut priver l'entité adjudicatrice du pouvoir de prendre les mesures en question. Ces cas sont les suivants : limitation de la participation à la procédure de passation de marchés selon des critères de nationalité (article 8-1); utilisation de la procédure de sollicitation de prix, car celle-ci ne peut être appliquée que pour les marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans la réglementation des marchés (article 19); et pouvoirs de l'entité adjudicatrice et procédures à appliquer en ce qui concerne l'octroi d'une marge de préférence aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux (article 32-4 d).

Article 5

Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés

1. Cet article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques concernant les marchés en disposant que ces textes doivent être accessibles au public. L'inclusion de cet article peut être jugée importante, non seulement dans les Etats où cette condition n'est pas déjà énoncée dans les règles de droit administratif en vigueur, mais aussi dans les Etats où cette condition est déjà imposée par la loi applicable. Dans ce dernier cas, l'organe législatif pourra juger qu'une disposition énoncée dans la législation des marchés elle-même contribuera à attirer l'attention tant des entités adjudicatrices que des fournisseurs et entrepreneurs sur cette exigence d'un accès du public, dans des conditions appropriées, aux textes juridiques traitant des procédures de passation de marchés.

2. Dans de nombreux pays, il existe des journaux officiels dans lesquels sont habituellement publiés les lois, règlements et décisions et directives administratives. Les textes visés dans le présent article pourraient être publiés dans ces journaux. Lorsqu'il n'existe pas de publications pour une ou plusieurs de ces catégories de textes, les textes devraient être promptement portés à la connaissance du public, notamment des entrepreneurs et fournisseurs étrangers, de toute autre manière appropriée.

Article 6

Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

La fonction et les grandes lignes de l'article 6 ont été notées au paragraphe 20 de la section I du Guide. Le paragraphe 1 b v de l'article 6 fait référence à la disqualification d'entrepreneurs et fournisseurs à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation. De telles procédures administratives — dans le cadre desquelles les présumés coupables devraient bénéficier de certains droits en matière de procédure, notamment la possibilité de réfuter les accusations — sont souvent mises en œuvre pour suspendre ou radier des fournisseurs et entrepreneurs jugés coupables d'une faute (comptabilité erronée, non-exécution d'obligations contractuelles ou fraude). Il est à noter que la Loi type laisse à l'Etat le soin de fixer la période durant laquelle un délit pénal du type visé au paragraphe 1 b v devrait avoir pour effet d'exclure un fournisseur ou un entrepreneur de la procédure de passation des marchés.

Article 7

Procédure de présélection

1. La procédure de présélection a pour objet d'éliminer, dès les premières étapes de la passation d'un marché, les fournisseurs et entrepreneurs qui n'ont pas les qualifications requises pour exé-

cuter le marché. Cette procédure peut être particulièrement utile pour les marchés concernant des biens ou travaux complexes ou ayant une valeur élevée; elle est aussi parfois à conseiller pour des marchés d'une valeur relativement faible, mais portant sur des biens ou travaux très spécialisés. En effet, dans ces cas, l'évaluation et la comparaison des offres ou propositions sont beaucoup plus longues, compliquées et onéreuses. Le recours à la procédure de présélection peut réduire le nombre d'offres ou propositions que l'entité adjudicatrice devra évaluer et comparer. En outre, les entrepreneurs et fournisseurs compétents sont parfois réticents à l'idée de se porter candidat à un marché à forte valeur, lorsque le coût de la préparation de leur soumission est élevé, si les concurrents sont très nombreux et s'ils doivent affronter des soumissions fantaisistes émanant d'entrepreneurs ou fournisseurs peu qualifiés ou de mauvaise réputation.

2. La procédure de présélection énoncée à l'article 7 est assortie d'un certain nombre d'importantes garanties. En particulier, cette procédure est soumise aux limitations énoncées à l'article 6, notamment pour ce qui est de l'évaluation des qualifications, et aux procédures énoncées aux paragraphes 2 à 7 de l'article 7. Cet ensemble de garanties a été incorporé, afin que la procédure de préqualification ne puisse être appliquée qu'à des conditions non discriminatoires, portées intégralement à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs participants, assurant au moins le minimum de transparence requis et facilitant l'exercice par un entrepreneur ou fournisseur non sélectionné de son droit de recours.

3. L'objet du paragraphe 8 de l'article 7 est de prévoir une confirmation, à un stade ultérieur de la procédure de passation du marché, des qualifications des entrepreneurs ou fournisseurs sélectionnés. Cette procédure de "postsélection" a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de s'assurer que les renseignements fournis par un entrepreneur ou un fournisseur au moment de la présélection sont toujours valables et exacts. Les conditions de procédure applicables à la postsélection visent à garantir les intérêts des entrepreneurs et fournisseurs, qui devront être traités équitablement, et ceux de l'entité adjudicatrice, qui souhaite ne conclure un marché qu'avec un entrepreneur ou fournisseur qualifié.

Article 8

Participation des fournisseurs et entrepreneurs

Comme il a été noté aux paragraphes 21 à 24 de la section I du Guide, la procédure internationale de passation des marchés présente de grands avantages. L'approche générale et la raison d'être des dispositions de la Loi type sur la participation internationale des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation des marchés sont décrites dans ces paragraphes, y compris la manière dont le principe général de la participation internationale peut être limité pour tenir compte d'obligations juridiques différentes et de la marge de préférence en faveur des fournisseurs et entrepreneurs locaux.

Article 9

Forme des communications

1. L'article 9 vise à éviter toute incertitude quant à la forme requise des communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs prévues par la Loi type. La condition essentielle, sous réserve d'autres dispositions de la Loi type, est la suivante : ces communications doivent être sous une forme assurant que leur contenu est dûment consigné. Cette approche a été retenue afin de ne pas limiter les communications aux commu-

nications sur papier. Elle tient compte du fait que les communications sont de plus en plus souvent effectuées par d'autres moyens, tels que l'échange de données informatisées ("EDI"). Etant 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.

2. Bien entendu, l'article 9 ne vise pas à répondre à toutes les questions techniques et juridiques que peut soulever l'utilisation de l'EDI ou d'autres méthodes de communication non classiques dans le contexte de la procédure de passation des marchés, et les questions subsidiaires telles que l'émission d'une garantie de soumission par des moyens électroniques et d'autres questions ne rentrant pas dans le domaine des "communications" prévues par la Loi type relèveraient d'autres branches du droit.

3. Afin d'éviter tout retard excessif tant pour l'entité adjudicatrice que pour les fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 2 permet que certains types précis de communications soient effectués à titre préliminaire par d'autres moyens, notamment le téléphone, n'assurant pas que leur contenu soit dûment consigné, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication préliminaire soit donnée sous une forme assurant que la confirmation est dûment consignée.

Article 10

Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs

1. Afin de faciliter la participation d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers, l'article 10 interdit l'imposition de conditions quant à l'authentification des pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs pour faire la preuve de leurs qualifications, autres que celles prévues dans la législation de l'Etat relatives à l'authentification de pièces de la nature en question. Cet article n'impose pas l'authentification de toutes les pièces soumises par les entrepreneurs et fournisseurs, mais il reconnaît en fait que les Etats disposent de lois concernant l'authentification des pièces et énonce en principe qu'aucune formalité supplémentaire propre à la procédure de passation des marchés ne devra être imposée.

2. Il est à noter que l'expression "la législation du présent Etat" s'entend non seulement des lois mais aussi des règlements d'application et des obligations conventionnelles de l'Etat. Dans certains Etats, une telle référence générale à la "législation" suffirait pour indiquer qu'il s'agit de toutes les sources de droit susmentionnées. Dans d'autres Etats, en revanche, une référence plus détaillée aux diverses sources de droit se justifierait afin de préciser qu'il ne s'agit pas seulement des lois.

Article 11

Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1. L'un des principaux moyens de promouvoir la transparence et la responsabilité financière est d'inclure des dispositions exigeant que l'entité adjudicatrice établisse un procès-verbal de la procédure de passation des marchés. Le procès-verbal résume les principales données de la procédure de passation des marchés; il facilite l'exercice du droit de recours des entrepreneurs et fournisseurs lésés. Ceci a pour effet de contribuer à assurer que la législation des marchés est, dans toute la mesure possible, autocontrôlée. En outre, l'incorporation dans la législation des marchés de conditions appropriées relatives aux procès-verbaux facilitera la tâche des organes gouvernementaux exerçant une

fonction de contrôle ou de vérification des comptes et rendra les entités adjudicatrices davantage comptables envers le public des dépenses de fonds publics qu'elles effectuent.

2. A propos des conditions régissant le procès-verbal, il faut spécifier dans quelle mesure le procès-verbal pourra être communiqué et quels en seront les destinataires. Pour déterminer les critères en la matière, il faut tenir compte des facteurs suivants, parfois divergents : intérêt, du point de vue de la responsabilité financière des entités adjudicatrices, d'une divulgation aussi large que possible; nécessité de fournir aux entrepreneurs et aux fournisseurs les informations dont ils ont besoin pour évaluer leurs résultats et déterminer s'ils ont motif légitime à recours; et nécessité de protéger des informations confidentielles de fournisseurs et d'entrepreneurs. Au vu de ces considérations, l'article 11 prévoit deux niveaux de communication : il impose la communication à quiconque des renseignements visés à l'article 11-1 *a* et *b* — informations de base touchant la responsabilité de l'entité adjudicatrice envers le public. La communication d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure est obligatoire envers les entrepreneurs et fournisseurs, car ils ont besoin de ces informations pour juger de leurs résultats dans la procédure de passation des marchés et contrôler comment l'entité adjudicatrice applique les dispositions de la Loi type.

3. Comme il a été mentionné ci-dessus, l'un des objectifs des dispositions en la matière est d'éviter la divulgation d'informations confidentielles des fournisseurs et entrepreneurs. Cela est particulièrement vrai des informations concernant l'évaluation et la comparaison des offres, propositions et prix, car une divulgation excessive risque de porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs et entrepreneurs. Aussi l'alinéa 1 *e* ne mentionne-t-il qu'un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, propositions ou prix, alors que l'alinéa 3 *b* restreint la divulgation d'informations plus détaillées allant au-delà de ce qui serait divulgué dans ce résumé.

4. Si la Loi type exige une divulgation aux entrepreneurs ou fournisseurs au moment où la décision est prise d'accepter une offre ou proposition particulière, c'est pour permettre l'exercice du droit de recours visé à l'article 42. En retardant la divulgation jusqu'à l'entrée en vigueur du marché, on risque de priver les fournisseurs et entrepreneurs lésés d'un recours réel.

5. Le mécanisme de divulgation limitée décrit aux paragraphes 2 et 3 n'interdit pas que l'on applique à certaines parties du procès-verbal d'autres lois de l'Etat conférant au public un droit général d'accès aux documents officiels. La divulgation des informations figurant dans le procès-verbal aux organismes de tutelle législatifs ou parlementaires peut être imposée par la loi applicable de l'Etat.

Article 12

Publication de l'avis d'attribution du marché

1. Afin de promouvoir la transparence dans la procédure de passation des marchés et la responsabilité financière de l'entité adjudicatrice vis-à-vis du public pour ce qui est de l'utilisation des deniers publics, l'article 12 exige que l'entité adjudicatrice publie un avis d'attribution du marché. Cette obligation est distincte de l'obligation, prévue à l'article 35-6, de communiquer un avis d'attribution du marché aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont participé à la procédure d'appel d'offres, ainsi que de l'obligation, prévue à l'article 11-2, de communiquer les renseignements de cette nature figurant au procès-verbal à toute personne qui le demande. La Loi type ne spécifie pas la manière dont l'avis est publié; cette question est laissée à l'Etat qui, selon le paragraphe 2, peut la traiter dans la réglementation des marchés.

2. Afin d'éviter le coût disproportionné que cette exigence de publication pourrait entraîner pour l'entité adjudicatrice si elle s'appliquait à tous les marchés, même de faible valeur, le paragraphe 3 permet à l'Etat de fixer une valeur monétaire en deçà de laquelle la publication n'est pas exigée.

Article 13

Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs

1. L'article 13 offre une garantie importante contre la corruption : l'obligation de rejet d'une offre, d'une proposition ou d'un prix, si le fournisseur ou l'entrepreneur tente d'exercer abusivement une influence sur l'entité adjudicatrice. On ne saurait espérer qu'une loi sur les marchés suffira à éliminer complètement ces pratiques abusives. Toutefois, les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir la transparence et l'objectivité et, partant, à réduire la corruption. En outre, l'Etat devrait disposer en général d'un système efficace de sanction contre la corruption de fonctionnaires, y compris les agents des entités adjudicatrices, et de fournisseurs et d'entrepreneurs, système qui s'appliquerait aussi à la procédure de passation des marchés.

2. Afin d'éviter toute application abusive de l'article 13, le rejet est soumis à approbation et doit être consigné dans le procès-verbal et promptement communiqué au coupable présumé. Ce dernier point a pour objet de permettre l'exercice d'un droit de recours.

Article 14

Règles concernant la description des biens ou des travaux

L'article 14 a pour objet de préciser qu'il importe de décrire les biens ou travaux requis de manière claire, complète et objective dans la documentation de présélection, dans le dossier de sollicitation et dans les documents sollicitant des propositions ou des prix. Une description ainsi faite encourage la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation des marchés; elle permet aux fournisseurs et entrepreneurs de formuler des offres, des propositions et des prix répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et leur permet aussi de prévoir les risques et le coût de leur participation à la procédure de passation des marchés et de l'exécution du marché, et donc de proposer les prix et conditions les plus avantageux. Un dossier de sollicitation ainsi établi, par exemple, permettra une évaluation et une comparaison des offres sur une même base, ce qui est l'une des exigences fondamentales de la méthode de l'appel d'offres. Il favorisera en outre la transparence et réduira les risques d'actes ou décisions erronés, arbitraires, voire abusifs, de la part de l'entité adjudicatrice. En outre, l'application de la règle disposant que les spécifications doivent être écrites de manière à ne pas favoriser tel ou tel fournisseur ou entrepreneur permettra à un plus grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice en matière de passation des marchés, ce qui facilitera le recours à une méthode de passation des marchés aussi compétitive que les circonstances le permettent et aidera en particulier à limiter le recours abusif à la sollicitation d'une source unique.

Article 15

Langue à utiliser

1. Les mots entre parenthèses à la fin du chapeau ont pour objet de faciliter la participation à la procédure de passation des marchés en faisant en sorte que la documentation de présélection, le dossier de sollicitation et les documents sollicitant des propo-

sitions ou des prix soient compréhensibles aux fournisseurs et entrepreneurs étrangers. La référence à une langue d'usage courant dans le commerce international n'a pas à être adoptée par un Etat dont la langue officielle entre déjà dans cette catégorie. Les alinéas a et b ont pour objet de donner à l'entité adjudicatrice la latitude nécessaire pour apporter des dérogations à l'exigence de l'emploi d'une langue étrangère lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux et lorsque, sans qu'une telle restriction soit imposée, les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers ne manifesteront vraisemblablement pas d'intérêt à participer à la procédure.

2. Dans les Etats où les dossiers de sollicitation sont publiés dans plus d'une langue, il serait souhaitable d'inclure, dans la législation ou la réglementation des marchés, une règle disposant qu'un fournisseur ou entrepreneur doit pouvoir fonder ses droits et obligations sur l'une ou l'autre version linguistique. L'entité adjudicatrice pourrait aussi être appelée à préciser dans le dossier de sollicitation que les deux versions linguistiques ont le même poids.

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

Article 16

Méthodes de passation des marchés

1. L'article 16 dispose que l'appel d'offres est la méthode normale de passation des marchés. Cela, parce que cette méthode permet en général d'obtenir les meilleures conditions d'économie et d'efficacité et de promouvoir en outre les autres objectifs énoncés dans le préambule. Toutefois, la Loi type prévoit également un certain nombre d'autres méthodes pour les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un appel d'offres ne serait pas possible ou, même s'il était possible, ne serait peut-être pas la méthode que l'entité adjudicatrice jugerait la plus appropriée pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix.

2. Le paragraphe 2 de l'article 16 dispose qu'une décision de recourir à une méthode autre que l'appel d'offres doit faire l'objet dans le procès-verbal d'un exposé des motifs et des circonstances justifiant la décision. En effet, la décision de recourir à une méthode de passation des marchés potentiellement moins concurrentielle que l'appel d'offres ne devrait pas être prise secrètement ou officieusement.

Article 17

Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence

1. Dans les circonstances spécifiées au paragraphe 1 de l'article 17, la Loi type offre à l'Etat, comme il a été noté au paragraphe 15 de la section I du Guide, le choix entre trois différentes méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres — l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence. Comme on l'a aussi noté au paragraphe 16 de la section I du Guide, un Etat n'a pas à incorporer chacune des trois méthodes pour les circonstances visées à l'article 17, ni même à en incorporer plus d'une. Un Etat pourrait décider de ne pas incorporer plus d'une de ces méthodes car les entités adjudicatrices risqueraient d'éprouver des difficultés à déterminer quelle est la méthode la plus appropriée parmi deux ou trois méthodes similaires. Lorsqu'il décidera laquelle des trois méthodes incorporer, l'Etat pourra se fonder sur le critère décisif suivant : du point de vue de la transparence, de la compé-

tivité et de l'objectivité du processus de sélection, l'appel d'offres en deux étapes et la sollicitation de propositions sont sans doute supérieurs à la négociation avec appel à la concurrence, qui est extrêmement souple et dans laquelle les risques de corruption sont plus élevés. Au moins une des trois méthodes devrait être incorporée, car les cas en question pourraient, dans le cas contraire, être réglés par le recours à la méthode la moins concurrentielle, la sollicitation d'une source unique.

2. Il est à noter que, dans les cas visés à l'article 17-1 *a*, où l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications, elle voudra peut-être, avant de décider de choisir une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres, envisager la possibilité d'établir les spécifications avec l'aide de consultants.

3. Les alinéas *b* et *c* de l'article 20 (sollicitation d'une source unique), faisant référence respectivement aux cas d'urgence, fondés ou non sur une catastrophe, sont identiques aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 de l'article 17, qui autorisent le recours à la négociation avec appel à la concurrence dans de tels cas d'urgence. Ce chevauchement a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de décider laquelle de ces deux méthodes est la mieux adaptée aux circonstances. Le recours à l'une de ces deux méthodes suppose un cas d'urgence véritablement exceptionnel et ne doit pas être une simple solution de facilité. Lorsque la Loi type est appliquée aux marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et dans le cas de contrats de recherche pour l'acquisition d'un prototype, l'entité adjudicatrice a le choix, pour des raisons similaires, entre les méthodes prévues à l'article 17 et la sollicitation d'une source unique. Ainsi, l'Etat peut prévoir la négociation avec appel à la concurrence dans les circonstances visées au paragraphe 2, même s'il ne le fait pas pour les circonstances visées au paragraphe 1.

Article 18

Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint

1. L'article 18 vise à permettre à l'entité adjudicatrice, dans des cas exceptionnels, de ne solliciter la participation que d'un nombre limité de fournisseurs et entrepreneurs. Que cette méthode soit prévue dans la Loi type ne signifie pas qu'elle soit encouragée. Au contraire, le recours à l'appel d'offres restreint a été subordonné strictement à d'étroites conditions parce que le recours injustifié à cette méthode de passation des marchés compromettrait fondamentalement les objectifs de la Loi type.

2. Afin de limiter à des cas vraiment exceptionnels le recours à l'appel d'offres restreint — ce à quoi vise l'article 18 — tout en maintenant le degré de concurrence requis, l'article 37-1 énonce des conditions minimales de sollicitation en fonction de chacun des deux types de cas mentionnés à l'article 18. Lorsque l'appel d'offres restreint est utilisé au motif, visé à l'article 18 *a*, que les biens ou les travaux ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, tous les fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir ces biens ou travaux doivent être invités à participer; lorsque le motif est la faible valeur du marché, cas visé à l'article 18 *b*, les fournisseurs ou entrepreneurs doivent être invités de manière non discriminatoire et en nombre suffisant pour assurer une concurrence véritable.

Article 19

Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

1. Cette procédure offre une méthode de passation des marchés adaptée à l'acquisition pour un montant peu élevé de marchandises normalisées. Dans ces cas, l'organisation d'une procédure d'appel

d'offres, qui risque d'être longue et onéreuse, ne sera sans doute pas justifiée. Toutefois, l'article 19-2 limite strictement le recours à cette méthode aux cas où la valeur estimée du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés. Il interdit également la division de marché en marchés séparés afin de contourner cette interdiction. Lorsque l'on incorporera l'article 19, il faudra préciser que le recours à la procédure de sollicitation de prix n'est pas impératif pour les marchés inférieurs au montant fixé. Il peut de fait être souhaitable, dans certains cas où la valeur est inférieure au montant fixé, de recourir à l'appel d'offres ou à l'une des autres méthodes, par exemple lorsqu'un marché initial de faible valeur aura pour conséquence à long terme d'obliger l'entité adjudicatrice à adopter un système technologique donné.

2. Le paragraphe 2 donne, lui aussi, effet à la portée limitée de la procédure de sollicitation de prix en interdisant à l'entité adjudicatrice de diviser artificiellement un ensemble de biens dans le but d'éviter la règle générale de l'article 16-1 exigeant le recours à la procédure de l'appel d'offres, règle essentielle pour la réalisation des objectifs de la Loi type.

Article 20

Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique

1. Etant donné que cette méthode n'est pas compétitive, son utilisation est strictement limitée aux circonstances exceptionnelles énumérées à l'article 20.

2. Le paragraphe 2 a été inclus afin de permettre le recours à cette méthode dans des cas d'urgence économique grave, lorsque cela permettrait d'éviter de porter un préjudice sérieux, par exemple, lorsqu'une entreprise employant la majorité de la main-d'œuvre d'une région ou d'une ville particulière est menacée de fermeture à moins qu'elle n'obtienne un marché.

3. Le paragraphe 2 est assorti de conditions, afin que le recours à la méthode de la sollicitation d'une source unique reste très exceptionnel. En ce qui concerne l'exigence d'approbation mentionnée au paragraphe 2, il est à noter que les Etats qui incorporent l'exigence globale d'approbation pour le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique ne doivent pas nécessairement incorporer l'exigence d'approbation visée au paragraphe 2. Il convient cependant de reconnaître que, normalement, la décision d'utiliser la procédure de sollicitation d'une source unique dans les cas d'urgence économique dont il est question serait et devrait être prise au plus haut niveau de l'Etat.

Chapitre III. Procédure d'appel d'offres

Section I. Sollicitation d'offres et de demandes de présélection

Article 21

Appel d'offres national

Comme il est indiqué au paragraphe 24 de la section I du Guide, on a incorporé l'article 21 afin de préciser dans quels cas exceptionnels les diverses procédures que la Loi type prévoit pour solliciter la participation d'étrangers à l'appel d'offres n'ont pas à être appliquées.

Article 22

Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

1. Afin de promouvoir la transparence et la concurrence, l'article 22 énonce les procédures minimales relatives à la publicité de la sollicitation d'offres et des demandes de présélection

auprès d'un public suffisamment large pour assurer effectivement une concurrence suffisante. L'inclusion de ces procédures dans la législation des marchés permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés de déterminer, simplement en lisant ladite législation, quelles publications ils peuvent suivre pour s'informer des offres de marchés dans l'Etat ayant adopté la Loi type. Etant donné que la Loi type a notamment pour objectif de promouvoir la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs sans distinction de nationalité et de maximiser la concurrence, le paragraphe 2 de l'article 22 dispose que les invitations doivent également être publiées dans une publication de diffusion internationale. On peut citer par exemple l'édition commerciale du *Forum du développement* que publient le Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies et l'Université des Nations Unies.

2. Les conditions énoncées par la Loi type en matière de publicité ne sont que des conditions minimums. La réglementation des marchés peut exiger des entités adjudicatrices qu'elles publient l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection par d'autres moyens permettant au plus grand nombre de fournisseurs et entrepreneurs de prendre connaissance de la procédure de passation du marché. Ces méthodes peuvent par exemple consister à apposer l'invitation sur des panneaux d'affichage officiels ou à l'envoyer aux chambres de commerce, aux missions commerciales étrangères dans le pays de l'entité adjudicatrice et aux missions commerciales de ce pays à l'étranger.

Article 23

Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

Afin de promouvoir l'efficacité et la transparence, l'article 23 dispose que les invitations à soumettre une offre et les invitations à présenter une demande de présélection doivent contenir les renseignements dont ont besoin les fournisseurs ou entrepreneurs pour déterminer si les biens ou les travaux requis sont d'un type qu'ils peuvent fournir et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer à la procédure d'appel d'offres. Ces conditions spécifiées ne constituent que le minimum requis, de manière à ne pas empêcher l'entité adjudicatrice d'inclure des renseignements supplémentaires si elle le juge approprié.

Article 24

Communication du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation a pour objet de fournir aux entrepreneurs ou fournisseurs les renseignements dont ils ont besoin pour préparer leurs offres et de les informer des règles et procédures qui régiront la procédure d'appel d'offres. L'article 24 a été inclus afin que tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant exprimé le désir de participer à la procédure et se conformant aux règles fixées par l'entité adjudicatrice reçoivent le dossier de sollicitation. La disposition relative au prix à demander pour le dossier de soumission a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de recouvrer les frais d'impression et de distribution, tout en l'empêchant de demander un prix excessif qui dissuaderait des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés de participer à la procédure.

Article 25

Teneur du dossier de sollicitation

1. L'article 25 énonce une liste des renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation. Il est utile d'incorporer ces conditions dans la législation des marchés, afin que le dossier de

sollicitation comporte les informations requises pour permettre aux fournisseurs et entrepreneurs de soumettre des offres adaptées aux besoins de l'entité adjudicatrice et pour que cette dernière puisse comparer les offres de manière objective et équitable. Nombre des renseignements énumérés à l'article 25 sont régis ou traités par d'autres dispositions de la Loi type. L'énumération des renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation, y compris ceux dont l'inclusion est expressément demandée dans d'autres dispositions de la Loi type, est utile car elle permet aux entités adjudicatrices d'utiliser cet article comme une "liste de contrôle" lors de l'établissement du dossier.

2. Une catégorie des renseignements énumérés à l'article 25 concerne les instructions à suivre pour établir et soumettre les offres (alinéas *a*, *i* à *r*, et *t*; forme des offres et mode de signature et manière dont le prix des offres peut être formulé, par exemple). L'inclusion de ces dispositions a pour objet de réduire le risque de voir des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés être désavantagés, voire rejetés, faute de renseignements clairs sur la manière d'établir les offres. D'autres renseignements énumérés à l'article 25 concernent en particulier la manière dont les offres seront évaluées; leur divulgation est exigée pour qu'il y ait transparence et équité dans la procédure d'appel d'offres.

3. La Loi type admet que, pour l'acquisition de biens ou de travaux séparables en deux éléments distincts ou plus (par exemple l'acquisition de différents types de matériels de laboratoire, l'acquisition d'une centrale hydroélectrique consistant en la construction d'un barrage et la fourniture d'un générateur), l'entité adjudicatrice souhaite autoriser les fournisseurs ou entrepreneurs à soumettre des offres, soit pour la totalité des biens ou travaux requis, soit pour une ou plusieurs portions. Ainsi, l'entité adjudicatrice pourra promouvoir au mieux l'économie en s'adressant soit à un fournisseur ou entrepreneur unique, soit à plusieurs, selon que l'une ou l'autre de ces méthodes se révélera plus rentable. En autorisant les offres partielles, on favorise également la participation de petits fournisseurs ou entrepreneurs qui ne seraient pas à même de soumettre une offre d'ensemble. L'alinéa *h* a pour objet de rendre l'étape de l'évaluation des offres aussi objective, transparente et efficace que possible, car l'entité adjudicatrice ne saurait être autorisée à diviser à sa convenance l'ensemble des biens ou travaux requis en des marchés séparés après la soumission des offres.

Article 26

Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. L'article 26 a pour objet d'énoncer des procédures de clarification et de modification du dossier de sollicitation qui favorisent une conduite efficace et équitable de la procédure d'appel d'offres. Il importe que l'entité adjudicatrice ait le droit de modifier le dossier de sollicitation, afin de pouvoir obtenir des biens ou travaux répondant à ses besoins. L'article 26 dispose que les éclaircissements, de même que les questions suscitant des demandes d'éclaircissement et les modifications, doivent être communiqués par l'entité adjudicatrice à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation. Il ne serait pas suffisant de se contenter d'autoriser les entrepreneurs ou fournisseurs à obtenir ces éclaircissements sur demande, car ils n'auraient aucun moyen indépendant de vérifier si un éclaircissement a ou non été donné.

2. La règle régissant les éclaircissements a pour objet de garantir que l'entité adjudicatrice répondra à une demande d'éclaircissement, présentée dans les délais voulus, suffisamment à temps pour que ces éclaircissements puissent être pris en compte dans l'élaboration et la soumission des offres. La communication dans les meilleurs délais des éclaircissements et des modifications permet également aux fournisseurs ou entrepre-

neurs d'exercer leur droit, en vertu de l'article 29-3, de modifier ou de retirer leur offre avant la date limite de soumission, à moins que ce droit n'ait été abrogé par une disposition du dossier de sollicitation. De même, le procès-verbal des réunions de fournisseurs ou d'entrepreneurs organisées par l'entité adjudicatrice doit être communiqué promptement aux fournisseurs ou entrepreneurs, afin de pouvoir être pris en compte dans la préparation des offres.

Section II. Soumission des offres

Article 27

Langue des offres

L'article 27 dispose que les offres peuvent être formulées dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été établi ou dans toute autre langue spécifiée dans le dossier de sollicitation. Cette règle, qui est liée à la règle générale de l'article 15 sur la langue à utiliser, a été incluse afin de faciliter la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers.

Article 28

Soumission des offres

1. Pour promouvoir la participation et la concurrence, il est important de donner aux fournisseurs et entrepreneurs un délai suffisant pour établir leur offre. L'article 28 admet que ce délai peut varier d'un cas à l'autre, en fonction de facteurs tels que la complexité des biens ou travaux requis, le volume des activités de sous-traitance prévues et le délai de transmission des offres. Ainsi, c'est à l'entité adjudicatrice de fixer la date limite de soumission des offres en tenant compte des conditions propres au marché en question. Un Etat pourra souhaiter fixer dans la réglementation des marchés les délais minimums que l'entité adjudicatrice doit accorder à cette fin.

2. Afin de promouvoir la concurrence et l'équité, le paragraphe 2 dispose que l'entité adjudicatrice doit reporter la date limite dans le cas exceptionnel où elle publie tardivement des éclaircissements ou des modifications du dossier de sollicitation ou du procès-verbal d'une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Le paragraphe 3 autorise l'entité adjudicatrice, sans néanmoins l'y contraindre, à reporter la date limite de soumission dans d'autres cas, par exemple lorsqu'un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre en temps voulu en raison de circonstances indépendantes de leur volonté. Cela, afin d'assurer une concurrence suffisante lorsque cette concurrence risquerait d'être fortement réduite. Il est à noter que, dans les circonstances visées au paragraphe 2, le report de la date limite est obligatoire et non discrétionnaire et pourrait donc faire l'objet d'un recours. En revanche, le report de la date limite de soumission visé au paragraphe 3 est, comme l'indique ce paragraphe, entièrement discrétionnaire, de sorte que le droit de recours prévu à l'article 42 ne s'y appliquerait pas.

3. La condition énoncée au paragraphe 5 a, selon laquelle une offre est soumise par écrit, doit s'entendre, sous réserve de l'alinéa b, qui autorise la soumission sous une forme autre que la forme écrite, par exemple l'EDI, à condition que la forme utilisée atteste la teneur de la communication. Des garanties supplémentaires sont prévues pour protéger l'intégrité de la procédure de passation des marchés ainsi que les intérêts particuliers de l'entité adjudicatrice et des fournisseurs et entrepreneurs, à savoir que l'emploi d'une forme autre que la forme écrite doit être autorisée dans le dossier de sollicitation; que les fournisseurs et entrepreneurs doivent toujours avoir le droit de soumettre des offres par écrit, garantie importante contre la discrimination eu égard au fait

que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI ne sont pas à la disposition de tous; et que la forme autre que la forme écrite doit assurer au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité. Il est à noter en outre que la mise en œuvre du paragraphe 5 pour permettre la soumission d'offres sous des formes non classiques exigerait l'élaboration de règles et techniques spéciales, afin de préserver la confidentialité des offres et de prévenir l'"ouverture" des offres avant la date limite de soumission; il faudrait également traiter d'autres questions qui peuvent se poser lorsqu'une offre est soumise autrement que par écrit (par exemple, la forme que prendra la garantie de soumission).

4. La règle énoncée au paragraphe 6 interdisant l'examen des offres tardives vise à promouvoir l'économie et l'efficacité de la passation des marchés, de même que l'intégrité de la procédure et la confiance des participants. En autorisant l'examen d'offres tardives, après l'ouverture des autres offres, on permettrait à des fournisseurs ou entrepreneurs de prendre connaissance de la teneur des autres offres, avant de soumettre la leur, ce qui pourrait avoir pour conséquences un relèvement du prix des offres et une augmentation du risque de collusion entre fournisseurs et entrepreneurs. Cela serait également injuste pour les autres fournisseurs ou entrepreneurs et risquerait de nuire à l'efficacité et à la régularité de l'ouverture des offres.

Article 29

Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. L'article 29 a été inclus afin qu'il soit bien clair que l'entité adjudicatrice doit préciser dans le dossier de sollicitation la période durant laquelle les offres restent valides.

2. Il est de toute évidence important que cette période soit précisée dans le dossier de sollicitation, compte tenu des circonstances propres à chaque procédure d'appel d'offres. Il ne serait pas bon de fixer dans la législation des marchés une longue période de validité applicable à tous les cas, répondant aux besoins dans le cadre de la plupart sinon de la totalité des procédures d'appel d'offres. Cette solution ne serait pas efficace car, dans de nombreux cas, cette période serait plus longue que nécessaire; et des périodes de validité excessivement longues risqueraient d'entraîner un relèvement des prix des offres, car les fournisseurs ou entrepreneurs devraient augmenter leurs prix pour tenir compte des risques auxquels ils seraient exposés durant cette période (par exemple, capacité immobilisée et impossibilité de soumissionner ailleurs; risques d'une augmentation des coûts de production ou de construction).

3. Le paragraphe 2 b a été inclus afin de permettre à l'entité adjudicatrice, en cas de retard dans la procédure d'appel d'offres, de demander une prolongation de la période de validité. Cette procédure n'oblige pas les fournisseurs ou entrepreneurs, afin de ne pas les forcer à rester liés par leurs offres pendant une période plus longue que prévu — risque qui dissuaderait les entrepreneurs et fournisseurs de participer ou les inciterait à relever leurs prix. Afin de prolonger également, le cas échéant, la protection qu'offre la garantie de soumission, il est prévu qu'un fournisseur ou entrepreneur n'obtenant pas une garantie portant sur la période de validité prolongée de l'offre sera considéré comme ayant refusé de prolonger la période de validité de son offre.

4. Le paragraphe 3 est un complément essentiel des dispositions de l'article 26 concernant les éclaircissements et modifications du dossier de sollicitation. Il permet en effet aux fournisseurs et entrepreneurs de donner suite aux éclaircissements et modifications du dossier de sollicitation ou à toute autre modification des circonstances, soit en modifiant leur offre, si nécessaire, soit en la

retirant, s'ils le souhaitent. Une telle règle facilite la participation à la procédure, tout en protégeant les intérêts de l'entité adjudicatrice, puisqu'elle prévoit l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait après la date limite de soumission des offres. Cependant, eu égard à l'approche différente qu'on trouve dans la législation et la pratique de certains Etats, le paragraphe 3 permet à l'entité adjudicatrice de s'écarter de la règle générale et d'imposer l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait avant la date limite de soumission des offres, mais seulement s'il en est ainsi disposé dans le dossier de sollicitation. (Voir aussi les observations relatives à l'article 36.)

Article 30

Garanties de soumission

1. L'entité adjudicatrice peut subir un préjudice si le fournisseur ou l'entrepreneur retire son offre ou si un marché avec le fournisseur ou entrepreneur retenu n'est pas conclu par la faute de ce dernier (par exemple, le coût qu'entraîne l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation d'un marché et le préjudice dû au retard dans la passation du marché). L'article 30 autorise l'entité adjudicatrice à exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure d'appel d'offres qu'ils fournissent une garantie de soumission afin de couvrir une partie au moins du préjudice possible et de les dissuader de manquer à leurs obligations. Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues d'imposer une garantie de soumission dans toutes les procédures d'appel d'offres. Les garanties de soumission sont en général importantes pour les marchés relatifs à des biens ou des travaux de grande valeur. Dans les autres cas, il peut être important d'exiger une garantie de soumission, mais les risques que court l'entité adjudicatrice et le préjudice possible sont en général peu élevés et le coût de l'obtention d'une garantie de soumission — qui sera normalement répercuté sur le prix du marché — sera moins justifié.

2. Des dispositions ont été incluses afin de veiller à ce que l'exigence d'une garantie de soumission soit imposée de manière équitable et uniquement pour le but recherché, c'est-à-dire garantir l'obligation contractée par les fournisseurs ou entrepreneurs de conclure un marché sur la base de l'offre qu'ils ont soumise et d'obtenir une garantie de bonne exécution du marché, le cas échéant.

3. L'alinéa 1 c a été inclus afin d'aplanir d'éventuels obstacles à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers au cas où ils devraient obtenir une garantie émise par une institution de l'Etat adoptant la Loi type. Toutefois, le libellé optionnel à la fin de l'alinéa donne une certaine latitude sur ce point aux entités adjudicatrices des Etats dans lesquels l'acceptation d'une garantie de soumission non émise dans l'Etat en question serait contraire à la loi.

4. La référence à la confirmation de la garantie de soumission a pour objet de tenir compte de la pratique de certains Etats dans lesquels une confirmation locale d'une garantie de soumission émise à l'étranger est nécessaire. L'inclusion de cette référence dans la Loi type n'a pas pour objet d'encourager une telle pratique, notamment parce que l'exigence d'une confirmation locale risque de constituer un obstacle à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers (par exemple, difficultés d'obtention de la confirmation locale avant la date limite de soumission des offres et surcoût pour les fournisseurs et entrepreneurs étrangers).

5. Le paragraphe 2 a été inclus afin de donner des précisions et d'éviter toute incertitude pour ce qui est du moment après lequel l'entité adjudicatrice ne peut plus réclamer le montant de la garantie de soumission. Si la conservation par le bénéficiaire de l'instrument de garantie au-delà de la date d'expiration de la

garantie ne doit pas être considérée comme prolongeant la période de validité de ladite garantie, la condition selon laquelle la garantie doit être retournée revêt une importance particulière lorsque celle-ci a pris la forme d'un dépôt en espèces ou une autre forme analogue. Cette précision est également utile car il subsiste des législations nationales dans lesquelles, au contraire de ce que l'on pourrait supposer, une demande de paiement en garantie est présentée à temps, même si elle l'est après l'expiration de ladite garantie, dans la mesure où le fait couvert par la garantie s'est produit avant la date d'expiration. Comme l'article 29-3, le paragraphe 2 d donne à l'entité adjudicatrice la possibilité de se prévaloir, par une disposition du dossier de sollicitation, d'une exception à la règle générale selon laquelle le retrait ou la modification d'une offre avant la date limite de soumission des offres n'entraîne pas l'abandon de la garantie de soumission.

Section III. Évaluation et comparaison des offres

Article 31

Ouverture des offres

1. La règle énoncée au paragraphe 1 a pour objet d'éviter tout délai entre la date limite de soumission des offres et l'ouverture de ces offres. De tels délais risqueraient de donner lieu à des comportements fautifs (par exemple, divulgation de la teneur des offres avant la date d'ouverture prévue) et priveraient les fournisseurs et entrepreneurs de la possibilité de réduire au maximum ce risque en soumettant leur offre à la dernière minute, immédiatement avant l'ouverture des offres.

2. Le paragraphe 2 énonce la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les entrepreneurs ou fournisseurs ayant soumis des offres ou à leurs représentants d'assister à l'ouverture des offres. Ce faisant, on contribue à garantir la transparence de la procédure d'appel d'offres. Les entrepreneurs et fournisseurs pourront constater que la législation et la réglementation des marchés sont appliquées et ils pourront compter que les décisions ne seront pas prises de manière arbitraire ou inappropriée. Pour des raisons similaires, le paragraphe 3 dispose que, lors de l'ouverture des offres, le nom des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes. A ces mêmes fins, il est également prévu que ces renseignements sont communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs participants qui ne sont pas présents ou représentés à l'ouverture des offres.

Article 32

Examen, évaluation et comparaison des offres

1. Le paragraphe 1 a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de demander aux fournisseurs ou entrepreneurs des éclaircissements sur leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison, tout en précisant que cela ne doit entraîner aucune modification des offres quant au fond. L'alinéa 1 b, qui fait référence à la correction d'erreurs purement arithmétiques, ne vise pas par exemple un prix soumissionné anormalement bas semblant résulter d'un malentendu ou d'autres erreurs non apparentes dans l'offre. L'adoption de la condition selon laquelle un avis doit être donné dans de tels cas est importante car, à l'alinéa 3 b, il est prévu qu'une offre sera impérativement rejetée si la correction n'est pas acceptée.

2. Le paragraphe 2 énonce la règle à suivre pour déterminer si une offre est conforme et il permet de considérer une offre comme conforme même si elle comporte des écarts mineurs. En autorisant l'entité adjudicatrice à examiner des offres comportant des

écarts mineurs, on favorise la participation et la concurrence dans le cadre de la procédure. Il faut que ces écarts mineurs soient quantifiés, de sorte que les offres puissent être comparées objectivement, d'une manière qui favorise les offres entièrement conformes.

3. Bien que l'évaluation de l'offre à retenir sur la base du prix le plus bas soit la plus objective et la plus prévisible, dans certaines procédures d'appel d'offres, l'entité adjudicatrice voudra peut-être choisir une offre en ne se fondant pas que sur le prix. C'est pourquoi la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de retenir "l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée", c'est-à-dire celle qui est retenue sur la base du prix et d'autres critères. Les sous-alinéas ii et iii du paragraphe 4 c énoncent ces critères. Le sous-alinéa iii, qui fait référence aux objectifs du développement économique, a été inclus parce que, dans certains pays, notamment les pays en développement et les pays dont l'économie est dans une phase de transition, il est important que les entités adjudicatrices puissent se fonder sur des critères permettant d'évaluer et de comparer les offres dans le contexte des objectifs de développement économique. Il est envisagé dans la Loi type que certains Etats souhaiteront énoncer des critères additionnels. Toutefois, il faut faire preuve de prudence lorsqu'on souhaite élargir la liste des critères autres que le prix figurant à l'alinéa iii, car ces autres critères risquent d'entraver les objectifs de la passation des marchés. Des critères de ce type sont en effet parfois moins objectifs et plus discrétionnaires que ceux qui sont visés aux sous-alinéas i et ii du paragraphe 4 c et le recours à ces critères pour l'évaluation et la comparaison des offres risque de nuire à la concurrence et à l'économie dans la passation des marchés et de réduire la confiance en cette procédure.

4. Si la Loi type exige que les critères autres que le prix soient objectifs et quantifiables dans la mesure du possible et soient affectés d'un coefficient de pondération lors de la procédure d'évaluation, ou soient exprimés en termes pécuniaires, c'est pour permettre une évaluation objective et une comparaison des offres sur une base commune, afin de réduire le risque de décisions discrétionnaires ou arbitraires. L'Etat voudra peut-être indiquer dans la réglementation des marchés comment ces critères seront formulés et appliqués. Il est possible, par exemple, de quantifier en termes pécuniaires les divers aspects de chaque offre en fonction des critères énoncés dans le dossier de sollicitation et de combiner cette quantification avec le prix soumissionné. L'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée serait alors considérée comme l'offre à retenir. On peut également assortir de coefficients de pondération ou de points les divers aspects de chaque offre en fonction desdits critères. L'offre dont la pondération combinée est la plus favorable serait alors considérée comme l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée.

5. L'alinéa 4 d autorise l'entité adjudicatrice à accorder une marge de préférence aux offres locales, étant entendu que cette marge doit être calculée conformément à la réglementation des marchés. (Voir le paragraphe 23 de la section I du Guide au sujet des raisons qu'il y a d'appliquer une marge de préférence pour atteindre les objectifs économiques nationaux tout en préservant la concurrence.) On notera toutefois que les Etats qui sont parties à l'Accord du GATT relatif aux marchés publics et les Etats membres de groupes d'intégration économique régionale tels que l'Union européenne peuvent être moins libres d'accorder un traitement préférentiel. Afin de promouvoir la transparence, la Loi type dispose qu'il n'est possible d'accorder une marge de préférence que si cela est autorisé par la réglementation des marchés et approuvé par l'organe habilité à donner son approbation. De plus, le recours à la marge de préférence doit être divulgué d'avance dans le dossier de sollicitation et consigné dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

6. La réglementation des marchés envisagée fixant les règles relatives au calcul et à l'application de la marge de préférence

peut également énoncer des critères permettant de qualifier de "nationaux" des entrepreneurs ou fournisseurs et de "produits localement" certains biens (par exemple sur la base d'une teneur ou d'une valeur ajoutée locales minimales) et de fixer le montant de la marge de préférence, qui peut être différent pour les biens et pour les travaux. Quant au mécanisme d'application de la marge de préférence, il peut consister par exemple à déduire du prix soumissionné de toutes les offres les droits et taxes d'importation imposés dans le cadre de la fourniture des biens ou des travaux et à ajouter aux prix ainsi obtenus, autres que ceux des offres qui doivent bénéficier de la marge de préférence, le montant de ladite marge ou le droit d'importation effectif s'il est inférieur.

7. La règle énoncée au paragraphe 5, relative à la conversion dans une même monnaie des prix soumissionnés aux fins de comparaison et d'évaluation des offres, vise à promouvoir le bien-fondé et l'objectivité de la décision de l'entité adjudicatrice (voir l'article 25 s).

8. Le paragraphe 6 a été inclus pour permettre à l'entité adjudicatrice d'exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue qu'il confirme ses qualifications. Cela peut être particulièrement utile dans le cas d'une procédure de passation des marchés de longue durée, dans laquelle l'entité adjudicatrice souhaitera sans doute vérifier si les renseignements relatifs aux qualifications soumis au début de la procédure sont toujours valables. Le recours à la procédure de confirmation est discrétionnaire, car son importance est fonction des circonstances. Afin que la procédure de confirmation soit efficace et transparente, le paragraphe 7 exige le rejet d'une offre lorsque le fournisseur ou entrepreneur ne confirme pas ses qualifications et il énonce la procédure à suivre par l'entité adjudicatrice pour choisir une offre dans de tels cas.

Article 33

Rejet de toutes les offres

1. L'objet de l'article 33 est de permettre à l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres. Cette disposition est importante, parce qu'une entité adjudicatrice peut devoir agir ainsi pour des motifs d'intérêt public, par exemple lorsqu'il semble que la concurrence a été insuffisante ou qu'il y a eu collusion, lorsque l'entité adjudicatrice n'a plus besoin des biens ou travaux requis ou lorsque le marché ne peut plus être passé en raison d'une modification de la politique nationale ou du retrait d'un financement. Le droit public de certains pays peut limiter l'exercice de ce droit, par exemple en interdisant toute mesure constituant un abus de pouvoir discrétionnaire ou une violation des principes fondamentaux de la justice.

2. La condition énoncée au paragraphe 3, selon laquelle l'avis de rejet de toutes les offres est communiqué aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre, ainsi que la condition énoncée au paragraphe 1, selon laquelle les motifs du rejet sont communiqués sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs, visent à promouvoir la transparence et la responsabilité. Le paragraphe 1 n'exige pas de l'entité adjudicatrice qu'elle justifie les motifs de rejet de toutes les offres. Cette approche se fonde sur la notion suivante : l'entité adjudicatrice devrait être libre d'abandonner la procédure de passation des marchés pour des motifs économiques, sociaux ou politiques qu'elle n'a pas à justifier. Ce pouvoir est confirmé par le fait que la décision de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres n'est pas soumise, conformément à l'alinéa 2 c de l'article 42, au droit de recours prévu par la Loi type; il est également confirmé par le paragraphe 2, qui dispose que l'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les entrepreneurs et les fournisseurs, par exemple le rembourse-

ment des frais d'établissement et de soumission des offres, du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1. Les effets potentiellement sévères de l'article 33 sont atténués par le fait que l'entité adjudicatrice n'est habilitée à rejeter toutes les offres que si cette possibilité est prévue dans le dossier de sollicitation.

Article 34

Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs

L'article 34 interdit clairement toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur et entrepreneur à propos d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur. Cette règle a été incluse parce que de telles négociations pourraient aboutir à une sorte de "vente aux enchères", dans laquelle une offre soumise par un fournisseur ou un entrepreneur serait utilisée pour faire pression sur un autre fournisseur ou entrepreneur afin qu'il baisse son prix ou améliore d'autres éléments de son offre. De nombreux fournisseurs et entrepreneurs s'abstiennent de participer à une procédure d'appel d'offres dans laquelle de telles techniques sont utilisées, ou, s'ils y participent, ils haussent leurs prix en prévision de la négociation.

Article 35

Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

1. L'objet du paragraphe 1 est d'énoncer clairement que l'offre dont il est déterminé qu'elle est l'offre à retenir en application de l'article 32-4 b est acceptée et que l'avis d'acceptation est promptement donné au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre. Sans la disposition du paragraphe 4 sur l'entrée en vigueur du marché, celle-ci serait régie par des règles générales de droit qui, dans de nombreux cas, pourraient ne pas offrir de solutions adaptées au contexte de la passation d'un marché.

2. La Loi type prévoit différentes méthodes d'entrée en vigueur du marché dans le contexte de la procédure d'appel d'offres, étant donné que les Etats pourront préférer telle ou telle méthode et que, même dans un Etat donné, des méthodes différentes pourront être employées selon les circonstances. Compte tenu de ses préférences et de ses traditions, un Etat pourra souhaiter incorporer une ou plusieurs de ces méthodes.

3. Selon l'une de ces méthodes (énoncée au paragraphe 4), sauf indication contraire du dossier de sollicitation, le marché entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est adressé au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre à retenir. La deuxième méthode (énoncée au paragraphe 2) lie l'entrée en vigueur du marché à la signature par le fournisseur ou l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue d'un marché écrit conforme à l'offre. Le paragraphe 2 comporte une référence optionnelle au "ministère compétent" en tant que signataire du marché, afin de tenir compte du fait que, dans certains Etats, le marché est signé au nom du gouvernement par le ministère auquel sont destinés les biens ou travaux, même s'il n'a pas lui-même mené la procédure de passation des marchés, ni agi en tant qu'entité adjudicatrice au sens de la Loi type. Dans les Etats où cette pratique est suivie, la procédure de passation des marchés peut être menée par une entité centrale telle qu'une commission centrale des marchés.

4. Une troisième méthode d'entrée en vigueur (décrite au paragraphe 3) prévoit l'entrée en vigueur lorsque le marché est approuvé par une autorité supérieure. Dans les Etats adoptant cette disposition, la réglementation des marchés pourra donner davantage de détails quant au type de circonstances dans lesquelles l'approbation sera requise (par exemple, uniquement pour des marchés dépassant une valeur donnée). S'il est mentionné au

paragraphe 3 que l'exigence d'une approbation doit être stipulée dans le dossier de sollicitation, c'est pour marquer clairement le rôle que joue le dossier de sollicitation dans la notification aux fournisseurs ou entrepreneurs des formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. La condition selon laquelle le dossier de sollicitation doit indiquer le délai jugé nécessaire pour obtenir cette approbation et la disposition selon laquelle la non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié ne sera pas réputée entraîner une prolongation de la période de validité de l'offre retenue ou de toute garantie de soumission visent à établir un équilibre tenant compte des droits et des obligations des fournisseurs et entrepreneurs. Elles visent notamment à exclure le risque de voir l'entrepreneur ou fournisseur retenu rester engagé envers l'entité adjudicatrice pendant une période indéterminée, sans être assuré que le marché entrera en vigueur.

5. Si l'entrée en vigueur est liée à l'expédition plutôt qu'à la réception de l'avis d'acceptation, c'est parce que cette solution est plus appropriée aux circonstances propres à la procédure d'appel d'offres. Afin de lier le fournisseur ou entrepreneur par un marché, notamment de l'obliger à signer un marché écrit, l'entité adjudicatrice doit donner avis de l'acceptation de l'offre pendant que cette dernière est en vigueur. Selon l'approche de la "réception", si l'avis a été correctement transmis, mais qu'il a été retardé, égaré ou mal dirigé, sans qu'il y ait faute de la part de l'entité adjudicatrice, et qu'il est reçu après expiration de la période de validité de l'offre, l'entité adjudicatrice perd son droit de lier le fournisseur ou entrepreneur. Selon l'approche de l'"expédition", ce droit de l'entité adjudicatrice est préservé. Si l'avis est retardé, égaré ou mal dirigé, l'entrepreneur ou fournisseur risque de n'apprendre qu'après l'expiration de la période de validité de son offre que celle-ci a été acceptée; mais, dans la plupart des cas, cette conséquence sera moins grave que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier le fournisseur ou entrepreneur.

6. Afin de promouvoir les objectifs de la passation des marchés, le paragraphe 5 précise que, si le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est retenue ne signe pas de marché écrit conformément au paragraphe 2, le choix d'une autre offre parmi les offres restantes devra se faire conformément aux dispositions normalement applicables en la matière, étant entendu que l'entité adjudicatrice a le droit de rejeter toutes les offres.

Chapitre IV. Passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres

1. Les articles 36 à 41 présentent les procédures à appliquer pour les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres. Comme il est indiqué aux paragraphes 15 et 16 de la section I du Guide et au paragraphe 1 des observations relatives à l'article 17, il y a chevauchement entre les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence, et les Etats ne voudront peut-être pas incorporer chacune de ces trois méthodes dans leur législation des marchés. C'est en fonction du choix de la méthode à incorporer que l'on retiendra l'article 36 (appel d'offres en deux étapes), l'article 38 (sollicitation de propositions) ou l'article 39 (négociation avec appel à la concurrence).

2. Pour ce qui est de la sollicitation de propositions, de la négociation avec appel à la concurrence, de la sollicitation de prix et de la sollicitation d'une source unique, le chapitre IV n'indique pas dans le détail toutes les procédures à suivre comme le fait le chapitre III pour la procédure d'appel d'offres. Cela est dû essentiellement au fait que ces méthodes de passation des marchés sont, du point de vue de la procédure, plus souples que l'appel d'offres. Certaines des questions qui sont traitées à propos de l'appel

d'offres, ainsi que de l'appel d'offres en deux étapes et de l'appel d'offres restreint, dans la Loi type (par exemple l'entrée en vigueur du marché) peuvent être traitées, pour ces autres méthodes de passation des marchés, dans d'autres instruments de la loi applicable, que les entités adjudicatrices souhaiteront en général être la loi de leur Etat. Lorsque la loi applicable est la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, des questions telles que la formation des contrats seront soumises aux règles internationales uniformes énoncées dans ladite Convention. Un Etat pourra juger utile d'incorporer dans la législation des marchés certaines de ces solutions tirées d'autres instruments de la législation applicable et compléter le chapitre IV au moyen de règles énoncées dans la réglementation des marchés. On notera également que les chapitres premier et V seront également applicables dans l'ensemble aux méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres.

Article 36

Appel d'offres en deux étapes

La procédure en deux étapes utilisée dans cette méthode de passation des marchés a pour objet de combiner deux avantages : la souplesse, car l'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs afin d'arriver à un ensemble de spécifications définitives pour les biens ou travaux requis et, durant la deuxième étape, le haut niveau d'objectivité et de concurrence que permet la procédure d'appel d'offres qui fait l'objet du chapitre III. L'idée maîtresse des dispositions de l'article 36, qui établissent les procédures spécifiques distinguant l'appel d'offres en deux étapes de l'appel d'offres ordinaire, a été notée au paragraphe 17 de la section I du Guide. C'est ainsi que le paragraphe 4 impose à l'entité adjudicatrice l'obligation de porter à la connaissance de tous les fournisseurs ou entrepreneurs restant pour la deuxième étape toutes modifications apportées aux spécifications initiales et de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de ne pas soumettre une offre définitive sans perdre la garantie de soumission qu'ils ont pu être tenus de fournir pour participer à la première étape. Cette dernière disposition est nécessaire pour que les fournisseurs ou entrepreneurs puissent accepter de participer à la procédure d'appel d'offres en deux étapes; en effet, à la date limite de soumission des offres, durant la première étape, les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent être censés savoir quelles seront les spécifications pour la deuxième étape.

Article 37

Appel d'offres restreint

1. Comme il a été dit au paragraphe 2 des observations relatives à l'article 18, les conditions de sollicitation fixées à l'article 37 visent à faire en sorte que, lorsque l'appel d'offres restreint est utilisé au motif visé à l'article 18 *a*, tous les fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir les biens ou travaux requis soient invités à soumettre des offres, et que, lorsque l'appel d'offres restreint est utilisé au motif visé à l'article 18 *b*, les fournisseurs ou entrepreneurs soient invités en nombre suffisant pour assurer une concurrence véritable. L'incorporation de ces conditions de sollicitation est une garantie importante pour empêcher que le recours à l'appel d'offres restreint ne compromette l'objectif de la Loi type consistant à promouvoir la concurrence.

2. Le paragraphe 2 a pour objet de promouvoir la transparence et la responsabilité financière en ce qui concerne la décision de recourir à l'appel d'offres restreint en exigeant qu'un avis d'appel d'offres restreint soit inséré dans une publication que l'Etat doit spécifier dans sa législation des marchés. Egalement pertinente

à cet égard est la règle d'application générale énoncée à l'article 16-2 selon laquelle l'entité adjudicatrice doit inclure dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le choix de cette méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres.

3. Le paragraphe 3 prévoit qu'outre les procédures spécifiques énoncées aux paragraphes 1 et 2, les procédures applicables à l'appel d'offres restreint sont celles qui s'appliquent normalement à la procédure d'appel d'offres, à l'exception de l'article 22.

Article 38

Sollicitation de propositions

1. Si la sollicitation de propositions est une méthode selon laquelle l'entité adjudicatrice sollicite en général des propositions d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'article 38 comporte des dispositions ayant pour objet de garantir que suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs auront la possibilité de faire part de leur intérêt à participer à la procédure et que suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs y participeront effectivement, de manière à assurer une concurrence appropriée. A ce propos, le paragraphe 1 exige de l'entité adjudicatrice qu'elle sollicite des propositions d'autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible, mais de trois au moins si possible. Le paragraphe 2 énonce une disposition complémentaire visant à élargir la participation en demandant à l'entité adjudicatrice, à moins que cela ne soit pas souhaitable pour des raisons d'économie ou d'efficacité, de publier dans un journal de diffusion internationale un avis à l'intention des personnes qui seraient intéressées à participer à la procédure de sollicitation de propositions. Afin d'éviter les retards excessifs qui pourraient résulter si l'entité adjudicatrice était tenue d'admettre tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant répondu à cet avis, la publication de l'avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs.

2. La réglementation des marchés peut énoncer des règles plus détaillées applicables par l'entité adjudicatrice dans ce type de procédure d'avis. Par exemple, la pratique dans certains pays est la suivante : la sollicitation de propositions est envoyée en règle générale à tous les fournisseurs ou entrepreneurs répondant à l'avis, à moins que l'entité adjudicatrice ne décide qu'elle souhaite n'envoyer la sollicitation de propositions qu'à un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs. Cette approche se fonde sur l'idée selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs ayant fait part de leur intérêt devraient avoir la possibilité de soumettre des propositions et que le nombre de ceux qui sont invités à soumettre des propositions ne devrait être limité que pour d'importantes raisons administratives. Par contre, s'il est vrai qu'il ne faudrait pas renoncer à la légère à la plus large procédure d'avis, une telle procédure risquerait d'imposer une charge supplémentaire à l'entité adjudicatrice à un moment où elle est déjà très occupée.

3. Le reste de l'article 38 décrit les éléments essentiels de la procédure de sollicitation de propositions concernant l'évaluation et la comparaison des propositions et le choix de la proposition à retenir. Ces dispositions visent à promouvoir la transparence, l'équité et la concurrence et l'objectivité lors de la comparaison et de l'évaluation des propositions.

4. La compétence relative du fournisseur ou de l'entrepreneur en matière de technique et de gestion est incluse au paragraphe 3 *a* parmi les facteurs d'évaluation possibles car l'entité adjudicatrice pourra avoir plus ou moins confiance en l'aptitude d'un fournisseur ou entrepreneur donné qu'en celle d'un autre. Cette disposition devrait être distinguée de celle habilitant l'entité

adjudicatrice (art. 6) à ne pas évaluer les propositions de fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle considère comme non fiables ou incompetentes ou à ne pas y donner suite.

5. La procédure relative à la "meilleure offre définitive" décrite au paragraphe 8 vise à promouvoir au maximum la concurrence et la transparence en fixant une date à laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent avoir présenté leur meilleure offre définitive. Cette procédure met fin aux négociations et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles offertes par les fournisseurs et entrepreneurs, afin d'atténuer le risque de voir l'entité adjudicatrice se servir de l'offre faite par un fournisseur ou entrepreneur pour exercer des pressions sur un autre entrepreneur ou fournisseur, afin qu'il baisse son prix. En prévision de ces pressions, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être amenés à hausser leurs prix initiaux.

Article 39

Appel à la concurrence

1. L'article 39 est une disposition relativement brève. En effet, sous réserve des dispositions générales applicables, des règles énoncées dans la Loi type et dans la réglementation des marchés et de toute règle émanant d'autres instruments de la législation applicable, l'entité adjudicatrice peut organiser et mener les négociations comme elle le juge bon. Les règles énoncées dans le présent article visent à donner cette liberté à cette entité adjudicatrice tout en s'attachant à promouvoir la concurrence et l'objectivité dans la sélection et l'évaluation, notamment en disposant au paragraphe 4 qu'une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice doit demander aux fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs meilleures offres définitives, sur la base desquelles elle sélectionnera l'offre à retenir.

2. L'Etat voudra peut-être disposer, dans la réglementation des marchés, que l'entité adjudicatrice doit prendre par exemple les mesures suivantes : énoncer des règles et procédures de base relatives à l'organisation des négociations, afin que celles-ci soient menées de manière efficace; établir divers documents qui serviront de base aux négociations, notamment les documents décrivant les caractéristiques techniques souhaitées des biens ou travaux requis et les conditions contractuelles désirées; prier les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négocie de ventiler leurs prix afin d'être à même de comparer ce qu'offrent les différents entrepreneurs ou fournisseurs durant les négociations.

Article 40

Procédure de sollicitations de prix

Il est important d'inclure dans la législation des marchés des conditions de procédure minimales pour les procédures de sollicitations de prix du type décrit dans la Loi type. Ces conditions visent à assurer une concurrence suffisante, du point qualitatif et quantitatif. En ce qui concerne la condition énoncée au paragraphe 1 selon laquelle les fournisseurs auxquels est adressée une sollicitation de prix doivent être avisés des frais à inclure dans le prix, l'entité adjudicatrice voudra peut-être envisager d'utiliser les termes commerciaux reconnus, en particulier les INCOTERMS.

Article 41

Sollicitation d'une source unique

La Loi type ne prescrit pas de procédures à suivre dans le cas de la sollicitation d'une source unique. En effet, cette méthode est soumise à des conditions d'utilisation très particulières et consiste

à faire appel à un seul fournisseur ou entrepreneur, si bien qu'il s'agit essentiellement d'une négociation contractuelle qu'il ne convient pas de régler expressément dans la Loi type. Il faut cependant noter que les dispositions du chapitre premier s'appliqueraient d'une manière générale à la sollicitation d'une source unique, notamment l'article 11 sur l'obligation de conserver un procès-verbal et l'article 12 sur la publication de l'avis d'attribution du marché.

Chapitre V. Recours

1. Il est essentiel de disposer d'un moyen effectif de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures suivies par celle-ci, afin d'assurer le bon fonctionnement du système de passation des marchés et de promouvoir la confiance en ce système. Le chapitre V de la Loi type rassemble des dispositions établissant ce droit de recours et en régissant l'exercice.

2. Il est clair qu'il existe dans la plupart des Etats des mécanismes et procédures de recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques. Dans certains Etats, des mécanismes et procédures de recours ont été mis en place expressément pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres Etats, de tels litiges sont traités par l'application de mécanismes et procédures généraux de recours contre des actes administratifs. Certains aspects importants de la procédure de recours, tels que l'instance devant laquelle introduire le recours et les réparations pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques fondamentales, tant conceptuelles que structurelles, du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays. De nombreux systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques devant une instance administrative exerçant une autorité ou un contrôle hiérarchique sur l'organe ou l'entité (ci-après dénommé "recours administratif hiérarchique"). Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours administratif hiérarchique, la question de savoir quels organes exerceront cette fonction pour les actes d'organes ou entités particuliers dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'Etat. Dans le contexte de la passation des marchés, par exemple, certains Etats prévoient que cette fonction sera confiée à un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur la passation des marchés de l'Etat (par exemple une commission centrale des marchés); dans d'autres Etats, cette fonction est assurée par l'organe chargé d'exercer un contrôle financier sur les opérations du gouvernement et de l'administration. Certains Etats prévoient dans certains cas que le chef de l'Etat s'acquittera de cette fonction.

3. Dans certains Etats, pour des types particuliers de cas mettant en jeu des organes administratifs ou d'autres entités publiques, cette fonction est assurée par des instances administratives indépendantes spécialisées dont la compétence est parfois décrite comme "quasi judiciaire". Ces instances ne sont toutefois pas considérées dans ces Etats comme des tribunaux du système judiciaire.

4. De nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un recours judiciaire contre les actes d'organes administratifs et entités publiques. Dans plusieurs de ces systèmes juridiques, un recours judiciaire est possible en sus du recours administratif, alors que dans d'autres systèmes seul un recours judiciaire est possible. Certains systèmes ne prévoient qu'un recours administratif et non un recours judiciaire. Dans certains de ceux où des recours à la fois administratifs et judiciaires sont possibles, le recours judiciaire n'est possible qu'après qu'ont été épuisées les voies de recours administratif; dans d'autres, les deux moyens de recours sont possibles en tant qu'options.

5. Vu ce qui précède et afin d'éviter d'empiéter sur les aspects fondamentaux, tant conceptuels que structurels, des systèmes juridiques et des systèmes administratifs de l'Etat, les dispositions du chapitre V sont davantage des dispositions cadres que celles des autres sections de la Loi type. Comme l'indique la note de bas de page relative au titre du chapitre V de la Loi type, certains Etats souhaiteront peut-être incorporer les articles sur le droit de recours sans changements, ou avec des changements minimes, alors que d'autres Etats pourront ne pas juger utile de les incorporer, en partie ou en totalité. Dans ces derniers cas, les articles sur les recours pourront servir de références pour évaluer les procédures de recours prévues.

6. Afin que les dispositions puissent être adaptées aux cadres conceptuels et structurels très divergents des systèmes juridiques du monde entier, seules les caractéristiques essentielles du droit de recours et de l'exercice de ce droit y sont traitées. La réglementation des marchés qu'établira chaque Etat pourra comporter des règles plus détaillées portant sur des questions qui ne sont pas traitées dans la Loi type ou dans d'autres règles juridiques de l'Etat. Dans certains cas, des variantes concernant des questions particulières ont été présentées.

7. Le chapitre V ne traite pas de la possibilité de recourir à l'arbitrage parce que le recours est relativement rare dans le contexte de la passation des marchés. Cependant, la Loi type n'entend pas empêcher l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur de soumettre à l'arbitrage, si les circonstances s'y prêtent, un différend relatif aux procédures prévues dans la Loi type.

Article 42

Droit de recours

1. L'objet de l'article 42 est d'énoncer le droit fondamental à introduire un recours. En application du paragraphe 1, le droit de recours n'appartient qu'aux fournisseurs et entrepreneurs, et non au public en général. Les sous-traitants ont été intentionnellement écartés du champ d'application du droit de recours prévu dans la Loi type, cela afin d'éviter un risque de perturbation excessif qui pourrait avoir des incidences néfastes sur l'économie et l'efficacité des marchés publics. L'article ne traite pas de la capacité du fournisseur ou entrepreneur à introduire un recours ni de la nature ou de l'importance de l'intérêt en jeu ou du préjudice subi pour qu'un fournisseur ou entrepreneur puisse introduire un recours. De telles questions doivent être résolues en application des règles juridiques pertinentes de l'Etat.

2. La référence, dans le paragraphe 1, à l'article 47 a été placée entre crochets car la numérotation de l'article sera fonction de l'existence ou non dans l'Etat d'un mécanisme de recours administratif hiérarchique (voir le paragraphe 1 des observations relatives à l'article 44).

3. Les dispositions de la Loi type n'imposent pas toutes des obligations qui, si elles ne sont pas respectées par l'entité adjudicatrice, donnent lieu à un droit de recours en vertu de la Loi type. Le paragraphe 2 dispose que certains types d'actes et de décisions de l'entité adjudicatrice, fondés sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ne peuvent faire l'objet du droit de recours prévu au paragraphe 1. L'exemption de certains actes et décisions se fonde sur une distinction établie entre, d'une part, les conditions et obligations imposées à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne ses relations avec les fournisseurs et entrepreneurs et qui l'engagent juridiquement envers eux et, d'autre part, des exigences qui sont considérées comme purement "internes" à l'administration, qui se rattachent à l'intérêt général ou qui, pour d'autres raisons, ne constituent pas des obligations juridiques de l'entité adjudicatrice envers les fournisseurs et entrepreneurs. Ce droit de recours

est en général limité aux cas où le premier type d'exigence n'est pas respecté par l'entité adjudicatrice. (Voir aussi le paragraphe 2 des observations relatives à l'article 28.)

Article 43

Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)

1. L'objet de cette disposition relative à un recours de première instance porté devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle est, pour l'essentiel, de permettre à ce responsable de remédier à des actes, décisions ou procédures erronés. Une telle méthode peut permettre d'éviter d'alourdir la tâche d'instances supérieures de recours et du système judiciaire avec des cas qui auraient pu être résolus plus tôt par une procédure moins perturbatrice. Les références à l'autorité de tutelle au paragraphe 1, ainsi que dans d'autres parties de l'article 43 et d'autres articles relatifs au recours, ont été placées entre parenthèses, car elles ne seront peut-être pas pertinentes dans tous les Etats (voir le paragraphe 26 de la section I du Guide).

2. Si le recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne peut être intenté que lorsque le marché n'a pas encore été conclu, c'est pour les raisons suivantes : une fois le marché entré en vigueur, il y a peu de mesures de correction que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle pourra utilement exiger. Ces derniers cas relèveraient plutôt d'un recours administratif hiérarchique ou d'un recours judiciaire.

3. L'objet du délai énoncé au paragraphe 2 est de permettre que les réclamations soient déposées promptement de manière à éviter tout retard et perturbation excessifs à un stade ultérieur de la procédure. Le paragraphe 2 ne définit pas la notion de "jours" (jours civils ou jours ouvrables), car la plupart des Etats ont adopté des règles d'interprétation comportant une définition de cette notion.

4. Le paragraphe 3 est une disposition complémentaire du paragraphe 1 et prévoit que, pour les raisons mentionnées au paragraphe 2 des observations relatives au présent article, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle n'a pas à connaître d'une réclamation ou à continuer de connaître d'une réclamation après l'entrée en vigueur du marché.

5. L'alinéa 4 b laisse le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle libre de déterminer quelles mesures correctives seront appropriées dans chaque cas (sous réserve de toute règle en la matière figurant dans la réglementation des marchés; voir également le paragraphe 7 des observations relatives au présent article). Les mesures correctives peuvent être notamment les suivantes : demander à l'entité adjudicatrice de rectifier la procédure de passation des marchés afin de la rendre conforme à la législation des marchés, à la réglementation des marchés ou à toute autre règle de droit applicable; s'il a été décidé d'accepter une offre donnée et qu'il ressort qu'une autre offre aurait dû être acceptée, demander à l'entité adjudicatrice de ne pas envoyer l'avis d'acceptation à l'entrepreneur ou fournisseur initialement choisi, mais d'accepter l'autre offre; ou résilier la procédure de passation des marchés et ordonner l'ouverture d'une nouvelle procédure.

6. L'Etat devrait prendre les mesures suivantes pour ce qui est des références à l'article "44 ou 47" figurant entre crochets aux paragraphes 5 et 6. Si l'Etat prévoit un recours judiciaire, mais non un recours administratif hiérarchique (voir le paragraphe 1 des observations relatives à l'article 44), il ne faudrait faire référence qu'à l'article figurant dans la Loi type en tant qu'article 39. Si l'Etat prévoit les deux formes de recours, mais exige

de l'entrepreneur ou fournisseur présentant une réclamation qu'il épuise son droit à recours administratif hiérarchique avant d'intenter un recours judiciaire, il ne faudrait faire référence qu'à l'article 40. Si l'Etat prévoit les deux formes de recours, mais n'exige pas que le droit à recours administratif hiérarchique soit épuisé avant que ne soit intenté un recours judiciaire, la référence devrait être à l'article "44 ou 47".

7. Certaines règles supplémentaires applicables à la procédure de recours en vertu du présent article sont énoncées à l'article 47. En outre, l'Etat peut inclure dans la réglementation des marchés des règles détaillées relatives aux conditions de procédure auxquelles doit satisfaire l'entrepreneur ou fournisseur afin de pouvoir entamer la procédure de recours. Par exemple, la réglementation peut préciser si une déclaration succincte faite par télex, accompagnée ultérieurement de pièces justificatives, sera considérée comme suffisante. En outre, la réglementation des marchés peut énoncer des règles détaillées relatives à l'organisation de la procédure de recours en vertu du présent article (par exemple, concernant le droit des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation des marchés, autres que la partie qui présente une réclamation, de participer à la procédure de recours (voir l'article 45); la présentation de preuves; la conduite de la procédure de recours; et les mesures correctives que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle peut imposer à l'entité adjudicatrice).

8. Les procédures de recours en vertu de cet article devraient être conçues de manière à permettre un traitement diligent de la réclamation. Si cela n'est pas possible, ces procédures ne devraient pas indûment retarder l'ouverture d'une procédure de recours administratif hiérarchique ou de recours judiciaire. A cette fin, le paragraphe 4 donne à l'entité adjudicatrice (ou à l'autorité de tutelle) un délai de trente jours pour rendre une décision au sujet de la réclamation; en l'absence d'une décision, le paragraphe 5 donne au fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation le droit d'introduire un recours administratif en vertu de l'article 44 ou, si un tel recours n'est pas prévu dans l'Etat, un recours judiciaire en vertu de l'article 47.

Article 44

Recours administratif

1. Les Etats dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre des actes, décisions et procédures administratifs pourront choisir d'omettre cet article et de ne prévoir qu'un recours judiciaire (art. 47).

2. Dans certains systèmes juridiques prévoyant à la fois un recours administratif hiérarchique et un recours judiciaire, une procédure de recours judiciaire peut être entamée alors que la procédure de recours administratif est toujours en cours, ou *vice versa*, et des règles précisent si — et dans quelle mesure — la procédure de recours judiciaire supplante la procédure de recours administratif. Si le système juridique d'un Etat prévoyant ces deux modes de recours ne comporte pas de telles règles, l'Etat pourra souhaiter en adopter sous forme d'une loi ou d'une réglementation.

3. Un Etat désireux de prévoir un recours administratif hiérarchique, mais ne disposant pas d'un mécanisme à cette fin pour les questions liées aux marchés, devrait confier cette fonction à un organe administratif compétent, soit un organe déjà en place soit un nouvel organe créé par l'Etat. Il peut s'agir par exemple d'un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur les marchés publics (par exemple une commission centrale des marchés), un organe dont la compétence n'est pas limitée aux questions de passation des marchés (par exemple, l'organe qui

exerce une supervision et un contrôle financiers sur les opérations du gouvernement et de l'administration; le champ de la procédure de recours ne devrait toutefois pas être limité à des questions de supervision et de contrôle financiers), ou un organe administratif spécial ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges relatifs à des questions de passation des marchés, par exemple une "commission d'examen des marchés". Il importe que l'organe exerçant cette fonction soit indépendant de l'entité adjudicatrice. En outre, si cet organe est celui qui, en vertu de la Loi type telle qu'adoptée par l'Etat, approuve certains actes ou décisions de l'entité adjudicatrice ou certaines des procédures qu'elle applique, on veillera à ce que la section de cet organe qui doit exercer cette fonction soit indépendante de la section exerçant la fonction d'approbation.

4. Si l'alinéa 1 *a* établit le délai dans lequel peut commencer la procédure de recours administratif en se fondant sur le moment où le requérant a pris connaissance des circonstances en question, la Loi type laisse à la loi applicable la question de la date limite absolue pour l'ouverture de la procédure de recours.

5. Les fournisseurs et entrepreneurs habilités à introduire une procédure de recours en application de l'alinéa 1 *d* ne sont pas uniquement des entrepreneurs ou fournisseurs ayant participé à la procédure engagée devant les responsables de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (voir l'article 44-2), mais aussi tout autre fournisseur ou entrepreneur se disant lésé par une décision dudit responsable.

6. La condition énoncée au paragraphe 2 vise à permettre à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle de s'acquitter de son obligation en vertu de l'article 45-1, consistant à aviser tous les fournisseurs ou entrepreneurs de l'introduction d'un recours.

7. Pour ce qui est du paragraphe 3, les moyens par lesquels le fournisseur ou entrepreneur introduisant un recours établit son droit à réparation sont fonction des règles de fond et règles de procédure applicables à la procédure de recours.

8. Les systèmes juridiques nationaux divergent quant à la nature des réparations que les organes connaissant des recours administratifs hiérarchiques ont pouvoir d'accorder. Lorsqu'il adoptera la Loi type, un Etat pourra inclure toutes les réparations énumérées au paragraphe 3, ou seules celles qu'un organe administratif sera normalement habilité à accorder dans le système juridique national. Si, dans un système juridique particulier, un organe administratif peut accorder certaines réparations qui ne sont pas énumérées au paragraphe 3, celles-ci pourront être ajoutées à ce paragraphe. En effet, le paragraphe devrait énoncer toutes les réparations que l'organe administratif peut accorder. L'approche retenue dans cet article, qui spécifie les réparations que peut accorder l'organe administratif hiérarchique, contraste avec l'approche plus souple retenue pour les mesures correctives que peut exiger le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (art. 43-4 *b*). L'approche retenue dans ce dernier article est justifiée par le fait que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle devrait être à même de prendre toutes les mesures requises pour remédier à une irrégularité commise par l'entité adjudicatrice elle-même ou approuvée par l'autorité de tutelle. Les instances administratives hiérarchiques connaissant des recours administratifs sont, dans certains systèmes juridiques, soumises à des règles plus formalistes et restrictives pour ce qui est des réparations qu'elles peuvent accorder et l'approche retenue à l'article 44-3 vise à éviter d'empiéter sur ces règles.

9. Des variantes sont prévues dans le chapeau du paragraphe 3, afin de tenir compte des Etats dans lesquels les instances administratives ne sont pas habilitées à accorder les réparations prévues au paragraphe 3, mais peuvent faire des recommandations.

10. Pour ce qui est des types de préjudices pour lesquels un dédommagement peut être demandé, l'alinéa 3 f présente deux variantes entre lesquelles pourra choisir l'Etat. Selon l'option I, un dédommagement peut être demandé pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation du fait de l'acte, de la décision ou de la procédure illicites. Ces coûts n'incluent pas le manque à gagner subi du fait de non-acceptation d'une offre ou d'une proposition du fournisseur ou entrepreneur présentant la réclamation. Les types de pertes pouvant faire l'objet d'un dédommagement en vertu de l'option II sont plus larges et peuvent inclure le manque à gagner dans certains cas.

11. S'il est mis fin à la procédure de passation du marché en application de l'alinéa 2 g, l'entité adjudicatrice peut entamer une nouvelle procédure.

12. Dans certains cas, il serait approprié qu'un marché entré en vigueur soit annulé, par exemple lorsqu'un marché a été octroyé à un fournisseur ou entrepreneur comme suite à une fraude. Toutefois, comme l'annulation d'un marché risque de constituer une mesure particulièrement perturbatrice et contraire à l'intérêt général, cette solution n'est pas prévue dans la Loi type elle-même. Néanmoins, rien n'interdit une annulation en vertu d'autres instruments juridiques. Les cas où une annulation serait appropriée seront sans doute régis par les règles applicables de droit contractuel, administratif ou pénal.

13. S'il n'existe pas dans l'Etat de règles détaillées régissant les procédures de recours administratif hiérarchique, l'Etat peut énoncer de telles règles dans une loi ou dans la réglementation des marchés. Ces règles peuvent notamment porter sur les points suivants : délai d'introduction d'un recours administratif hiérarchique; droit des fournisseurs et entrepreneurs, autres que celui qui introduit la procédure de recours, à participer à ladite procédure (voir l'article 45-2); la charge de la preuve; la présentation de preuves; et la conduite de la procédure de recours.

14. Le délai général de trente jours imposé au paragraphe 4 pourra devoir être modifié dans les pays où la procédure administrative prend la forme d'une procédure quasi judiciaire supposant des auditions ou d'autres mesures de longue durée. Dans ces pays, les problèmes que pose cette question pourront être néanmoins traités, étant donné le caractère optionnel de l'article 44.

Article 45

Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 43 [et de l'article 44]

1. Cet article s'applique uniquement aux procédures de recours engagées devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle et devant une instance administrative hiérarchique, mais non aux procédures de recours judiciaire. Il existe dans de nombreux Etats des règles régissant les questions traitées dans cet article.

2. Les références entre crochets, dans le titre et le texte de l'article, à l'article 44 et à l'instance administrative, seront omises par l'Etat qui ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique.

3. L'objet des paragraphes 1 et 2 de l'article est d'informer les fournisseurs ou entrepreneurs qu'une réclamation a été présentée à propos de la procédure à laquelle ils ont participé ou participent et de leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils pourront par exemple intervenir dans la procédure de recours en vertu du paragraphe 2 ou prendre d'autres mesures

prévues en vertu des règles juridiques applicables. La possibilité d'une participation élargie à la procédure de recours a été envisagée car il est de l'intérêt de l'entité adjudicatrice que les réclamations soient entendues et que les informations pertinentes soient portées à son attention dès que possible.

4. Alors que le paragraphe 2 accorde aux fournisseurs et entrepreneurs un droit relativement large de participation à une procédure de recours qu'ils n'ont pas engagée, la Loi type ne donne pas d'orientations détaillées quant à la mesure dans laquelle ces tiers pourront participer (par exemple, auront-ils un droit de participation plein et entier, y compris le droit de présenter des déclarations ?). Les Etats devront peut-être déterminer s'il est nécessaire d'établir, dans leur système juridique, des règles régissant ces questions.

5. Au paragraphe 3, les mots "et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé à la procédure de recours" font référence aux fournisseurs et entrepreneurs participant conformément au paragraphe 2 et aux autorités gouvernementales telles que les autorités d'approbation.

Article 46

Suspension de la procédure de passation du marché

1. La solution de la suspension automatique (c'est-à-dire d'une suspension de la procédure déclenchée par la simple présentation d'une réclamation) est retenue dans la législation des marchés de certains pays. La suspension a pour objet de permettre la préservation des droits du fournisseur ou entrepreneur introduisant une procédure de recours en attendant la clôture de cette procédure. Sans cette suspension, le fournisseur ou entrepreneur présentant une réclamation n'aurait peut-être pas assez de temps pour demander et obtenir des mesures conservatoires. En particulier, il sera en général important pour le fournisseur ou l'entrepreneur d'empêcher l'entrée en vigueur du marché avant l'achèvement de la procédure de recours et, s'il faut établir un droit à des mesures conservatoires, on manquera peut-être de temps pour le faire, tout en évitant l'entrée en vigueur du marché (par exemple, lorsque la procédure de passation du marché en est à son stade final). La solution de la suspension permettra dans un plus grand nombre de cas un règlement de la réclamation plus tôt, sans qu'il ne soit nécessaire d'intenter un recours judiciaire, ce qui devrait permettre un règlement des litiges plus économique et plus efficace. En revanche, la solution de la suspension automatique a l'inconvénient d'augmenter le risque que les procédures de recours ne perturbent et ne retardent la passation du marché, ce qui nuirait aux opérations de l'entité adjudicatrice.

2. L'approche adoptée à l'article 46 en ce qui concerne la suspension vise à établir un équilibre entre le droit du fournisseur ou entrepreneur à ce que sa réclamation soit examinée et la nécessité pour l'entité adjudicatrice de conclure un marché d'une manière économique et efficace sans que la passation du marché ne soit indûment perturbée et retardée. En premier lieu, afin de réduire le risque qu'une procédure de suspension ne soit déclenchée sans nécessité, la suspension prévue à l'article 46 n'est pas automatique, mais est soumise à la réunion des conditions énoncées au paragraphe 1. La condition relative à la déclaration que doit faire le fournisseur ou l'entrepreneur demandant la suspension n'a pas pour objet de déclencher une procédure accusatoire, avec présentation de preuves, car cela irait à l'encontre de l'objectif qui est de déclencher rapidement le processus de suspension lors de la présentation en temps utile d'une réclamation. Il s'agit plutôt d'un processus unilatéral, fondé sur l'affirmation par le requérant de l'existence de certaines circonstances, circonstances du type de celles qui doivent être avancées dans de nombreux systèmes juridiques pour obtenir des mesures conservatoires. La condition

selon laquelle la réclamation ne doit pas être futile a été incorporée car, même dans le contexte d'une procédure unilatérale, l'instance chargée du recours doit être habilitée à examiner la réclamation, afin de rejeter toute réclamation futile.

3. Afin d'atténuer les effets potentiellement perturbateurs d'une suspension, seule une brève suspension initiale de sept jours peut être obtenue par la procédure relativement simple prévue à l'article 46. Cette brève suspension initiale a pour but de permettre à l'entité adjudicatrice ou à toute autre instance connaissant du recours d'évaluer le bien-fondé de la réclamation et de déterminer si une prolongation de la suspension initiale en vertu du paragraphe 3 serait justifiée. Le risque de perturbation est limité encore par le maximum de trente jours prévu au paragraphe 3 pour la durée totale de la suspension. En outre, le paragraphe 4 permet l'inapplication de la suspension dans des circonstances exceptionnelles, si l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général, par exemple lorsque le marché porte sur des biens requis d'urgence en raison d'une catastrophe naturelle.

4. Le paragraphe 2 prévoit la suspension pendant une période de sept jours de l'exécution d'un marché déjà entré en vigueur lorsqu'une réclamation est présentée conformément à l'article 44 et répond aux conditions énoncées au paragraphe 1. Cette suspension peut aussi n'être pas appliquée, en vertu du paragraphe 4, et, comme il a été noté plus haut, elle peut être prolongée, en vertu du paragraphe 3, à condition de ne pas dépasser une durée totale de trente jours.

5. Puisque, à part les dispositions figurant à l'article 47, la Loi type ne traite pas des recours judiciaires, l'article 46 ne traite pas de la question d'une suspension ordonnée par les tribunaux, que peut prévoir la législation applicable.

Article 47

Recours judiciaire

L'objet de l'article n'est pas de limiter ou de déplacer le droit à un recours judiciaire que peuvent octroyer d'autres règles juridiques applicables. Il vise simplement à confirmer ce droit et à donner compétence au tribunal ou aux tribunaux spécifiés pour connaître des actions intentées conformément à l'article 42. Il s'agit notamment d'appels contre les décisions rendues par des instances de recours en application des articles 43 et 44, ou contre le fait que ces instances n'aient pas agi. Les aspects de procédure et autres du recours judiciaire, y compris les réparations pouvant être accordées, seront régis par la loi applicable à la procédure judiciaire, qui régira la question de savoir si, dans le cas d'un appel contre une décision rendue par une instance de recours en application des articles 43 ou 44, le tribunal doit examiner depuis le début l'aspect de la procédure de passation du marché faisant l'objet de la réclamation ou se limiter à examiner la légalité ou la pertinence de la décision rendue par l'instance de recours. L'approche minimale de l'article 47 a été retenue afin de ne pas empiéter sur les lois et procédures nationales relatives à la procédure judiciaire.

III. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION CONSACRÉES A LA PRÉPARATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX ET DU GUIDE POUR SON INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE

Compte rendu analytique (partiel)* de la 494^e séance

Lundi 5 juillet 1993, 10 heures

[A/CN.9/SR.494**]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance a été ouverte à 10 h 20.

Le débat sur lequel porte le compte rendu analytique a commencé à 10 h 40.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1, A/CN.9/377, A/CN.9/378/Add.1)

Questions de procédure

1. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) attire l'attention sur le rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa quinzième session (A/CN.9/371), dont l'annexe contient le texte du projet de Loi type adopté par le Groupe.

2. La Commission est également saisie d'un projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, élaboré par le Secrétariat (A/CN.9/375) et qui, selon la décision du Groupe de travail, devrait accompagner la Loi type après son adoption par la Commission. Le projet de Guide a pour objectif d'aider les législateurs qui envisagent l'adoption d'une législation fondée sur la Loi type.

3. La Commission est également saisie des observations des gouvernements sur le projet de Loi type, contenues dans les documents A/CN.9/376 et Add.1. En outre, le Secrétariat vient de recevoir une communication dans laquelle le Gouvernement de la République-Unie de Tanzanie indique qu'il n'a pas d'observations à faire sur le fond du projet de Loi type, mais souhaite rendre hommage au Groupe de travail pour les efforts qu'il a faits afin d'élaborer ce projet et exprime l'espoir que la Loi type aidera les pays en développement dans les procédures de passation de marchés.

4. S'agissant des travaux possibles dans le domaine des marchés de services, sujet qui n'est pas traité dans le projet de Loi type, la Commission est saisie du document A/CN.9/378/Add.1, qui sera examiné plus tard pendant la session.

*Aucun compte rendu analytique n'a été établi pour le reste de la séance.

**Aucun compte rendu analytique n'a été établi pour les 485^e à 493^e séances.

5. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) déclare que la Commission devra s'atteler à trois tâches : examiner les propositions de modifications de fond du projet de Loi type, qui, espère sa délégation, seront réduites au minimum; faire un travail de rédaction; et examiner le projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type. M. Wallace suggère de séparer ces trois tâches en laissant au groupe de rédaction les questions purement rédactionnelles, de façon que la Commission puisse, en réunion plénière, se concentrer sur les questions de fond.

6. Le représentant des Etats-Unis propose par ailleurs de créer une équipe de travail qui serait chargée d'harmoniser le texte du projet de Guide avec celui de la Loi type qui sera adopté. Le Guide sera d'une importance cruciale pour les gouvernements qui envisageront d'adopter la Loi type, mais il serait regrettable que la Commission s'y enlise pour des points de détail, au lieu d'examiner les questions que soulève le projet de Loi type lui-même et qui portent davantage sur le fond.

7. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) recommande de ne pas s'écarter de la pratique suivie par la Commission en attachant une trop grande importance au projet de Guide. La Commission n'a presque jamais approuvé un commentaire sur un texte final adopté par elle.

8. M. Herrmann met aussi en garde contre le renvoi d'un grand nombre de questions de fond au groupe de rédaction : l'expérience a montré que cette procédure ne permettait pas en fait de gagner du temps, car les groupes de rédaction tendent à devenir le théâtre de nouveaux affrontements sur les questions litigieuses. Il vaudrait mieux confiner le groupe de rédaction à son rôle traditionnel qui est d'examiner le texte qui a fait l'objet d'un accord dans les six langues de travail de la Commission. Cet examen peut très bien révéler des différences de fond, mais le groupe de rédaction fait alors normalement part à la Commission de ces différences.

9. En ce qui concerne la proposition du représentant des Etats-Unis de créer une équipe de travail pour harmoniser le projet de Guide, le Secrétaire de la Commission déclare que la mise au

point d'une version finale du Guide d'ici le dernier jour de la session demandera un très gros travail et l'équipe ne pourra de toute façon commencer ses travaux que la semaine suivante au plus tôt. Il vaudrait donc peut-être mieux reporter une décision sur cette proposition.

10. M. JAMES (Royaume-Uni) estime, comme le Secrétaire de la Commission, qu'il n'est pas souhaitable de renvoyer un grand nombre de questions de fond à un groupe de rédaction. Un tel groupe devrait se concentrer sur des questions de formulation. S'il lui est aussi demandé de traiter des questions de fond, même mineures, il risque, au cours de la dernière semaine de la session, d'avoir à renvoyer de nouveau à la Commission des questions sur lesquelles ses membres n'ont pu s'accorder. Il vaudrait mieux examiner les questions de fond, tant essentielles que mineures, en séance plénière; tout groupe de rédaction créé par la Commission devrait traiter de questions purement rédactionnelles.

11. S'agissant du projet de Guide, M. James approuve la suggestion du représentant des Etats-Unis tendant à créer une équipe de travail pour rendre le texte de ce Guide conforme aux décisions de la Commission relatives à la Loi type. Cette équipe, toutefois, aurait un rôle purement technique et les questions de fond concernant le projet de Guide devraient être examinées par la Commission en séance plénière.

12. Le Groupe de travail a jugé extrêmement important que le projet de Guide soit adopté par la Commission, de façon qu'il soit réputé avoir reçu l'aval de cette dernière et non seulement celui de tel ou tel de ses membres.

13. M. SOLIMAN (Egypte) et M. TUVAYANOND (Thaïlande) pensent également que le projet de Guide devrait être adopté par l'ensemble de la Commission.

14. M. MORAN BOVIO (Espagne), estimant comme le représentant du Royaume-Uni que l'examen des questions de fond devrait avoir lieu en séance plénière, propose que la Commission examine le projet de Loi type et le projet de Guide parallèlement.

15. M. LEVY (Canada) ne se souvient pas que le Groupe de travail ait pris une décision tendant à ce que le projet de Guide soit adopté par la Commission, mais n'y voit pas d'objection. A son avis, il serait suffisant que le Guide soit publié comme document du Secrétariat après avoir été harmonisé avec le texte de la Loi type adopté par la Commission.

16. La mise au point définitive et l'adoption de la Loi type risquent cependant de ne pouvoir être terminées en temps voulu. Contrairement au Groupe de travail, la Commission est saisie des observations des gouvernements qui doivent être prises en considération. M. Levy estime donc qu'il ne faudrait pas examiner le projet de Guide en même temps que le projet de Loi type, mais le faire ultérieurement pendant la session, si le temps le permet.

17. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) indique qu'il connaît le cas d'un pays à économie en transition où le projet de Loi type a été utilisé de manière peu judicieuse et espère que le Guide recevra l'imprimatur de la Commission. Le Guide a besoin d'être mis en valeur et il est donc souhaitable de s'écarter de la pratique en le faisant adopter officiellement par la Commission.

18. S'agissant de la procédure à suivre, le représentant des Etats-Unis considère que si les membres de la Commission font preuve de discipline, le projet de Loi type et le projet de Guide peuvent être examinés ensemble. La proposition de création d'une équipe de travail repose sur l'idée que cette équipe devrait examiner les discordances entre le projet de Loi type et le projet de Guide.

19. M. GHAZIZADEH (République islamique d'Iran) estime que la Commission devrait examiner le projet de Loi type et le projet de Guide ensemble en séance plénière et qu'elle devrait adopter officiellement le Guide.

20. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) déclare que la Commission a pour tâche principale d'élaborer la version définitive du projet de Loi type. S'il lui reste ensuite suffisamment de temps, elle pourra examiner le projet de Guide. Il ne pense pas que la Commission doive essayer de mettre définitivement au point les deux documents et préfère l'approche proposée par le représentant du Canada.

21. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que l'expérience a montré que le type de commentaires que représente le projet de Guide était très important pour interpréter les conventions et les lois types. Il estime donc que le projet de Guide devrait être adopté par la Commission.

22. M. KOMAROV (Fédération de Russie) déclare que, dans certains pays, les législateurs devront tirer parti de l'expérience d'autres pays et que le Guide sera donc important pour eux. Son adoption par la Commission lui donnerait plus de poids. Il estime que la Commission a assez de temps pour examiner ensemble le projet de Loi type et le projet de Guide.

23. Le PRÉSIDENT déclare que le Groupe de travail n'a pas décidé que le projet de Guide devrait être adopté par la Commission, mais une telle adoption serait certes utile. Il pense que la Commission devrait se concentrer tout d'abord sur le texte de la Loi type, les observations communiquées par les gouvernements et les modifications proposées par le Secrétariat. Ultérieurement, si le temps le permet, une décision pourrait être prise quant à l'opportunité d'examiner le projet de Guide. S'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite procéder de cette manière.

24. *Il en est ainsi décidé.*

25. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie), faisant référence au document A/CN.9/378/Add.1, indique que les travaux futurs sur les marchés de services pourraient exiger des modifications du projet de Loi type ou des ajouts.

26. Le PRÉSIDENT dit que cela pourrait être effectivement le cas, mais qu'il ne s'agit pas là d'une question à examiner actuellement quant au fond.

Examen du projet de Loi type sur la passation des marchés

Titre

27. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) attire l'attention de la Commission sur la proposition formulée par le Secrétariat, dans le document A/CN.9/377, tendant à remplacer le titre intégral de la Loi type par "Projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés", afin de l'aligner sur ceux des autres lois types élaborées par la Commission.

28. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) se demande s'il ne serait pas préférable d'appeler la Loi type "Loi type des Nations Unies sur la passation des marchés".

29. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) indique que toutes les lois types adoptées à ce jour par la Commission sont connues sous le titre de lois types de la CNUDCI.

30. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'une référence à la CNUDCI dans le titre, non seulement serait

conforme à la pratique suivie depuis vingt-cinq ans, mais permettrait aussi à la Commission de revendiquer le mérite d'avoir élaboré ce texte.

31. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que la mention de la CNUDCI dans le titre ferait ressortir la nature technique de la Loi type, ce que ne pourrait faire la mention des Nations Unies.

32. M. LEVY (Canada) estime qu'en appelant la Loi type "Loi type des Nations Unies" on s'écarterait dangereusement de l'usage.

33. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite modifier le titre intégral de la Loi type en "Projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés".

34. *Il en est ainsi décidé.*

35. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) attire l'attention sur la proposition formulée par le Secrétariat dans le document A/CN.9/377, à savoir qu'il serait utile d'ajouter une note de bas de page faisant référence au Guide pour une incorporation dans le droit interne de la Loi type.

36. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter la proposition du Secrétariat.

37. *Il en est ainsi décidé.*

38. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que l'addition d'une note de bas de page faisant référence au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type soulève la question de la forme sous laquelle la Loi type et le Guide devront être publiés. Certains membres de la Commission sont en faveur d'une publication de ces textes dans des documents séparés; d'autres jugent plus sage de les publier dans un seul document — auquel cas la question serait de savoir si les commentaires devraient être présentés après chaque article.

39. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que l'on a déjà, dans de nombreux cas, fait suivre immédiatement chaque disposition du commentaire s'y rapportant.

40. Le PRÉSIDENT déclare que l'examen de la question de la forme la plus appropriée pour la publication de la Loi type et du Guide devrait être reporté après la fin de l'examen des questions de fond.

Préambule

41. *Le préambule est adopté.*

Article premier

42. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) demande si la Commission serait disposée à envisager de supprimer l'alinéa 2 a de l'article premier, qui prévoit que la Loi ne s'appliquera pas à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale. La guerre froide étant terminée, il semble qu'il n'y ait plus de raison pour que les marchés militaires soient traités séparément des marchés non militaires. L'alinéa 2 a pourrait être supprimé étant entendu que certains gouvernements pourront souhaiter inclure les marchés militaires à l'alinéa 2 b et d'autres les exclure par le biais de la réglementation des marchés (alinéa 2 c). Soumettre les marchés militaires aux mêmes règles que d'autres catégories de marchés aurait un effet salutaire.

43. M. LEVY (Canada) se déclare surpris que la délégation des Etats-Unis ait proposé une telle idée oralement au lieu de la faire

dans les observations écrites communiquées à l'avance au Secrétariat. De l'avis de son gouvernement, la sécurité nationale est une question suffisamment importante pour être traitée séparément et, en outre, figurer en bonne place au paragraphe 2.

44. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que l'idée présente de l'intérêt, mais estime qu'il sera difficile d'effectuer une modification d'une aussi grande portée que la suppression de l'alinéa 2 a à un stade si avancé. Pour assurer l'application la plus large possible de la Loi type, peut-être faudrait-il insérer une note dans le texte définitif du Guide, indiquant que les exceptions au titre du paragraphe 2 doivent être aussi peu nombreuses que possible.

45. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que pour de nombreux pays les marchés militaires demeurent une question sensible, car la fin de la guerre froide n'a pas mis un terme aux menaces d'agression extérieure. Il ne pense donc pas que l'alinéa 2 a devrait être supprimé.

46. M. JAMES (Royaume-Uni), approuvant les remarques faites par le représentant du Canada, déclare qu'il faudrait persuader les pays d'accepter la Loi type et non les en dissuader en leur faisant craindre qu'elle s'applique à leurs marchés intéressant la défense. L'alinéa 2 a devrait être maintenu. Toutefois, on pourrait préciser dans le Guide que les Etats ne sont pas tenus d'exclure ces marchés.

47. L'autre possibilité serait de modifier le paragraphe 3 de l'article 1^{er} comme suit : "La présente Loi s'applique à toutes les catégories de marchés visées au paragraphe 2 du présent article lorsque — et dans la mesure où — la réglementation des marchés le spécifie expressément ou l'entité adjudicatrice en informe expressément les fournisseurs et entrepreneurs." De cette façon, un Etat adoptant la Loi type peut, par le biais de la réglementation des marchés, inclure les marchés intéressant la défense dans le cadre de la législation nationale fondée sur la Loi type.

48. M. KOMAROV (Fédération de Russie) se déclare en faveur du maintien de l'alinéa 2 a. Le projet de Guide précise bien la ligne générale que doivent suivre les législateurs en ce qui concerne les exceptions.

49. M. PHUA (Singapour), partageant l'opinion du représentant de la Thaïlande, dit qu'il faudrait maintenir l'alinéa 2 a et indiquer par ailleurs qu'il n'a pas nécessairement à être inclus dans une législation nationale fondée sur la Loi type.

50. M. LEVY (Canada), répondant aux remarques faites par le représentant du Royaume-Uni, déclare qu'il ne voit pas d'inconvénient à ce que l'on modifie le paragraphe 3, à condition que le texte modifié fasse référence à la fois à la réglementation des marchés et à l'entité adjudicatrice. Il serait alors tout à fait clair que, même si la réglementation des marchés prévoit certaines exceptions, l'entité adjudicatrice sera habilitée à en ajouter d'autres. Si rien n'est prévu dans la réglementation des marchés, l'entité adjudicatrice pourrait, de son propre chef, décider d'augmenter le nombre des exceptions car, à la lumière de tel ou tel marché, elle n'y verrait pas de problème. Dans ce sens, la réglementation des marchés pourrait prévoir un minimum d'exceptions dont l'entité adjudicatrice pourrait accroître le nombre.

51. Le PRÉSIDENT, résumant le débat, dit que peu importe que la loi vise ou non les "marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale", cette catégorie de marchés demeurera, dans la plupart des Etats hors du champ de la législation nationale sur la passation des marchés; il faudrait donc probablement préciser que la mention de tels marchés est autorisée. En tout état de cause, la Commission semble être d'avis que l'alinéa 2 a doit être maintenu et que des éclaircissements doivent être donnés dans le Guide.

52. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), acceptant le résumé du Président, déclare qu'il est probablement allé un peu trop vite en suggérant que, avec la fin de la guerre froide, les marchés militaires n'ont plus besoin d'être traités séparément; la question est encore sensible, mais peut-être ne devrait-elle pas le rester. Le projet de Loi type représente un grand pas en avant, dans la mesure où il traite essentiellement de la même manière les marchés internationaux et nationaux, et le jour viendra peut-être où les marchés militaires seront traités comme n'importe quelle autre catégorie de marché. L'article 1 est tout à fait satisfaisant dans sa forme actuelle, mais un accord sur la suppression proposée aurait constitué un progrès supplémentaire.

53. Le PRÉSIDENT, remerciant le représentant des Etats-Unis pour son esprit de compromis, considère que la Commission souhaite garder l'alinéa 2 a.

54. *L'article premier est adopté.*

Article 2

55. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) propose de modifier le paragraphe g pour y ajouter d'autres fonctions des "garanties de soumission" en plus de celle qui est indiquée dans le projet de Loi type. Il s'agit en particulier de la couverture du retrait ou de la modification de l'offre après la date de soumission des offres, et du cas où le fournisseur ou l'entrepreneur obtenant le marché ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché — deux situations envisagées à l'alinéa 1 f de l'article 27. Cette proposition est énoncée plus en détail dans la note du Secrétariat publiée sous la cote A/CN.9/377.

56. M. LEVY (Canada) accueille favorablement cette proposition et déclare qu'une formule telle que "garantir l'exécution de certaines obligations" est néanmoins trop vague. Les fonctions

d'une "garantie de soumission" devraient être énumérées brièvement.

57. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) demande si, dans un souci de concision, on ne pourrait pas trouver une expression du type "garantir les obligations visées à l'alinéa 1 f de l'article 27", encore qu'aucune autre référence à des fins de définition n'apparaisse ailleurs dans l'article 2.

58. M. LEVY (Canada) peut accepter une telle référence mais préférerait l'éviter. Le Secrétariat pourrait peut-être réfléchir à la question et en référer de nouveau à la Commission. Le Canada veut seulement éviter que l'article soit vague.

59. Le PRÉSIDENT, notant que le Secrétariat réfléchira à la question, propose que la Commission examine l'article 2 paragraphe par paragraphe.

60. *Les paragraphes a et b sont adoptés.*

61. Mme ZIMMERMAN (Canada) juge qu'il pourrait être utile de réexaminer la définition du mot "biens" au paragraphe c afin de tenir compte des inquiétudes exprimées dans les documents A/CN.9/376 et A/CN.9/376/Add.1. Par exemple, l'impression est considérée comme un service dans un certain nombre de provinces canadiennes et comme un bien dans d'autres; des difficultés analogues peuvent être rencontrées dans d'autres Etats.

62. Il pourrait être nécessaire de modifier la définition afin de permettre aux Etats d'inclure dans leur législation nationale des choses non visées au paragraphe c et d'en exclure des choses qui, selon eux, devraient être expressément exclues. On gagnerait en transparence en faisant spécifiquement référence à ces inclusions et exclusions, par exemple au moyen de crochets. On pourrait peut-être aussi, de cette façon, réduire la possibilité de litiges quant aux choses qui entrent ou non dans la définition du mot "biens".

La séance est levée à 12 h 35.

Compte rendu analytique de la 495^e séance

Lundi 5 juillet 1993, 14 heures

[A/CN.9/SR.495]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 14 h 5.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1, A/CN.9/377)

Projet de loi type sur la passation des marchés (*suite*)

Article 2 (*suite*)

1. M. JAMES (Royaume-Uni), se référant aux remarques qui ont été faites à la fin de la séance précédente par la délégation canadienne au sujet de l'alinéa c, dit qu'il peut accepter l'idée d'inclure dans la définition du mot "biens" des produits spécifiques, mais non pas l'idée d'en exclure des produits spécifiques.

2. Le projet de loi type contient déjà, à l'article premier, une disposition permettant aux Etats adoptant la Loi type d'exclure

certaines catégories de marchés du champ d'application de la Loi type, et si ces Etats pouvaient en outre exclure certains produits de la définition des "biens", cela pourrait revenir à exclure des marchés entiers du champ d'application de la Loi type. Il y aurait donc lieu de préciser dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type que toute référence entre crochets à l'exclusion de certains produits ne vise pas à permettre aux Etats d'écarter l'application de la Loi type lorsqu'un tel but n'a pas été recherché à l'article premier.

3. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il pourrait être utile de permettre aux Etats adoptant la Loi type d'exclure certains produits. C'est ainsi, par exemple, qu'un pays souhaitant acheter de l'électricité à un autre pays en vue de l'aider financièrement ne voudrait pas avoir recours aux procédures d'appel d'offres prévues dans la Loi type qui ne peuvent tenir compte de telles

considérations politiques. Les Etats devraient pouvoir librement décider des produits à inclure dans la définition des "biens" ainsi que des produits à exclure de cette définition.

4. Mme ZIMMERMAN (Canada) propose d'ajouter les mots suivants à la fin de l'alinéa c de l'article 2 : "[et, sans qu'il soit porté atteinte au caractère général de ce qui précède, désigne ... mais ne désigne pas ...]". Le but de la proposition de la délégation canadienne n'est pas de permettre aux Etats d'exclure des marchés entiers du champ d'application de la Loi type, mais de leur ouvrir la possibilité de faire une distinction appropriée entre les biens et les services. Il conviendrait de préciser ce point dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type.

5. M. MORAN BOVIO (Espagne), tout en étant d'accord avec la délégation canadienne sur la nécessité de préciser le but des mots qu'elle a proposé d'ajouter au libellé, si cet ajout est accepté, dit qu'il serait possible de limiter le champ d'application de la Loi type à l'article premier, en excluant certains types de marchés, comme celui concernant la fourniture d'électricité.

6. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), prenant note des explications de la représentante du Canada sur le but de la proposition de sa délégation, rappelle à la Commission que, si elle examine ultérieurement la question de la passation de marchés concernant les services, elle aura à considérer la distinction à faire entre les biens et les services dans ce contexte.

7. Le PRÉSIDENT pense que l'ajout proposé par la délégation canadienne à l'alinéa c de l'article 2 ne devrait pas poser de difficultés. D'autre part, l'on pourrait amender l'article premier en vue de permettre aux Etats adoptant la Loi type de spécifier, dans leur propre législation, quels produits entrent ou n'entrent pas dans la notion de "biens".

8. M. LEVY (Canada) dit qu'il serait possible d'utiliser l'alinéa c du paragraphe 2 de l'article premier pour exclure des catégories entières de produits. Tel n'est pas le but de la proposition de sa délégation.

9. M. JAMES (Royaume-Uni) se félicite de la suggestion du Président concernant l'article premier et pense qu'il n'y aurait pas lieu de toucher à la définition figurant à l'alinéa c de l'article 2. Si des Etats souhaitent exclure certains marchés, ils devraient le faire conformément aux dispositions de l'article premier. Le champ d'application de la Loi type doit être clair, sans que les Etats adoptant la Loi type puissent pouvoir ajouter ou écarter certaines catégories de marchés.

10. M. TUVAYANOND (Thaïlande) appuie également la suggestion du Président.

11. Mme ZIMMERMAN (Canada) demande comment le Président proposerait-il d'amender l'article premier.

12. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit qu'une manière de trancher la question serait d'ajouter, à la fin de l'alinéa c de l'article 2, les mots suivants : "[l'Etat adoptant la Loi type peut spécifier dans la présente loi d'autres produits qu'il considère comme des biens, ou les produits qu'il ne considère pas comme des biens]".

13. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que, selon lui, il vaudrait mieux placer l'ajout proposé dont il vient d'être donné lecture à l'article premier relatif au champ d'application.

14. Le PRÉSIDENT, souscrivant à ce que vient de dire le représentant du Royaume-Uni, fait observer qu'une définition prévoyant la possibilité d'inclusions et d'exclusions ne serait pas une définition à proprement parler. C'est pourquoi il a suggéré d'amender l'article premier.

15. M. TUVAYANOND (Thaïlande) qui se range aussi à l'opinion du représentant du Royaume-Uni, dit qu'il serait logique de placer l'ajout dont il vient d'être donné lecture à la fin du paragraphe 2 c de l'article premier.

16. M. LEVY (Canada), soulignant que le paragraphe 2 de l'article premier ne concerne que des exclusions, dit que la proposition de sa délégation ne vise pas à limiter ou à élargir le champ d'application de la Loi type. Elle a simplement pour but d'aider les Etats adoptant la Loi type qui pourraient avoir besoin de faire la distinction entre les biens et les services dans certains cas douteux.

17. Si l'on amendait l'article premier comme il a été suggéré de le faire, on aboutirait à un article prévoyant non seulement l'exclusion de certaines catégories de marchés, mais aussi l'exclusion — et l'inclusion — de différents produits. Il serait plus facile de laisser aux divers Etats la possibilité de spécifier dans leur législation ce qu'ils considèrent ou non comme un "bien".

18. M. Levy pense que l'ajout proposé par sa délégation est plus clair, mais si la Commission était d'un avis contraire, la délégation canadienne se rangerait à son opinion.

19. M. GRUSSMANN (Autriche) dit qu'une loi type devrait prévoir des définitions aussi générales que possible. Il est donc du même avis que le représentant du Royaume-Uni.

20. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que le paragraphe 2 c de l'article premier prévoit déjà des exclusions et que la stipulation d'inclusions pourrait changer le champ d'application de la Loi type. Par ailleurs, certaines délégations semblent hésitantes à l'égard de la proposition de la délégation canadienne concernant la définition du mot "biens".

21. Il y a sans doute lieu de reconnaître que la proposition canadienne obéit à un objectif louable, selon lequel un Etat devrait pouvoir préciser si, par exemple, l'impression est à considérer comme un bien ou un service. Cela étant, il vaudrait peut-être mieux mentionner l'impression et un ou deux autres cas limites à la fin de l'alinéa c de l'article 2 de manière à inciter les Etats adoptant la Loi type à réfléchir.

22. Selon M. Herrmann, il n'y aurait pas lieu de s'étendre beaucoup, dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, sur les raisons des ajouts envisagés. D'après son expérience, les Etats ne s'intéressent pas beaucoup aux raisons de telles modifications.

23. M. ANDERSEN (Danemark) estime que les logiciels informatiques pourraient être un des cas limites à mentionner à la fin de l'article 2 c.

24. M. TUVAYANOND (Thaïlande) est d'accord sur l'utilité de faire mention des logiciels informatiques, mais a des doutes sur l'impression qu'on peut, selon lui, considérer comme un service.

25. Le PRÉSIDENT demande à la représentante du Canada si sa délégation pourrait, dans un esprit de compromis, accepter d'insérer à l'article premier l'ajout proposé peu avant par le Secrétariat. A cet égard, il croit qu'on a soulevé l'idée de placer les définitions avant l'article relatif au champ d'application de la Loi type.

26. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que le libellé proposé est acceptable puisqu'il répond au même but que le libellé proposé par sa délégation. Son insertion à l'article premier pourrait cependant prêter à confusion; il serait donc nécessaire d'y prévoir un renvoi à la définition des "biens".

27. Le PRÉSIDENT suggère que l'on laisse pour l'instant la question de côté. Passant à l'alinéa *d* de l'article 2 et notant qu'aucune délégation n'a demandé à prendre la parole, le Président considère que la Commission entend adopter cet alinéa sans changement.
28. *Il en est ainsi décidé.*
29. Le PRÉSIDENT invite les membres à formuler des observations sur l'alinéa *e* de l'article 2.
30. Mme ZIMMERMAN (Canada) estime que l'utilisation de l'expression "fournisseur ou entrepreneur", tout au long du projet de la Loi type semble superflue étant donné que les mots "fournisseur" et "entrepreneur" correspondent à une même notion. Il devrait suffire de se référer simplement au "fournisseur".
31. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) rappelle que la question qui vient d'être soulevée a été discutée à maintes reprises au cours des dernières années. On fait à cet égard, aux Etats-Unis tout au moins, une distinction entre un fournisseur qui fournit des biens et un entrepreneur qui réalise des travaux de génie civil ou des travaux analogues. Il serait préférable, selon M. Wallace, de conserver l'expression "fournisseur ou entrepreneur".
32. M. LEVY (Canada) dit que sa délégation ne tient pas à insister sur ce point, qui relève de la rédaction, mais qu'elle souhaiterait une formule plus appropriée.
33. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit que le terme "soumissionnaire" pourrait constituer une bonne solution de rechange.
34. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la délégation canadienne est disposée à accepter le maintien de l'expression "fournisseur ou entrepreneur" et considère donc que la Commission entend adopter l'alinéa *e* de l'article 2 sans changement.
35. *Il en est ainsi décidé.*
36. Le PRÉSIDENT, relevant que l'alinéa *f* de l'article 2 ne fait l'objet d'aucune observation, considère que la Commission entend adopter cet alinéa sans changement.
37. *Il en est ainsi décidé.*
38. Le PRÉSIDENT, rappelant la discussion qui a eu lieu sur l'alinéa *g* de l'article 2 à la séance précédente (voir A/CN.9/SR.494, par. 55 à 59), dit que le Secrétariat souhaiterait proposer un amendement à cet alinéa.
39. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que l'amendement du Secrétariat concerne les fonctions d'une garantie de soumission envisagées au paragraphe 1 *f* de l'article 27, mais non pas à l'alinéa *g* de l'article 2. Le Secrétariat propose d'insérer, après les mots "si celui-ci est adjugé", les mots suivants : "ne pas retirer ou modifier l'offre après la date limite de soumission des offres et fournir éventuellement la garantie requise pour l'exécution du marché après que l'offre a été acceptée et remplir toutes autres conditions préalables à la signature du marché spécifiées dans le dossier de sollicitation; cette garantie comprend un mécanisme tel que les garanties bancaires ..."
40. M. JAMES (Royaume-Uni) estime qu'une définition plus structurée de la "garantie de soumission" pourrait être mise au point au sein d'un groupe de rédaction que la Commission pourrait créer.
41. Le PRÉSIDENT propose que l'on renvoie au groupe de rédaction que la Commission créera sans doute la formulation de l'alinéa *g* de l'article 2.
42. *Il en est ainsi décidé.*
43. Le PRÉSIDENT, relevant que l'alinéa *h* de l'article 2 ne fait l'objet d'aucune observation, considère que la Commission entend adopter cet alinéa sans changement.
44. *Il en est ainsi décidé.*
45. Le PRÉSIDENT dit qu'à la suite de consultations officieuses, il a été proposé d'ajouter à la fin de l'alinéa *c* de l'article 2 les mots : "[les Etats adoptant la Loi type peuvent inclure d'autres catégories de biens]".
46. M. MORAN BOVIO (Espagne) se félicite de l'ajout proposé.
47. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'il pourrait accepter l'ajout proposé bien qu'il ne soit pas sûr de sa nécessité. Quoi qu'il en soit, il faudrait préciser le but de cet ajout dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type. Il faudrait notamment préciser si le verbe "désigne" figurant au début de l'alinéa *c* a un caractère exhaustif ou simplement indicatif.
48. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) suggère d'insérer, après les mots "désigne des", les mots suivants : "produits tels que".
49. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) appuie cette suggestion.
50. M. JAMES (Royaume-Uni) souscrit à la proposition dont le Président vient de donner lecture. Tout en n'ayant pas d'objection, d'autre part, à la suggestion faite par l'observateur de la Banque interaméricaine de développement, qui pourrait être appropriée dans le cadre de systèmes juridiques issus du droit romain, M. James souligne que le terme anglais "includes" (désigne) implique déjà — dans le cadre de la *common law* — que ce qui suit n'est pas une énumération exhaustive. Par ailleurs, l'énumération figurant à l'alinéa *c* est si complète que l'on pourrait envisager de remplacer dans la version anglaise le mot "includes" par "means", qui est le terme utilisé pour toutes les autres définitions sauf une.
51. M. HERRMANN (Secrétariat de la Commission) dit que l'utilisation de "includes" dans deux définitions et de "means" dans toutes les autres implique que "includes" introduit une énumération non exhaustive; tel est le cas en particulier de l'alinéa *h*, dans lequel "includes" ne saurait être remplacé par "means".
52. Ce ne serait pas une bonne idée d'ajouter les mots "des produits tels que" après "includes" (désigne), à l'alinéa *c*, étant donné que les utilisateurs de la Loi type pourraient peut-être hâtivement conclure que, lorsque "includes" n'est pas suivi de ces mots, l'énumération annoncée est exhaustive.
53. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) estime, compte tenu des remarques que vient de faire le Secrétaire, qu'à moins que des difficultés se posent dans le cadre de systèmes juridiques issus du droit romain, il y aurait lieu, en anglais, de conserver le mot "includes" sans ajouter "des produits tels que".
54. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend adopter le texte de l'alinéa *c* tel qu'il figure à l'annexe du document A/CN.9/371, avec l'ajout dont il a donné lecture auparavant.
55. *Il en est ainsi décidé.*

Articles 3 et 4

56. *Les articles 3 et 4 sont adoptés.*

57. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que, de l'avis de sa délégation, il conviendrait d'ajouter, entre les articles 4 et 5, un article concernant l'utilisation de l'échange de données informatisées (EDI) dans les passations de marchés. Il tient donc à prévenir la Commission que sa délégation se propose de soulever la question lors de l'examen de l'article 9.

58. Le PRÉSIDENT espère que la délégation des Etats-Unis soumettra alors un projet de texte.

59. M. LEVY (Canada), se félicitant de ce que vient de dire le représentant des Etats-Unis, dit que sa propre délégation se propose de présenter des propositions à ce sujet lors de l'examen des articles 9 et 25, mais n'a pas d'objection à ce que l'on ajoute auparavant dans la Loi type un article sur ce point.

60. Le PRÉSIDENT suggère que l'on considère toutes les propositions concernant l'utilisation de l'EDI lors de l'examen des articles 9 et 25.

61. *Il en est ainsi décidé.*

Article 5

62. *L'article 5 est adopté.*

Article 6

63. Le PRÉSIDENT, relevant que le paragraphe 1 ne fait l'objet d'aucune observation, considère que la Commission entend l'adopter sans changement.

64. *Il en est ainsi décidé.*

65. Mme ZIMMERMAN (Canada) propose qu'à l'alinéa *d* du paragraphe 2 on remplace les mots "dans le présent Etat" par "dans tout Etat", étant donné que l'entité adjudicatrice souhaiterait peut-être savoir également si le fournisseur ou entrepreneur ne s'est pas acquitté de ses obligations en matière d'impôts et/ou de cotisations sociales dans des Etats autres que celui dont relève l'entité adjudicatrice. Il pourrait ne pas être facile d'obtenir de tels renseignements, mais il ne faudrait pas au moins écarter la possibilité d'essayer de se les procurer.

66. S'agissant de l'alinéa *e* du paragraphe 2, Mme Zimmerman dit que le libellé actuel pourrait donner lieu à une situation anormale : un fournisseur ou entrepreneur pourrait présenter les qualifications requises conformément à cet alinéa, même si un ou plusieurs de ses représentants légaux ou de ses préposés purgeaient à ce même moment des peines de prison pour un délit pénal lié à leur conduite professionnelle. Elle propose donc d'insérer, après les mots "une période de ... ans", les mots suivants : "ou ne purgent pas déjà une peine pour un tel délit, la plus longue étant retenue".

67. M. BONELL (Italie), appuyant les deux propositions que vient de faire la délégation canadienne, dit que le Parlement italien va adopter des dispositions analogues.

68. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que sa délégation appuie la proposition relative au paragraphe 2 *e*, mais craint que celle concernant le paragraphe 2 *d* n'ait pour effet de permettre à l'entité adjudicatrice de se livrer à des vérifications sur le respect des dispositions fiscales et d'autres dispositions analogues dans tous les pays.

69. M. JAMES (Royaume-Uni), tout en appuyant la proposition relative au paragraphe 2 *e*, fait observer qu'il serait souhaitable d'y apporter une modification en vue de préciser que seuls les représentants légaux ou préposés actuellement en fonctions sont visés.

70. M. James partage d'autre part l'avis de la délégation des Etats-Unis en ce qui concerne l'autre proposition; il ne conviendrait pas, par exemple, de permettre aux entités adjudicatrices de considérer un différend entre une société et les autorités fiscales comme une raison pour exclure cette société.

71. M. BONELL (Italie), réaffirmant son appui aux propositions canadiennes, fait remarquer que, dans le chapeau du paragraphe 2, il est uniquement dit que "l'entité adjudicatrice peut exiger ..." Les renseignements concernant la situation d'un fournisseur ou entrepreneur potentiel du point de vue du paiement des impôts peuvent être importants, et l'entité adjudicatrice aurait intérêt à prendre en considération les renseignements qu'elle pourrait recevoir à cet égard.

72. Pour ce qui est de l'alinéa *e*, M. Bonell n'estime pas qu'il soit nécessaire d'y apporter la modification suggérée par le représentant du Royaume-Uni; le libellé actuel semble en effet répondre à la préoccupation qu'il a exprimée.

73. M. LEVY (Canada), se référant à l'amendement qu'il a été proposé d'apporter au paragraphe 2 *d*, dit que sa délégation, qui reconnaît qu'un fournisseur ou entrepreneur peut être impliqué dans un différend légitime au sujet de ses obligations en matière d'impôts, souhaite éviter les situations où l'entité adjudicatrice aurait à faire à des fraudeurs fiscaux. L'insertion de l'adjectif "légaux" après "obligations" pourrait peut-être répondre au souci exprimé par les représentants des Etats-Unis et du Royaume-Uni.

74. S'agissant du paragraphe 2 *e*, M. Levy souscrit à ce que vient de dire le représentant de l'Italie. La délégation canadienne croit également comprendre que le libellé actuel ne vise que les représentants légaux ou les préposés actuellement en fonctions.

75. M. MORAN BOVIO (Espagne) dit qu'à son avis l'amendement proposé tendant à remplacer, au paragraphe 2 *d*, les mots "dans le présent Etat" par "dans tout Etat" ne serait pas judicieux; cela permettrait simplement à l'entité adjudicatrice de rejeter plus facilement les offres de certains fournisseurs ou entrepreneurs.

76. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) doute de l'utilité de l'insertion de l'adjectif "légaux" au paragraphe 2 *d* et préférerait que l'on s'en tienne au libellé actuel.

77. Pour ce qui est du paragraphe 2 *e*, M. Griffith pense que tout représentant légal ou préposé purgeant une peine de prison pour un délit pénal lié à sa conduite professionnelle aurait été licencié par le fournisseur ou entrepreneur. Il se demande s'il ne suffirait pas d'utiliser une formule comme "leurs représentants légaux et leurs préposés sont de bonne moralité".

78. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) est aussi d'avis qu'il n'y aurait pas lieu de toucher au paragraphe 2 *d*. On pourrait, autrement, supprimer l'alinéa ou insérer au paragraphe 2 *e*, après les mots "délict pénal", des mots tels que "y compris le non-paiement d'impôts ou de cotisations sociales".

79. S'agissant du paragraphe 2 *e*, M. Wallace pense maintenant, à la suite des remarques de l'observateur de l'Australie, qu'il vaudrait mieux laisser le texte tel quel.

80. M. LEVY (Canada) dit que l'expression "de bonne moralité" a l'inconvénient de présenter un caractère subjectif. La pro-

position canadienne concernant le paragraphe 2 e a pour but de viser les cas où la durée de la peine purgée par un représentant légal ou un préposé actuel dépasse le nombre d'années spécifiées dans cet alinéa par l'Etat adoptant la Loi type.

81. M. JAMES (Royaume-Uni) ne peut souscrire à l'idée d'utiliser l'expression "de bonne conduite"; un représentant légal ou un préposé condamné, par exemple, pour une infraction sexuelle ne saurait être considéré comme de bonne moralité, sans qu'il y ait cependant lieu de tenir compte d'une telle condamnation aux fins du paragraphe 2 e.

82. Il s'agit essentiellement de savoir si la personne concernée remplit actuellement les fonctions de représentant légal ou de préposé, et M. James convient avec l'observateur de l'Australie que, dans la pratique, un représentant légal ou un préposé condamné aurait été probablement licencié par le fournisseur ou entrepreneur.

83. Réflexion faite, M. James estime qu'il vaudrait mieux conserver tel quel le libellé actuel du paragraphe 2 e.

84. Le PRÉSIDENT se demande si l'insertion de l'adjectif "actuels" après les mots "leurs préposés" pourrait être utile.

85. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) suggère de conserver le libellé du paragraphe 2 e tel quel.

86. M. LEVY (Canada) dit que, dans un esprit de compromis, sa délégation retire les amendements qu'elle a proposé d'apporter aux alinéas d et e du paragraphe 2.

87. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite adopter les alinéas d et e du paragraphe 2 sans changement.

88. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 h 5.

Compte rendu analytique de la 496^e séance

Mardi 6 juillet 1993, 9 h 30

[A/CN.9/SR.496]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 9 h 40.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (suite) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1, A/CN.9/377)

Examen du projet de Loi type sur la passation des marchés (suite)

Article 6 (suite)

1. Le PRÉSIDENT dit que, en l'absence de tout commentaire, il considère que la Commission souhaite adopter les paragraphes 3, 4 et 5 tels qu'ils figurent à l'annexe du document A/CN.9/371.

2. *Il en est ainsi décidé.*

3. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) indique qu'il souhaite présenter en même temps ses observations sur les paragraphes 6 et 7; le paragraphe 6, sous sa forme actuelle, permet une exclusion pour des erreurs mineures, sans donner la possibilité de les rectifier. Quant au paragraphe 7, la phrase "Sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection" devrait être supprimée.

4. M. Klein propose que l'on supprime, au paragraphe 6, les mots "ou inexactes" et que l'on ajoute la phrase suivante : "Le dossier de sollicitation permet aux fournisseurs ou entrepreneurs de rectifier rapidement des erreurs ou omissions réparables, généralement liées à des informations de caractère factuel ou historique, requises au titre du paragraphe 2." La première partie du paragraphe 6 traiterait ainsi des cas de mauvaise foi, tandis que la seconde permettrait de rectifier les erreurs.

5. M. TUVAYANOND (Thaïlande), appuyant la proposition présentée par le Secrétariat dans le document A/CN.9/377 pour le paragraphe 6, propose que l'on insère, dans ce paragraphe, le mot "substantiellement" avant le mot "inexactes".

6. Mme ZIMMERMAN (Canada) propose que la fin du paragraphe 6 soit modifiée comme suit : "fausses, inexactes ou incomplètes". Une autre possibilité, si le but du paragraphe 7 est de traiter les cas dans lesquels le fournisseur ou l'entrepreneur n'a pas présenté du tout d'informations, pourrait être de modifier comme suit la fin du paragraphe 6 : "sont fausses, inexactes ou, sous réserve du paragraphe 7, incomplètes".

7. En ce qui concerne la proposition d'insérer le mot "substantiellement" au paragraphe 6, Mme Zimmerman pense que cette adjonction risque de causer plus de problèmes que d'en résoudre.

8. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) estime que l'adjonction proposée des mots "ou incomplètes" au paragraphe 6 est probablement inutile car le respect incomplet des conditions énoncées au paragraphe 2 entraîne automatiquement l'impossibilité d'être sélectionné. Il n'y verrait toutefois pas d'objection si le mot "inexactes" était qualifié dans le sens indiqué par le représentant de la Thaïlande, mais par le mot "essentiellement" plutôt que "substantiellement". Si le mot "essentiellement" a le même sens en droit civil et qu'en *common law* son adjonction aiderait à faire en sorte qu'il n'y ait pas d'exclusion pour des motifs déraisonnables.

9. En ce qui concerne le point soulevé par l'observateur de la Banque interaméricaine de développement sur l'impossibilité de

rectifier des erreurs mineures au titre du paragraphe 6, M. Griffith met en garde contre le fait de donner la possibilité de corriger des erreurs intentionnelles et, par là, d'encourager la fraude. La possibilité de rectifier des informations intentionnellement fausses, inexacts ou incomplètes devrait être exclue.

10. M. JAMES (Royaume-Uni) pense, comme l'observateur de l'Australie, que le mot "essentiellement" serait préférable au mot "substantiellement".

11. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) est d'accord pour inclure les mots "ou inexacts" et "essentiellement" pour les raisons déjà données, et souligne que le mot "essentiellement" est employé à l'alinéa 2 b de l'article 29.

12. En ce qui concerne la mise en garde de l'observateur de l'Australie sur le risque de rendre possible la rectification d'erreurs intentionnelles, il se demande comment l'entité adjudicatrice est censée apprécier la motivation d'un fournisseur ou d'un entrepreneur commettant une erreur.

13. M. TUVAYANOND (Thaïlande) propose d'insérer dans le texte anglais "*materially*" devant le mot "*false*", et d'ajouter "*incomplete*" [si bien que la phrase se lirait en français "comportent des erreurs, des omissions ou des inexacitudes essentielles"].

14. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit qu'il faudrait donner la possibilité au fournisseur ou à l'entrepreneur de présenter les informations qui, par inadvertance, ne l'ont pas encore été.

15. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit qu'elle est favorable à l'inclusion du mot "essentielles" au paragraphe 6.

16. En ce qui concerne le paragraphe 7, elle se souvient que le projet précédent faisait référence à la "soumission d'offres ou de propositions". Le mot "propositions" a-t-il été supprimé par inadvertance ?

17. Le PRÉSIDENT confirme qu'il s'agit en effet d'une erreur typographique, qui sera corrigée par le Secrétariat.

18. M. KOMAROV (Fédération de Russie) est d'accord pour que l'on insère soit "substantiellement", soit "essentielles" au paragraphe 6, la différence de sens entre les deux termes étant insignifiante en russe. L'inclusion du mot "incomplètes", comme le propose la délégation canadienne, serait également utile.

19. La possibilité de rectifier des informations erronées ne devrait effectivement pas s'appliquer aux informations intentionnellement fausses, inexacts ou incomplètes. En cas d'erreur intentionnelle, les entités adjudicatrices ne pourraient que prendre une décision d'exclusion; on ne devrait pas leur laisser de liberté d'appréciation.

20. M. LEVY (Canada), faisant référence à la proposition du représentant de la Thaïlande, dit qu'il comprend mal comment on peut qualifier la fausseté qui est une notion absolue. Selon lui, "fausseté" sous-entend une intention, tandis qu'"inexactitude" sous-entend une erreur. Il préférerait la formulation "sont fausses ou comportent des erreurs ou omissions essentielles".

21. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) pense, comme le représentant du Canada, que l'adjectif "fausses" ne peut être qualifié.

22. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'à son avis la présentation d'informations "fausses" est la présentation intentionnelle d'informations incorrectes. Du fait que lui-même et le représentant du Canada — tous deux venant de pays de *common*

law — semblent avoir des opinions différentes quant au sens à donner à l'adjectif "fausses", il faudrait peut-être inclure une référence à l'intention.

23. M. GRUSSMANN (Autriche), attirant l'attention sur les mots "à un moment quelconque", au paragraphe 6, dit qu'il est partisan d'une modification de la fin du paragraphe 6 de façon qu'il se lise "sont fausses, inexacts ou, sous réserve du paragraphe 7, incomplètes". Des informations fausses ou incomplètes devraient être, à un moment quelconque des motifs d'exclusion, mais ce ne devrait pas être le cas pour des informations incomplètes.

24. M. TUVAYANOND (Thaïlande) déclare que, si l'intention est implicite dans le mot "fausses", il faudrait peut-être modifier comme suit la fin du paragraphe 6 : "sont fausses ou comportent des erreurs ou omissions essentielles".

25. M. JAMES (Royaume-Uni) dit qu'il semble y avoir un consensus au sein de la Commission et que la question devrait maintenant être renvoyée au groupe de rédaction que la Commission ne va sans doute pas manquer de créer. L'essentiel est de faire la distinction entre les informations qui sont erronées (que ce soit intentionnellement ou non) et celles qui sont incomplètes.

26. M. James approuve les remarques que vient de faire le représentant de l'Autriche.

27. M. SOLIMAN (Egypte) propose que l'on fasse référence, au paragraphe 7, à une faute antérieure, ce qui permettrait à l'entité adjudicatrice d'exclure un fournisseur ou un entrepreneur en raison d'une infraction majeure, dans le passé, à une obligation contractuelle.

28. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que, à la lumière du débat, elle estime que la fin du paragraphe 6 devrait se lire "sont fausses, comportent des erreurs essentielles ou, sous réserve du paragraphe 7, des omissions essentielles".

29. En ce qui concerne la proposition faite par le représentant de l'Egypte, la référence, à l'alinéa 2 a, à la "fiabilité" et à la "réputation" répond peut-être à sa préoccupation.

30. M. BONELL (Italie) approuve les remarques que vient de faire la représentante du Canada et celles qu'avait faites le représentant de l'Autriche.

31. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que, si le paragraphe 6 doit être modifié pour contenir une référence au paragraphe 7, les mots "au motif qu'il n'a pas fourni la preuve qu'il est qualifié conformément au paragraphe 2 du présent article" devraient être supprimés au paragraphe 7, tandis que les mots "s'engage à fournir cette preuve" devraient être modifiés comme suit "s'engage à rectifier les erreurs ou les omissions auxquelles il est fait référence au paragraphe 6".

32. Le PRÉSIDENT propose que la formulation définitive du paragraphe 7 soit laissée au groupe de rédaction.

33. M. TUVAYANOND (Thaïlande) souligne que le paragraphe 7, dans sa forme actuelle, fait référence à la "preuve" des qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur, ce qui est une question distincte du caractère inexact ou incomplet des informations présentées par le fournisseur ou l'entrepreneur. Un fournisseur ou un entrepreneur s'engageant à rectifier des erreurs ou des omissions auxquelles il est fait référence au paragraphe 6 ne devrait pas être exclu de la procédure de passation de marchés.

34. M. BONELL (Italie) se déclare en faveur d'une formulation du paragraphe 7 dans le sens suggéré par le représentant de la Thaïlande.

35. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) considère que les paragraphes 2 et 6 couvrent tous les cas de figure et que le paragraphe 7 devrait donc être supprimé.
36. M. JAMES (Royaume-Uni) répète qu'à son avis la question de la formulation devrait maintenant être laissée au groupe de rédaction.
37. En ce qui concerne la remarque que vient de faire le représentant de l'Arabie saoudite, il considère que le paragraphe 7 est important et devrait être maintenu.
38. M. PHUA (Singapour) est d'accord sur la nécessité de maintenir le paragraphe 7, qui traite de la fourniture de la preuve que les conditions du paragraphe 2 ont été satisfaites, tandis que le débat en cours sur le paragraphe 7 porte sur une tout autre question, à savoir la rectification d'informations inexactes ou incomplètes. Si le paragraphe 7 doit être modifié — et à son avis le groupe de rédaction envisagé pourrait s'en charger —, il conviendrait de bien distinguer les deux questions.
39. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) convient qu'il y a deux questions distinctes et dit qu'il serait souhaitable de scinder le paragraphe 7 en deux parties. Entre-temps, il faudrait peut-être donner au groupe de rédaction des indications sur l'autorisation ou non de rectifier, dans les cas d'inadvertance, les informations inexactes ou incomplètes.
40. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit qu'il est important de prévoir la possibilité d'une telle rectification si la présentation d'informations inexactes ou incomplètes n'était pas intentionnelle.
41. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que le point actuellement discuté résulte de la proposition d'ajouter le mot "incomplètes" au paragraphe 6. Au départ, ce paragraphe ne traitait que du problème des informations fausses ou inexactes, et le paragraphe 7 uniquement du problème des informations incomplètes. Il faudra que ces deux séries de problèmes soient démêlées avant que le groupe de rédaction puisse s'attaquer au paragraphe 7.
42. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit que son objectif, en lançant le débat en cours, était de faire en sorte que, dans des cas où il y a présélection, on prévienne une courte période pendant laquelle le fournisseur ou l'entrepreneur puisse rectifier des erreurs ou omissions involontaires, évitant ce faisant une exclusion automatique. Il n'est pas sûr d'avoir réussi à atteindre cet objectif.
43. Le PRÉSIDENT dit qu'à son avis il s'agit d'une question de rédaction.
44. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que s'il est bien clair que si l'on doit maintenant traiter au paragraphe 7 à la fois les questions de la fausseté et les questions de l'inexactitude et des omissions, il est d'accord pour s'en remettre au groupe de rédaction.
45. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) juge important de bien préciser quel est l'objectif du paragraphe 7, qui semble avoir été changé par mégarde. A l'origine, il s'agissait de permettre à un fournisseur ou à un entrepreneur présentant des informations incomplètes de les compléter et non à un fournisseur ou à un entrepreneur présentant des informations fausses ou inexactes de se rattraper. Accepter un tel changement de la finalité du paragraphe 7 reviendra pour la Commission à prendre une décision de principe.
46. M. PARRA-PEREZ (Observateur du Venezuela) dit qu'on se trouve, aux paragraphes 6 et 7, en présence de deux éléments de la responsabilité d'un fournisseur ou d'un entrepreneur potentiel, à savoir un élément subjectif et un élément objectif. La culpabilité éventuelle du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté des informations fausses, inexactes ou incomplètes est un élément subjectif; la portée ou l'importance de l'erreur, de l'inexactitude ou de l'omission est une réalité objective. Dans de nombreuses administrations, lorsque les autorités constatent une erreur, une inexactitude ou une omission, elles en avertissent la partie intéressée afin que celle-ci puisse y remédier. Le paragraphe 7 a été conçu dans ce but et ne concerne pas les questions de culpabilité éventuelle.
47. M. BONELL (Italie) pense que si l'on remplace les mots "sont fausses ou inexactes" par "sont fausses ou comportent des inexactitudes ou des omissions essentielles", la Commission peut accepter le paragraphe 6. Dans ce cas, le remaniement éventuel du paragraphe 7 n'est effectivement qu'une question rédactionnelle. Dans le cas contraire, en revanche, un remaniement du paragraphe peut impliquer des questions de fond.
48. M. Bonell ne souhaite pas rouvrir le débat sur le paragraphe 6, si tant est qu'il soit clos, mais il tient à dire qu'à son avis, si des déclarations fausses ne peuvent évidemment pas être "rectifiées", il n'y a par contre pas de différence entre la rectification de déclarations incomplètes et la rectification de déclarations inexactes.
49. M. AZZIMAN (Maroc) pense que le paragraphe 6 a pour objectif de "pénaliser" les fournisseurs ou les entrepreneurs qui présentent des informations fausses ou comportant des inexactitudes ou des omissions essentielles, alors que le paragraphe 7 avait au départ pour objectif de permettre aux fournisseurs ou aux entrepreneurs de démontrer qu'ils avaient les qualifications voulues pour présenter des offres. Certains orateurs cependant, souhaitent apparemment que le paragraphe 7 ait aussi pour but de permettre aux fournisseurs ou aux entrepreneurs de corriger des inexactitudes dans les renseignements qu'ils ont présentés. Une telle démarche pouvant conduire à une contradiction entre les paragraphes 6 et 7, la Commission devrait veiller à ce que le paragraphe 7 conserve uniquement sa finalité première.
50. M. AL-NASSER (Arabie saoudite), rappelant qu'il a proposé que le paragraphe 7 soit supprimé, suggère de remplacer, au paragraphe 6, les mots "sont fausses ou inexactes" par "ne répondent pas à toutes les conditions nécessaires". Si l'on effectue cette modification, le paragraphe 2, où il est question du droit de l'entité adjudicatrice d'exiger la fourniture de "pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles" et le paragraphe 6 seraient à eux deux suffisants.
51. M. TUVAYANOND (Thaïlande), soulignant la nécessité de donner des indications au groupe de rédaction, dit qu'il n'a aucune intention de rouvrir le débat sur le paragraphe 6.
52. A son avis, la Commission est saisie actuellement de deux problèmes : il s'agit d'abord d'éviter un abus de pouvoir de la part de l'entité adjudicatrice, qui ne devrait pas avoir la possibilité d'affirmer qu'une information est fausse sans donner au fournisseur ou à l'entrepreneur le moyen de réfuter cette allégation et, ensuite, de permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de rectifier une omission ou une inexactitude non intentionnelle. Le premier problème semble avoir été résolu par le remplacement des mots "sont fausses ou inexactes" par "sont fausses ou comportent des inexactitudes ou des omissions essentielles" au paragraphe 6.
53. M. GRUSSMANN (Autriche), exprimant son accord avec la dernière observation du représentant des Etats-Unis, dit que le problème que doit résoudre la Commission a peut-être été dû à l'insertion du mot "essentielles" au paragraphe 6. Il ne devrait y avoir aucune possibilité de rectifier une inexactitude essentielle

mais seulement une inexactitude de forme telle qu'une omission. Si ce point est bien clair, on peut peut-être laisser le reste au groupe de rédaction.

54. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) s'associe aux observations du représentant de l'Autriche. En ce qui concerne les remarques faites par le représentant de l'Arabie saoudite, il pense que le paragraphe 7 pourrait devenir une partie du paragraphe 2.

55. Pour ce qui est d'éviter un abus de pouvoir de la part de l'entité adjudicatrice, question évoquée par le représentant de la Thaïlande, M. Wallace rappelle que les fournisseurs ou les entrepreneurs convaincus d'avoir été exclus à tort ont une possibilité de recours au titre du chapitre V.

56. Si l'entité adjudicatrice est irresponsable et si la procédure de passation d'un marché est, de ce fait, mal organisée, les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels cesseront tout simplement de répondre aux invitations de soumettre une offre dans le pays en question.

57. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit que tous les membres de la Commission semblent s'accorder sur le fait qu'il ne peut y avoir de correction d'erreur ou d'omission faite de mauvaise foi. Ce qu'il souhaite proposer cependant est que, lorsque des erreurs ou des omissions mineures ne sont pas commises de mauvaise foi, les fournisseurs ou les entrepreneurs aient la possibilité de les corriger même après une procédure de présélection.

58. M. TUVAYANOND (Thaïlande), répondant au représentant des Etats-Unis, dit que le recours prévu au chapitre V contre l'exclusion est un processus *a posteriori*, alors que le paragraphe 7 traite de la possibilité d'éviter l'exclusion au départ.

59. Il ne pense pas que le paragraphe 7 puisse être inséré au paragraphe 2. A son avis, le paragraphe 7 est à sa place après le paragraphe 6. La Commission ne devrait pas essayer de remanier le paragraphe 7 mais devrait donner des lignes directrices au groupe de travail sur la façon de permettre aux fournisseurs ou aux entrepreneurs de réfuter une allégation de fausseté des informations et sur la manière de leur permettre de rectifier des erreurs ou des lacunes mineures.

60. M. BONELL (Italie), appuyé par M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), a l'impression que l'on est en train de rouvrir le débat sur le paragraphe 6, qu'il présumait clos.

61. Le PRÉSIDENT dit que telle est aussi son impression.

62. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que, si la Commission souhaite — comme cela semble être le cas — que le paragraphe 6 se termine par les mots : "sont fausses ou comportent des erreurs ou omissions essentielles", il doit être clair que le mot "essentielles" qualifie à la fois les erreurs et les omissions.

63. Il propose que le paragraphe 7 soit incorporé au paragraphe 2.

64. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que, selon lui, la Commission pense que, si des informations sont intentionnellement fausses ou comportent des erreurs ou des omissions essentielles, le fournisseur ou l'entrepreneur ne devrait pas avoir la possibilité de les corriger, mais que si elles ne sont pas intentionnellement fausses ou ne comportent pas d'erreurs essentielles une telle possibilité devrait leur être donnée. Si telle est bien l'opinion de la Commission, il propose que l'on demande au groupe de rédaction de rédiger un texte approprié sur cette base.

65. M. TUVAYANOND (Thaïlande) propose d'inclure le texte suivant au paragraphe 7 :

"Le fournisseur ou l'entrepreneur est autorisé à fournir des preuves pour réfuter une allégation concernant le caractère faux d'une information et de rectifier les erreurs ou les omissions visées au paragraphe 6 jusqu'à la date limite de soumission des offres, sauf s'il est raisonnable de croire que le fournisseur ou l'entrepreneur ne sera pas en mesure de le faire".

66. M. BONELL (Italie) estime que des questions telles que celle qui est abordée dans la proposition du représentant de la Thaïlande devraient être traitées ailleurs dans la Loi type ou réglées par les tribunaux.

67. S'agissant de l'intervention de l'observateur de l'Australie, M. Bonell ne pense pas qu'il y ait un consensus sur le fait qu'une rectification ne doit pas être autorisée si les informations présentées comportent des omissions ou des erreurs essentielles.

68. M. JAMES (Royaume-Uni) partageant l'avis du représentant de l'Italie, dit que le paragraphe 7, tel qu'il a été adopté par le Groupe de travail, contient une concession généreuse aux fournisseurs et aux entrepreneurs, dans la mesure où il leur permet de fournir des informations à tout moment jusqu'à la date limite de soumission des offres.

69. M. James croit comprendre que les membres de la Commission se sont accordés pour ajouter le mot "incomplètes" au paragraphe 6 et de faire dépendre cet ajout du paragraphe 7 et qu'il a été convenu que la rectification d'informations comportant des erreurs non intentionnelles devrait être également prévue au paragraphe 7. On rejoindrait ainsi l'opinion exprimée par le Groupe de travail en ce qui concerne les demandes incomplètes. M. James est donc en faveur d'une telle disposition qui, selon lui, avantagerait potentiellement les fournisseurs et les entrepreneurs sans léser l'entité adjudicatrice. Le paragraphe 7 devrait donc s'appliquer aux erreurs et aux omissions de toute sorte, essentielles ou non.

70. En ce qui concerne la proposition de la Thaïlande, le représentant du Royaume-Uni propose que la Commission l'examine lorsqu'elle en arrivera au chapitre V.

71. M. TUVAYANOND (Thaïlande) accepte cette proposition.

72. Pour ce qui est du paragraphe 6, les fournisseurs ou les entrepreneurs ne devraient avoir la possibilité de contester une exclusion que si elle est due à des erreurs ou des omissions mineures; ils devraient être suffisamment compétents pour ne pas faire d'erreurs substantielles dans les informations qu'ils fournissent et le texte actuel est suffisamment généreux en permettant la rectification d'erreurs mineures.

73. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit que, s'il semble y avoir accord sur le fait que les fournisseurs ou entrepreneurs devraient avoir la possibilité de corriger des erreurs mineures jusqu'à la date limite de soumission des offres, il a l'impression que la Commission continue de penser qu'ils ne devraient pas pouvoir le faire si une procédure de présélection a déjà eu lieu. M. Klein estime que ce fait ne devrait pas empêcher les fournisseurs ou les entrepreneurs de rectifier des erreurs mineures jusqu'à la date limite de soumission des offres.

74. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) s'aligne plutôt sur la position des représentants de l'Italie et du Royaume-Uni à propos de la proposition faite par le représentant de la Thaïlande, à savoir que le chapitre V donne déjà la possibilité aux fournisseurs ou aux entrepreneurs de contester l'allégation que les informations qu'ils ont fournies sont fausses.

75. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) est du même avis et déclare en outre qu'il reste encore deux problèmes rédactionnels à résoudre : ils concernent l'expression "à un moment quelconque" au paragraphe 6 et le fait que les mots "fausses ou inexacts" se retrouvent au paragraphe 8 de l'article 7.

76. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à réfléchir pendant le déjeuner aux problèmes soulevés au cours de la séance de façon qu'une décision puisse être prise pendant la séance de l'après-midi.

La séance est levée à 12 h 35.

Compte rendu analytique de la 497^e séance

Mardi 6 juillet 1993, 14 heures

[A/CN.9/SR.497]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 14 h 10.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377)

Projet de loi type sur la passation des marchés (*suite*)

Article 6 (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT rappelle que deux questions concernant l'article 6 n'étaient pas résolues à la fin de la séance précédente. Il est heureux de communiquer que l'observateur de la Banque interaméricaine de développement a retiré sa proposition de supprimer, au paragraphe 7 de l'article 6, les mots "Sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection", étant entendu que l'idée contenue dans ce membre de phrase, à savoir qu'un fournisseur ou entrepreneur devrait pouvoir rectifier les renseignements durant la procédure de présélection mais pas ultérieurement, serait incorporée à l'article 7. S'agissant, d'autre part, de renseignements présentant des lacunes ou des erreurs essentielles, la délégation australienne s'est rangée à l'avis que le fournisseur ou entrepreneur devrait pouvoir y remédier puisque aucune offre n'a été faite. Le Président considère donc que la Commission entend adopter les paragraphes 6 et 7 de l'article 6 sous réserve de leur mise au point rédactionnelle.

2. *Il en est ainsi décidé.*

Article 7

3. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que l'article 7 vise essentiellement à permettre à l'entité adjudicatrice d'ouvrir une procédure de présélection. Le groupe de travail a estimé qu'il importait de souligner ce point dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type et dans la Loi type elle-même, compte tenu du coût et de la complexité de certaines procédures de passation de marchés; l'entité adjudicatrice peut souhaiter n'examiner que les offres des fournisseurs ou entrepreneurs dont elle a retenu les qualifications. Les divers paragraphes de l'article 7 énoncent le principe selon lequel la procédure de présélection est assujettie aux règles établies à l'article 6, en ce qui concerne en particulier les critères qu'une entité adjudicatrice est autorisée à utiliser lors de l'examen des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs. Un autre important principe veut que l'entité adjudicatrice fasse connaître, dans les documents de présélection, les critères qu'elle utilise aux fournisseurs et entrepreneurs faisant l'objet de cette présélection. L'article 7 énumère les renseigne-

ments que doivent contenir au minimum les documents de présélection, prévoit une procédure pour les demandes d'éclaircissements relatives à la documentation de présélection de la part des fournisseurs ou entrepreneurs et stipule une règle touchant la communication à tous les fournisseurs et entrepreneurs des réponses données à ces demandes d'éclaircissements. L'article 7 prévoit d'autre part une procédure que l'on appelle parfois de "postsélection", permettant à l'entité adjudicatrice de vérifier de nouveau les qualifications d'un fournisseur ou entrepreneur qui ont été examinées à un stade antérieur de la procédure de passation du marché, notamment si cela a été fait bien avant l'attribution du contrat et si l'entité adjudicatrice souhaite s'assurer que les renseignements initialement communiqués sont toujours valables. Il convient enfin d'appeler l'attention sur le fait que le paragraphe 8 de l'article 7 se réfère également à des renseignements "faux ou inexacts".

4. Le PRÉSIDENT invite les membres à examiner le paragraphe 1 de l'article 7. Relevant que celui-ci ne fait l'objet d'aucune observation, il considère que la Commission entend adopter ce paragraphe sans changement.

5. *Il en est ainsi décidé.*

6. Le PRÉSIDENT, relevant que le paragraphe 2 ne fait l'objet d'aucune observation, considère que la Commission entend l'adopter sans changement.

7. *Il en est ainsi décidé.*

8. Le PRÉSIDENT invite les membres à examiner le paragraphe 3.

9. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que, selon le paragraphe 3, la documentation de présélection doit contenir les renseignements spécifiés dans l'invitation à soumettre une offre prévus au paragraphe 1 de l'article 19, sauf ceux visés aux alinéas *f*, *g* et *i* de ce paragraphe. Autrement dit, l'alinéa *j* du paragraphe 1 de l'article 19, faisant obligation à l'entité adjudicatrice de spécifier le lieu et la date limite de soumission des offres, serait incorporé dans le paragraphe à l'examen. L'entité adjudicatrice peut ne pas être cependant toujours en mesure de préciser le lieu et la date limite de soumission des offres au stade de la présélection. Mme Zimmerman suggère d'exclure aussi du paragraphe 3 de l'article 7 le paragraphe 1 *j* de l'article 19, ou de préciser du moins que l'entité adjudicatrice n'a d'obligation à cet égard que dans la mesure où elle connaît à ce moment le lieu et la date

limite de soumission des offres. Le Secrétariat a fait une proposition analogue au sujet du paragraphe 2 de l'article 19. La délégation canadienne, qui a souscrit à cette approche, souhaiterait l'appliquer au paragraphe à l'examen.

10. Le PRÉSIDENT suggère que l'on considère ce point lors de l'examen de l'article 19.

11. M. TUVAYANOND (Thaïlande) n'est pas convaincu qu'il y ait lieu d'exclure aussi le paragraphe 1 j de l'article 19 du champ d'application du paragraphe à l'examen, car le lieu et la date limite peuvent revêtir une grande importance.

12. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que le groupe de travail a examiné cette question. L'idée de ne pas exiger que ces renseignements figurent dans l'invitation à présenter une demande de présélection ou dans la documentation de présélection vient de ce que la procédure de passation d'un marché avec présélection peut être longue. L'entité adjudicatrice peut ne pas être en mesure, au stade de la présélection, de préciser le lieu et la date limite de soumission des offres. Comme il peut ne pas être possible d'exiger de tels renseignements dans tous les cas, on pourrait se contenter de souligner l'utilité de ces renseignements et de ne les demander que s'ils sont connus. De l'avis du Secrétariat, l'adoption de la proposition qu'il a faite au sujet du paragraphe 2 de l'article 19 permettrait de se passer de l'amendement que la délégation canadienne a proposé d'apporter au paragraphe 3 de l'article 7.

13. M. LEVY (Canada) dit qu'il faudrait modifier le paragraphe 1 j de l'article 19 en vue de s'y référer, non seulement à la soumission des offres, mais aussi à l'invitation à présenter une demande de présélection.

14. M. JAMES (Royaume-Uni) pense qu'il semblerait étrange de répéter, tant à l'article 7 qu'à l'article 19, les exceptions visées, et qu'il serait encore plus étrange si ces exceptions étaient différentes dans l'un et l'autre cas, ce qui impliquerait une distinction délibérée. Le groupe de rédaction pourrait se pencher sur cette question.

15. Le PRÉSIDENT dit que le groupe de rédaction ajoutera ce point à son programme de travail. Il considère que la Commission entend adopter le paragraphe 3 de l'article 7.

16. *Il en est ainsi décidé.*

17. Le PRÉSIDENT invite les membres à formuler des observations sur le paragraphe 4 de l'article 7.

18. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que le paragraphe 4 vise l'obligation de l'entité adjudicatrice de répondre aux demandes d'éclaircissements relatives à la documentation de présélection, et prévoit que les éclaircissements qu'elle fournit doivent être communiqués à tous les fournisseurs et entrepreneurs ayant reçu la demande de présélection. On n'a pas communément l'habitude, tout au moins au Canada, de fournir des détails sur tous les éclaircissements à toutes les parties à une procédure de présélection, quoiqu'une telle pratique soit suivie pour les procédures d'appel d'offres. Cette distinction est faite au Canada étant donné qu'au stade de la présélection, la communication de tels renseignements à toutes les parties peut être superflue et coûteuse. La délégation canadienne propose donc d'insérer, à la huitième ligne du paragraphe 4, les mots "peut être" avant le mot "communiquée" de manière à ce que l'entité adjudicatrice ne soit pas tenue de communiquer ces renseignements dans tous les cas.

19. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) apprécie les arguments avancés par la représentante du Canada, mais estime qu'il n'y aurait pas lieu de procéder à l'insertion des mots proposés. La Loi type vise, entre autres, à énoncer les meilleures pratiques

possibles. Tous les soumissionnaires potentiels doivent être traités sur un pied d'égalité. Ce point est particulièrement important dans le cadre du chapitre V intitulé "Recours" : une partie qui estime qu'elle a été injustement disqualifiée peut contester la procédure correspondante si cette procédure n'a pas été la même pour tous les soumissionnaires. A des fins de rigueur et en vue de faciliter la procédure de recours, il conviendrait de ne pas apporter la modification suggérée.

20. M. TUVAYANOND (Thaïlande) partage le souci de la délégation canadienne mais suggère une solution légèrement différente. Au lieu des mots proposés, on pourrait se référer, dans ce paragraphe, à "toute demande raisonnable" ou à "des éclaircissements nécessaires".

21. M. MORAN (Espagne) juge satisfaisant le libellé actuel. Bien que la proposition canadienne puisse sembler utile au premier abord, il ne semble pas que ce soit une bonne idée de réduire les obligations de l'entité adjudicatrice. La Loi type cherche à établir des règles minima et il n'est pas judicieux d'abaisser ces règles. Le libellé devrait rester tel quel. M. Moran n'est pas non plus favorable aux suggestions du représentant de la Thaïlande, car l'introduction d'une distinction entre éclaircissements nécessaires et éclaircissements non nécessaires pourrait revenir à reconnaître à l'entité adjudicatrice un pouvoir discrétionnaire qui pourrait susciter des difficultés tant au sein de l'entité adjudicatrice qu'entre cette dernière et les fournisseurs ou entrepreneurs. Il serait également difficile de faire une distinction satisfaisante entre renseignements nécessaires et renseignements non nécessaires. M. Moran souscrit donc au libellé actuel qui prévoit pour l'entité adjudicatrice un ensemble d'obligations acceptables, ce qui justifie le coût de la communication des renseignements en question.

22. M. TUVAYANOND (Thaïlande) souligne que l'on utilise les mots "raisonnable" ou "nécessaire" dans beaucoup de conventions et de lois types. Il serait facile d'établir si une qualification est nécessaire ou non. Il importe, cependant, de conserver le libellé tel quel, puisque les fournisseurs ou entrepreneurs doivent avoir le droit de recevoir des éclaircissements pouvant mieux leur faire comprendre l'invitation à soumettre une offre ou le dossier de sollicitation.

23. M. JAMES (Royaume-Uni) partage l'avis du représentant de l'Espagne. Les mots "raisonnable" et "nécessaire" correspondent à des notions juridiques bien connues qu'utilisent souvent les textes de loi; il s'agit cependant, en fin de compte, de concepts discrétionnaires, qui ont souvent donné lieu, au Royaume-Uni, à des contestations lorsqu'ils ont été utilisés dans des textes de loi. Le Groupe de travail a certes considéré s'il y aurait lieu de restreindre dans une certaine mesure l'obligation de l'entité adjudicatrice de répondre aux demandes d'information, mais il a jugé préférable de prévoir l'obligation de répondre à toutes ces demandes puisque les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels il ne serait pas répondu pourraient exercer leur droit de recours au titre du chapitre V et retarder ainsi la procédure de passation de marchés. La délégation canadienne a accepté le principe, figurant ailleurs dans la Loi type, selon lequel, lorsque la procédure d'appel d'offres commence, des éclaircissements et des renseignements supplémentaires doivent être fournis à toutes les parties. Le même principe s'applique à la procédure de présélection, sans que cela implique nécessairement des dépenses supplémentaires. M. James n'est pas convaincu qu'il existe une différence de principe entre les deux procédures. Il estime que l'obligation de communiquer des éclaircissements à toutes les parties doit être maintenue tant en ce qui concerne la procédure de présélection que la procédure d'appel d'offres.

24. M. LEVY (Canada) dit que sa délégation a soulevé ce point à la demande de la principale entité adjudicatrice publique du Canada. Les renseignements et éclaircissements revêtent une

beaucoup plus grande importance au cours de la procédure d'appel d'offres que durant la procédure de présélection. La proposition canadienne repose sur la bonne foi de l'entité adjudicatrice qui devrait communiquer les éclaircissements à toutes les parties auxquelles ils seraient utiles. Reconnaisant cependant que beaucoup de demandes d'éclaircissements peuvent ne présenter d'intérêt que pour ceux dont elles émanent, M. Levy suggère, comme solution de compromis, d'insérer, à la huitième ligne du paragraphe, les mots "si elle leur est utile" après le mot "communiquée", ce qui rendrait le texte plus réaliste et plus largement acceptable et permettrait d'éliminer des procédures et des coûts superflus.

25. M. PHUA (Singapour) partage l'avis exprimé par divers membres, selon lequel il conviendrait de maintenir le libellé du paragraphe 4 sans changement. Il s'agit en effet essentiellement de savoir si l'on peut faire confiance aux entités adjudicatrices et de s'assurer qu'aucun fournisseur n'est avantagé par rapport aux autres. Il ne faudrait donc pas que l'entité adjudicatrice ait la possibilité de choisir de répondre ou non à certaines demandes d'éclaircissements et de communiquer ou non ces éclaircissements à tous les fournisseurs ou à une partie d'entre eux.

26. M. TUVAYANOND (Thaïlande) s'inquiète du coût de l'obligation de répondre à "toute demande" si l'on maintient cette obligation telle quelle. Si un fournisseur ou entrepreneur demandait des éclaircissements détaillés, comme un texte juridique qui devrait être ensuite communiqué à tout fournisseur potentiel, une telle obligation pourrait entraîner beaucoup de frais.

27. Le PRÉSIDENT fait remarquer que la procédure de présélection relève des dispositions de l'article 6 et que les renseignements à fournir éventuellement au titre de cet article n'ont pas un caractère illimité.

28. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) dit que, si l'on insérait le mot "raisonnable", il se poserait la question de savoir si un tribunal devrait interpréter l'expression "demande raisonnable" comme pouvant signifier autre chose qu'une demande raisonnable. A ce point de vue, l'Australie peut appuyer le libellé actuel de la disposition, étant entendu que les difficultés envisagées par la délégation canadienne seraient probablement résolues par une interprétation raisonnable du mot "demande", qui devrait être entendu comme signifiant "demande raisonnable", si la question arrivait jamais à se poser.

29. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'il ne faut pas oublier à cet égard que la Loi type n'a pas un caractère exclusif. La Loi type vise seulement ce qui a été défini comme la passation d'un marché public et il est entendu que les lois normales du pays resteront applicables. Dans l'intérêt, néanmoins, des pays qui pourraient avoir des problèmes, la délégation des Etats-Unis ne verrait pas d'objection à ce que l'on ajoute le mot "raisonnable", qui est la moins nuisible des suggestions faites.

30. La proposition d'insérer les mots "si elle leur est utile" n'est pas acceptable puisque, comme l'ont fait ressortir plusieurs délégations, une autre question est en jeu : la première phrase du paragraphe 4 touche à l'obligation qui est faite à l'entité adjudicatrice, alors que la seconde a trait au caractère équitable et impartial de la procédure du point de vue des soumissionnaires. Si des renseignements sont donnés à un soumissionnaire, il faudrait qu'ils soient communiqués à tous les soumissionnaires. Dans la pratique, il sera fait aux entités adjudicatrices beaucoup de "simples" demandes, dont les réponses n'auront pas à être communiquées à tous les soumissionnaires. En tant, cependant, que principe écrit, l'obligation prévue dans le libellé actuel doit être conservée.

31. M. BONELL (Italie) estime que la proposition des Etats-Unis semble judicieuse et demande instamment à la délégation canadienne d'y souscrire.

32. M. GRUSSMAN (Autriche) appuie la proposition des Etats-Unis. L'utilisation du mot "raisonnable" indiquerait que la demande doit intéresser les autres fournisseurs. On pourrait utilement examiner la question du point de vue de la procédure de recours : si un fournisseur demandait des éclaircissements et l'entité adjudicatrice n'estimait pas cette demande raisonnable, elle n'aurait pas à répondre mais le fournisseur pourrait engager un recours; si l'on insérait, d'autre part, les mots "si elle leur est utile", cela tendrait à indiquer que les autres soumissionnaires pourraient ne pas être informés de la réponse de l'entité mais ne disposeraient pas pour autant d'un recours.

33. M. LEVY (Canada) dit que, compte tenu des observations qui ont été faites et des arguments qui ont été avancés, la délégation canadienne est disposée à accepter la proposition des Etats-Unis.

34. *La proposition des Etats-Unis est adoptée.*

35. *Le paragraphe 4, tel qu'amendé, est adopté.*

36. Mme ZIMMERMAN (Canada), se référant au paragraphe 5, dit que, dans la deuxième phrase, il conviendrait de préciser que la décision visée devrait être uniquement fondée sur les critères énoncés dans la documentation de présélection. Il ne s'agit cependant que d'une question de rédaction.

37. Le PRÉSIDENT dit que le groupe de rédaction se penchera sur ce point.

38. *Le paragraphe 5 est adopté sous réserve de son renvoi au groupe de rédaction.*

39. *Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.*

40. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que, en ce qui concerne le paragraphe 8, la référence à la présélection figurant dans la deuxième phrase semble superflue puisque la question est déjà traitée au paragraphe 6 de l'article 6.

41. S'agissant de la référence à des renseignements faux ou inexacts, la délégation canadienne fait les mêmes observations qu'elle a formulées à propos de l'article 6, à savoir qu'il faudrait également viser les renseignements incomplets.

42. Le PRÉSIDENT dit que le Secrétariat a pris note de ce point relatif aux "renseignements incomplets"; le libellé du paragraphe à l'examen sera harmonisé avec l'amendement adopté pour l'article 6.

43. M. TUVAYANOND (Thaïlande) se demande pourquoi la deuxième phrase exprime l'obligation, pour l'entité adjudicatrice, de disqualifier le fournisseur ou entrepreneur considéré. Pourquoi ne reconnaîtrait-on pas dans ce cas à l'entité adjudicatrice un pouvoir discrétionnaire ?

44. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que, selon le Groupe de travail, cette disposition doit avoir un caractère obligatoire. Si un fournisseur ou entrepreneur qui présentait auparavant les qualifications requises cesse soudain de le faire en raison d'un changement dans sa situation et si les renseignements communiqués précédemment ne sont plus valables, l'entité adjudicatrice ne peut que le disqualifier puisque l'article 6 prévoit que les qualifications doivent être fondées sur les critères énoncés dans cet article et précisés dans le dossier de sollicitation.

45. Le mot "peut" a été utilisé dans le second membre de la deuxième phrase conformément au paragraphe 6 de l'article 6, qui laisse à l'entité adjudicatrice le soin de décider si la présentation d'informations fausses ou inexacts doit entraîner la disqualification.

46. M. TUVAYANOND (Thaïlande) a du mal à comprendre la référence à la "confirmation" des renseignements fournis.

47. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que, même si à un stade antérieur de la procédure de passation d'un marché, un fournisseur donné semble avoir répondu aux critères de qualification énoncés dans le dossier de sollicitation, l'entité adjudicatrice peut, avant de lui attribuer le contrat, souhaiter vérifier si l'évaluation antérieurement faite des qualifications de ce fournisseur demeure valable et lui demander de confirmer et de mettre à jour les renseignements qu'il a communiqués auparavant. Le paragraphe prévoit que si, après un second examen, fondé sur les mêmes critères, le fournisseur ne présente pas les qualifications requises, il est obligatoirement disqualifié.

48. M. GRUSSMAN (Autriche) estime que la première phrase du paragraphe 8 semble énoncer clairement le point essentiel; l'on pourrait peut-être supprimer la deuxième phrase.

49. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit, à propos des observations qu'a faites la délégation canadienne, qu'il y a eu lieu de conserver la référence à la présélection si l'on veut retenir la phrase elle-même; il conviendrait peut-être cependant de supprimer les mots "à un moment quelconque" figurant au paragraphe 6 de l'article 6.

50. S'agissant de la "confirmation" des renseignements fournis, le libellé est peut-être ambigu, car une non-confirmation ne signifie pas nécessairement que le fournisseur n'a pas les qualifications requises. M. Wallace suggère de remanier la phrase comme suit : "L'entité adjudicatrice disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur si le processus de confirmation montre qu'il n'a pas les qualifications requises".

51. Le PRÉSIDENT suggère que, comme il ne s'agit pas d'une question de fond, on renvoie le texte au groupe de rédaction.

52. *Le paragraphe 8 est adopté sous réserve de son renvoi au groupe de rédaction.*

Article 8

53. M. LEVY (Canada), se référant aux commentaires de son gouvernement faisant l'objet du document A/CN.9/376/Add.1, dit que sa délégation reconnaît que, dans certaines situations, il n'est ni nécessaire ni justifié de prévoir un traitement réciproque. C'est ainsi qu'il n'est pas fait référence au principe de réciprocité à l'égard de la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui a été cependant adoptée selon le principe qu'il convient que les sentences arbitrales étrangères soient reconnues en vue de faciliter le règlement des différends. En l'occurrence, néanmoins, on pourrait se demander pourquoi un Etat deviendrait partie à un traité comme l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) ou l'Accord de libre échange nord-américain proposé, tout en reconnaissant d'une manière générale aux étrangers un accès libre et ouvert à la passation des marchés. Bien qu'une disposition de réciprocité puisse être incluse dans un règlement, on pourrait, à des fins de transparence, reformuler l'article 8 sur la base de la réciprocité. La délégation canadienne suggère donc de remanier le début du paragraphe 1 comme suit : "Les fournisseurs et entrepreneurs des Etats qui ont adopté une législation conforme à la Loi type, et en particulier au présent article, sont autorisés à participer à une procédure de passation de marchés sans distinction de nationalité . . .". Il s'agit d'harmoniser ainsi à certains égards la Loi type avec les concepts retenus dans des accords commerciaux conclus par les Etats.

54. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que l'article 8 est extrêmement important et a été examiné d'une manière assez approfondie

par le Groupe de travail. Ce dernier a conclu que les principes qui y sont contenus sont valables. Le principe de non-discrimination au motif de la nationalité devrait être le principe de base d'une Loi type élaborée dans le cadre des Nations Unies. Les exceptions prévues sont dues à ce que les Etats adoptant la Loi type peuvent avoir prévu dans leurs législations existantes, ou peuvent souhaiter adopter en même temps que la loi sur la passation des marchés, des dispositions tendant à permettre à l'entité adjudicatrice de limiter la participation dans certains cas, qui devraient être clairement définies et fondées sur la législation de l'Etat adoptant la Loi type.

55. La suggestion de la délégation canadienne irait à l'encontre de l'objectif sous-jacent de l'article 8, à savoir que les fournisseurs et entrepreneurs de tout Etat devraient avoir le droit de participer aux procédures de passation des marchés. La proposition de la délégation canadienne est très dangereuse; elle constituerait un pas vers le protectionnisme, ce que la délégation britannique ne saurait accepter. M. James est convaincu que la plupart des délégations souhaitent œuvrer en faveur d'un libre-échange et d'une concurrence accrue, en offrant des chances égales aux fournisseurs des pays en développement et des pays développés. L'idée de restreindre la concurrence en matière de passation de marchés aux Etats ayant souscrit au code de la passation des marchés est inacceptable et contraire à l'objet de la Loi type, qui est d'encourager le libre-échange. Le préambule, notamment son alinéa b, est à cet égard très important. Si la proposition canadienne était retenue, on pourrait tout aussi bien abandonner la Loi type.

56. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que sa délégation appuie les vues exprimées par la délégation britannique. M. Wallace ne s'explique pas comment la délégation canadienne peut soulever un tel point au stade actuel. La question a déjà été posée à maintes reprises, et la délégation des Etats-Unis a été agréablement surprise qu'un accord ait pu être atteint sur le libellé ouvert actuel du projet de loi. Le préambule a déjà été adopté, sans objection de la part de la délégation canadienne. Ce que l'on examine maintenant, ce n'est pas une politique commerciale mais une loi type comportant une disposition qui prévoit des exceptions à l'égard des traités. Le commentaire relatif à l'article 8 mentionne spécifiquement les dispositions résultant de traités. Sur le plan de la politique commerciale, la proposition canadienne est particulièrement malvenue et entièrement contraire à la politique actuelle du Canada et d'autres gouvernements parties au GATT. Si la modification proposée était retenue, M. Wallace recommanderait à son gouvernement de ne pas souscrire à la Loi type.

57. M. TUVAYANOND (Thaïlande) se demande pourquoi l'expression "fournisseurs et entrepreneurs" a été utilisée au paragraphe 1, au lieu des mots "fournisseurs ou entrepreneurs" que l'on retrouve partout ailleurs.

58. En second lieu, la délégation thaïlandaise se demande ce que les gouvernements sont censés faire dans l'hypothèse de sanctions économiques. Un tel cas constituerait-il une exception à la règle de non-discrimination, ou les fournisseurs du pays faisant l'objet de ces sanctions pourraient-ils participer à une procédure de passation de marchés ?

59. Le PRÉSIDENT, appelant l'attention sur le commentaire relatif à cet article (voir document A/CN.9/375), fait observer que, dans le cas d'une résolution du Conseil de sécurité, cette décision serait obligatoire pour tous les Etats et les fournisseurs de l'Etat faisant l'objet d'un embargo ne devraient pas participer à une procédure de passation de marchés.

60. M. TUVAYANOND (Thaïlande) demande si un pays pourrait exclure un fournisseur ou entrepreneur potentiel pour des raisons de sécurité ou de sérieuses raisons d'ordre politique.

61. Le PRÉSIDENT note que le texte permet à un Etat adoptant la Loi type de prévoir des cas d'exclusion dans sa réglementation.

62. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que sa délégation est fermement d'avis qu'il y a lieu de tenir le plus grand compte du paragraphe *b* du préambule dans la mise au point définitive du texte. Il convient cependant d'admettre la possibilité d'exceptions, comme le prévoit le paragraphe 1 de l'article 8. Il est de fait que la Loi type ne pourrait être adoptée que si elle admet la possibilité d'exceptions à la disposition relative à la non-discrimination eu égard à la nationalité. La délégation australienne accepte donc le texte du Groupe de travail, mais espère que la Commission fera de son mieux en faveur du principe énoncé au paragraphe *b* du préambule. Dans sa version définitive, le commentaire devrait souligner d'une manière générale, à propos de l'ensemble du préambule, de son alinéa *b* ou de l'article 8, que la Commission est convaincue que, dans toute la mesure possible, il ne devrait pas y avoir de discrimination fondée sur la nationalité. Il faudrait également déclarer que la Commission estime fondamentalement qu'il ne devrait pas y avoir de discrimination entre les non-nationaux. Un Etat adoptant la Loi type pourrait donner une préférence aux nationaux par rapport aux non-nationaux, mais il ne devrait pas y avoir de discrimination entre non-nationaux.

63. Comme le précise le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type (A/CN.9/375), le texte autorise des exceptions comme celles résultant de résolutions du Conseil de sécurité.

64. Le PRÉSIDENT appelle l'attention, à propos de la non-discrimination entre non-nationaux, sur les dispositions du paragraphe 5 de l'article 6.

65. M. RAO (Inde) dit que la disposition de l'article 8 ne serait pas souhaitable dans certaines situations pour des raisons politiques. Il devrait revenir à l'entité adjudicatrice le soin de déterminer qui pourrait participer, compte tenu du principe de réciprocité. Les pays en développement, comme l'Inde, appliquent des marges de préférence en faveur de certaines catégories de fournisseurs, comme les petits producteurs et les sociétés de développement. En Inde, des avantages de prix sont accordés aux petits producteurs, et les entités adjudicatrices donnent la préférence au secteur public ainsi qu'aux biens produits localement conformément aux normes indiennes. M. Rao convient avec la délégation canadienne que la participation à la procédure de passation de marchés en vertu de l'article 8 devrait être fondée sur la réciprocité, une préférence étant accordée aux fournisseurs, entrepreneurs ou soumissionnaires de pays ayant adopté la Loi type.

66. M. HAINZL (Autriche) souligne que la Loi type vise à éviter la discrimination fondée sur la nationalité. L'article 8 va cependant à l'encontre du but recherché en ouvrant la porte à toutes sortes de discriminations. La délégation autrichienne est d'avis qu'il ne devrait pas y avoir de discrimination pour des motifs de nationalité. S'il pouvait exister une discrimination, elle devrait être basée sur la réciprocité, de manière à ce que tous les Etats adoptant la Loi type acceptent les soumissionnaires de tout autre pays ayant souscrit à la Loi type et agissant de même.

67. M. BONELL (Italie) dit qu'il conviendrait de considérer la proposition canadienne quant au fond. M. Bonell ne l'appuie pas, car la Loi type n'est pas censée jouer le rôle d'une loi sur la concurrence ou d'une loi antitrust. Les buts ultimes qu'énonce le préambule sont formulés sous forme de vœux et ne doivent pas être confondus avec les normes du dispositif, qui doivent être soigneusement libellées de manière non équivoque. L'article 8 soulève de délicates questions d'ordre économique et politique. Si la Commission entend ouvrir autant que possible la porte à la concurrence internationale, l'article 8 doit le dire sans ambiguïté.

Son libellé actuel n'est cependant pas clair. Il permettrait en effet aux Etats d'introduire une discrimination cas par cas, pour des motifs qui devraient être légaux sans avoir à être énoncés à l'avance. L'article 17 traite de la préférence, mentionnée par le représentant de l'Inde, accordée à l'appel d'offres national dans le cas de petits fournisseurs ou de contrats de faible valeur. L'hypothèse visée à l'article 17 *b* devrait constituer la principale raison d'appliquer les exceptions prévues au paragraphe 1 de l'article 8. Les deux articles devraient être libellés en termes non ambigus.

68. M. SOLIMAN (Egypte) appuie la proposition du représentant du Canada tendant à ce que la participation à la procédure de passation de marchés soit limitée aux fournisseurs des Etats ayant adopté la Loi type. Une telle disposition ne pourrait qu'encourager l'adhésion à cet instrument.

69. M. MORAN (Espagne) préférerait conserver le libellé actuel de l'article 8. Des doutes ont été exprimés au sujet du paragraphe 1, mais le commentaire relatif au paragraphe 8 du projet de Guide pour l'incorporation en droit interne de la Loi type (A/CN.9/375) pourrait les dissiper. La raison des exceptions prévues est donnée au paragraphe 1 de ce commentaire, sur les trois dernières phrases duquel M. Moran appelle en particulier l'attention. Il existe un large accord au sein de la Commission sur le principe général énoncé au paragraphe 1 de l'article 8, sous réserve d'exceptions tenant aux obligations internationales mentionnées dans le commentaire. De telles obligations, qui constituent des engagements publics, ne sauraient être considérées comme inéquitable pour d'autres Etats.

70. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que le représentant de l'Espagne a utilement rappelé la genèse de l'élaboration de l'article 8. Cet article représente un compromis auquel on est parvenu après plusieurs années, durant lesquelles une préférence s'est dégagée en faveur de la concurrence internationale. L'article 17 constitue de même un compromis, et il est déjà clair, dans l'article 8, qu'un Etat est entièrement libre, dans le cadre de sa législation interne, de limiter la passation de marchés aux fournisseurs locaux. Le droit a récemment évolué en faveur de l'ouverture et de la non-discrimination; il reste cependant clair, à l'article 17, que les gouvernements ont le droit d'exclure la concurrence étrangère. Lorsque la Loi type est jugée trop concise ou obscure, il faudrait rechercher des explications dans le commentaire, qui, selon M. Wallace, devrait être beaucoup plus explicite. Dans ses précédentes remarques auxquelles s'est référé le représentant de l'Italie, M. Wallace a entendu dire qu'il recommanderait à son gouvernement de ne pas accepter la Loi type si la proposition canadienne était adoptée.

71. Le PRÉSIDENT dit que la discussion concerne essentiellement la proposition de la délégation canadienne d'insérer une clause de réciprocité au paragraphe 1 de l'article 8. Dans son libellé actuel, ce paragraphe est jugé imprécis mais, ainsi qu'il a été souligné, la raison des exceptions prévues est donnée dans le Guide pour l'incorporation en droit interne de la Loi type. La Commission pourrait peut-être, si nécessaire, amender le commentaire du Guide.

72. M. BONELL (Italie) souligne que le Guide fait ressortir que les exceptions ne doivent pas être "officieuses ou secrètes". On n'essaie pas, à l'article 8, de spécifier quel fournisseur ou entrepreneur devrait se voir attribuer un contrat, mais d'énoncer plutôt sur quelles bases il devrait être autorisé "à participer". Une telle participation ne pourrait être guère secrète et un fournisseur étranger ne pourrait pas être écarté en secret. L'article 8 devrait souligner le caractère exceptionnel de toute exclusion fondée sur la nationalité. La plupart du temps, l'exclusion serait due à la faible valeur du marché ou à une réglementation internationale, et il conviendrait de définir clairement ces exceptions. Il faudrait

supprimer, dans le Guide, la référence au fait que les exceptions ne devraient pas avoir un caractère officieux ou secret, puisque l'article 8 vise seulement la possibilité de participer à une procédure de passation de marchés. On pourrait peut-être rendre compte, dans le commentaire, de l'opinion majoritaire de la Commission, auquel cas M. Bonell pourrait appuyer le maintien de l'article 8 sans changement.

73. M. HUNJA (Secrétariat) dit que la Commission semble être du même avis que le Groupe de travail, qui a préféré laisser tel quel le texte de l'article 8. M. Hunja note les doutes exprimés par le représentant de l'Inde sur la discrimination à l'égard des fournisseurs étrangers. Au sein du Groupe de travail, il a été souligné que les Etats avaient le droit d'introduire toute exception qu'ils souhaiteraient apporter au titre de la réglementation des marchés. On a également expliqué, au paragraphe 1 du commentaire relatif

à l'article 8, que ce dernier autorisait les exceptions tenant aux obligations des Etats adoptant la Loi type, comme celles résultant des groupements économiques régionaux auxquels ils appartenaient. On pourrait prévoir aussi expressément le cas des arrangements réciproques. Le commentaire devrait peut-être faire ressortir que les exceptions possibles ne se limitent pas à celles expressément mentionnées à l'article 8.

74. Le PRÉSIDENT pense que la plupart des délégations peuvent souscrire à cette approche. Il suggère que la Commission convienne que les difficultés mentionnées soient traitées dans le commentaire.

75. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 498^e séance

Mercredi 7 juillet 1993, 9 h 30

[A/CN.9/SR.498]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 9 h 40.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377)

Projet de Loi type sur la passation des marchés (*suite*)

Article 9

1. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que l'article 9 est une disposition générale sur la forme des communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs. Durant les travaux préparatoires du Groupe de travail, il s'est dégagé un consensus selon lequel la Loi type devrait faciliter l'utilisation de l'échange de données informatisées (EDI), et le Secrétariat avait d'abord espéré que l'article 9 pourrait également aller dans ce sens. Cet espoir n'a cependant pas été rempli.

2. Les documents de séance A/CN.9/XXVI/CRP.2 et CRP.3, qui seront disponibles dans toutes les langues en temps opportun, contiennent des propositions spécifiques tendant à prévoir des dispositions supplémentaires pour faciliter l'utilisation de l'EDI.

3. Dans le libellé actuel de l'article considéré, le paragraphe 1 énonce la règle selon laquelle les communications doivent être présentées sous une forme assurant que leur contenu est dûment consigné — non nécessairement par écrit; il stipule d'autre part qu'il doit être tenu compte des autres dispositions pertinentes de la Loi type. La seule disposition dans le texte actuel de la Loi type en conflit avec l'article 9 est celle du paragraphe 5 de l'article 25, qui prévoit que les offres doivent être soumises par écrit dans une enveloppe scellée. Les incidences de la décision du Groupe de travail concernant le paragraphe 5 de l'article 25 pourront être étudiées de manière plus approfondie dans le cadre de l'examen des propositions contenues dans les documents A/CN.9/XXVI/CRP.2 et CRP.3.

4. M. Sahaydachny appelle l'attention sur une coquille du libellé du paragraphe 2 : la référence à l'article 11-3 doit être en effet remplacée par une référence à l'article 18-3. La Commission devrait d'autre part examiner s'il convient de retenir, dans ce même paragraphe, la référence à l'article 32-1, puisque la Loi type permettrait alors d'accepter initialement une offre par téléphone.

5. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que les mots clefs du libellé du paragraphe 1 de l'article 9 sont les suivants : "une forme assurant que leur contenu est dûment consigné". On est d'une manière générale d'accord pour estimer que le libellé identique en substance qui est utilisé dans d'autres lois types comme la Loi type sur l'arbitrage commercial international doit être interprété comme s'appliquant à l'EDI, et que seules les communications purement orales, soit de vive voix, soit par téléphone, sont exclues. A des fins de cohérence, M. Herrmann demande instamment à la Commission de considérer le libellé proposé du paragraphe 1 de l'article 9 compte tenu de cette interprétation.

6. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit qu'il a du mal à comprendre le paragraphe 1 de l'article 9 et qu'il soumettra donc au groupe de rédaction le libellé qu'il propose pour ce paragraphe.

7. M. LEVY (Canada) dit que les propositions de sa délégation (contenues dans le document A/CN.9/XXVI/CRP.3), tendant à amender le paragraphe 1 de l'article 9 et le paragraphe 5 de l'article 25 de façon à prévoir l'utilisation de l'EDI, sont fondées sur des vues qui correspondent pleinement à celles dont vient de faire état le Secrétaire de la Commission.

8. Notant que la délégation des Etats-Unis soumet également une proposition touchant l'EDI, M. Levy indique que sa délégation

tion n'est pas attachée à un libellé particulier pour parvenir au but vers lequel tendent les deux délégations. Il s'agit essentiellement, lorsqu'on dispose de moyens d'EDI, d'assurer la possibilité de s'en servir, sans qu'elle empêche, lorsqu'on ne dispose pas de tels moyens, de soumettre et de recevoir des offres par d'autres moyens.

9. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), faisant remarquer que sa délégation, comme la délégation canadienne, n'est pas liée à un libellé particulier, dit que de nombreux pays ne disposent pas actuellement de moyens d'EDI, et qu'étant donné les difficultés qui se posent en matière de confidentialité et d'authentification, par exemple, il faut faire preuve de prudence lorsqu'on envisage de passer d'une procédure faisant appel aux communications sur papier à un système informatisé.

10. La Commission devrait peut-être prier le Secrétariat d'établir un document sur les applications de l'EDI à la passation des marchés pour que la Commission puisse l'examiner à sa session suivante en même temps que la question de la passation des marchés de services. Dans ce document, le Secrétariat pourrait traiter de questions comme celles de savoir comment assurer la confidentialité, comment résoudre les problèmes d'authentification, comment familiariser les opérateurs de moyens d'EDI à la passation des marchés et comment convaincre les législateurs que les risques que comporte l'EDI ne sont pas trop importants.

11. M. ANDERSEN (Danemark), appuyant fermement le principe qui sous-tend l'article 9, dit que la Commission devrait s'en tenir à la conclusion à laquelle elle est parvenue quelques années auparavant au sujet de la valeur juridique des données informatisées et s'assurer qu'il n'est pas porté atteinte à ce principe.

12. De nombreux problèmes touchant à des questions comme celles de la confidentialité et de l'authenticité seront sans doute résolus par des moyens techniques ou des dispositions législatives autres que des lois fondées sur la Loi type. M. Andersen souhaiterait donc adopter l'article 9 dans son libellé actuel et met en garde contre la tentation de soulever des problèmes qui pourraient être résolus dans la pratique.

13. Le PRÉSIDENT propose que l'on suspende l'examen de l'article 9 jusqu'à ce que les documents A/CN.9/XXVI/CRP.2 et CRP.3 aient été distribués dans toutes les langues de travail de la Commission.

Article 10

14. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit qu'on avait, dans les versions antérieures de l'article à l'examen, énoncé des règles précises en vue d'harmoniser les dispositions législatives des différents Etats en matière d'authentification. En fin de compte, le Groupe de travail a cependant décidé qu'il n'y avait pas lieu d'essayer d'harmoniser de telles dispositions législatives, mais de s'assurer plutôt qu'on ne les utiliserait pas pour écarter la concurrence, par le biais notamment d'une discrimination contre les fournisseurs et entrepreneurs étrangers. Il a retenu le principe de ne pas prévoir, pour la procédure de passation des marchés, des conditions d'authentification non requises pour les mêmes types de document dans un contexte général.

15. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) juge l'article 10 entièrement satisfaisant.

16. M. KOMAROV (Fédération de Russie) fait remarquer qu'il existe des traités internationaux qui établissent des conditions plus simples en matière d'authentification de pièces que celles requises par la législation nationale de nombreux Etats. On devrait peut-être prévoir à l'article 10 que les règles en matière

d'authentification ne relèvent pas seulement de la législation d'un Etat donné mais aussi des traités internationaux pertinents.

17. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit que l'article 10 constitue un excellent moyen d'éviter de prévoir des règles d'authentification excessives, mais qu'il devrait contenir également une clause permettant aux fournisseurs ou entrepreneurs (en particulier qui se voient attribuer des contrats) de remédier aux défauts de forme du point de vue de l'authentification. On pourrait dire que ce point est implicitement visé au paragraphe 7 de l'article 6, mais M. Klein pense qu'il devrait être explicitement traité à l'article 10.

18. M. JAMES (Royaume-Uni) estime que c'est dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type que l'on pourrait le mieux traiter le point soulevé par l'observateur de la Banque interaméricaine de développement.

19. S'agissant du point important qu'a soulevé le représentant de la Fédération de Russie, si la législation d'un Etat reflète les obligations de cet Etat en vertu d'un traité international, les règles en matière d'authentification dans cet Etat différeront de celles d'un Etat non partie au traité. Il s'agit probablement là d'un point d'interprétation qui pourrait être également traité dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type.

20. M. MORAN BOVIO (Espagne) partage l'avis du représentant du Royaume-Uni, selon lequel les points soulevés par le représentant de la Fédération de Russie et l'observateur de la Banque interaméricaine de développement pourraient être traités dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type.

21. M. TUVAYANOND (Thaïlande), notant que l'article 10 se réfère à la "législation du présent Etat", dit qu'il existe parfois des pratiques et règlements non spécifiés dans la législation d'un Etat, et qu'il pourrait être donc nécessaire d'ajouter les mots "et la réglementation" après le mot "législation".

22. Le point soulevé par le représentant de la Fédération de Russie ne constitue pas, de l'avis de M. Tuvayanond, une simple question d'interprétation. Peut-être devrait-on en tenir compte dans le libellé de l'article 10.

23. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) suggère que l'on mentionne, dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, les traités internationaux (notamment inter-américains) à propos de l'authentification de pièces.

24. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), faisant observer que la question des obligations découlant des traités internationaux est déjà abordée à l'article 3, dit que le groupe de rédaction devrait peut-être examiner les points soulevés par le représentant de la Fédération de Russie et le représentant de la Thaïlande.

25. M. LEVY (Canada) note, en ce qui concerne le point soulevé par le représentant de la Thaïlande, que l'article 10 se réfère aux conditions "prévues dans la législation du présent Etat" et que, de l'avis de la délégation canadienne, la législation couvre la réglementation. Il ne pense pas que le libellé actuel de l'article 10 puisse poser aucune difficulté dans les pays de *common law*, non plus probablement que dans les pays de droit romain. Les références à la réglementation à propos de la législation dans certains cas mais pas dans d'autres pourraient en outre poser des problèmes d'interprétation.

26. Le représentant de la Thaïlande s'est aussi référé à des "pratiques". Comme des pratiques se dégagent parfois indépendamment du droit, M. Levy préférerait qu'il n'y soit pas fait référence à l'article 10.

27. S'agissant du point soulevé par le représentant de la Fédération de Russie, M. Levy fait remarquer que si un Etat devient partie à un traité international, sa législation doit être rendue conforme à ce traité. Si tel n'est pas le cas, l'Etat en question contrevient à ses obligations en vertu du traité international. La Loi type doit être fondée sur l'hypothèse que la législation de l'Etat est conforme à de telles obligations.

28. M. TUVAYANOND (Thaïlande), espérant que le groupe de rédaction examinera le point qu'il a soulevé, dit que la Loi type devrait refléter le fait que certains pays, notamment les pays en développement, donnent effet à leurs obligations en vertu de traités internationaux sans avoir recours à une loi d'application mais simplement à des pratiques. Si la Loi type n'en tient pas compte, de tels pays pourront avoir des difficultés à l'adopter.

29. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit qu'à la suite du débat en cours, il est plus convaincu que jamais que le point qu'il a soulevé devrait être traité dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type ou dans la Loi type elle-même. Il se pourrait en effet que des fournisseurs ou entrepreneurs de pays parties à des traités internationaux prévoyant des conditions moins rigoureuses en matière d'authentification soient avantagés par rapport aux fournisseurs ou entrepreneurs d'autres pays qui seraient assujettis à des conditions plus strictes.

30. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que, selon ce qu'il croit comprendre, le représentant de la Fédération de Russie a soulevé l'importante question de savoir si la Loi type devrait écarter toute discrimination entre les offres de fournisseurs ou entrepreneurs de pays parties à des traités prévoyant des conditions moins rigoureuses en matière d'authentification, et les offres de fournisseurs ou entrepreneurs de pays non liés par de tels traités. Il s'agit là d'une question complexe qu'une remarque insérée dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type ne suffirait pas à traiter.

31. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit que l'interprétation du Secrétaire de la Commission est correcte.

32. M. RAO (Inde), rappelant la remarque du représentant du Canada, selon laquelle, d'après ce représentant, la législation couvrait la réglementation, dit que tel n'est pas nécessairement le cas en Inde, où la réglementation administrative n'a pas un caractère de loi. M. Rao estime donc qu'il y aurait lieu de viser explicitement la réglementation à l'article 10.

33. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) dit que la discussion en cours donne l'impression que la Commission est en train d'élaborer un traité international plutôt qu'une loi type. Il ne voit pas quelles peuvent être les difficultés éventuelles.

34. Le PRÉSIDENT dit que la Commission doit décider s'il y a lieu de prévoir, à l'article 10, un traitement égal entre les fournisseurs ou entrepreneurs de pays dotés de procédures d'authentification moins rigoureuses et les fournisseurs ou entrepreneurs d'autres Etats. S'exprimant en sa qualité de membre, le Président suggérerait qu'il ne soit pas apporté de modification à l'article 10 à cette fin.

35. Pour ce qui est de la question de la réglementation, le Président pense qu'elle devrait être traitée dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type.

36. M. LEVY (Canada), souscrivant aux remarques du Président sur la question de la réglementation, dit qu'à son avis la Commission ne devrait pas essayer de supprimer les différences découlant de traités internationaux; elle pourrait ainsi sembler faire preuve de présomption et cela pourrait soulever des difficultés. M. Levy estime qu'il n'y aurait pas lieu de toucher au libellé actuel de l'article 10.

37. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) est du même avis, tout en partageant l'opinion du Secrétaire selon laquelle le représentant de la Fédération de Russie a soulevé une importante question; l'existence d'obligations en vertu d'un traité international pourrait bien aboutir à une discrimination en faveur de certains fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui irait à l'encontre d'un des principaux objectifs de la Loi type. Il faudrait appeler l'attention des législateurs à ce sujet dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type.

38. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite que l'on précise, dans le Guide, que toute référence à la législation inclut aussi la réglementation, et que l'on y appelle d'autre part l'attention sur la question qui vient d'être évoquée; on pourrait alors adopter le texte de l'article 10 sans changement.

39. *Il en est ainsi décidé.*

Article 11

40. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission), appelant l'attention sur les amendements proposés par le Secrétariat dans le document A/CN.9/377, dit que l'article à l'examen vise à prévoir, pour l'entité adjudicatrice, l'obligation d'établir et de conserver un procès-verbal de toutes les principales mesures et décisions prises au cours de la procédure de passation des marchés. Le Groupe de travail a considéré cette obligation comme un des principaux piliers du système de passation des marchés qu'envisage la Loi type et un élément essentiel pour essayer d'assurer la transparence ainsi que la responsabilité financière de l'entité adjudicatrice à l'égard des contribuables, des organes administratifs de contrôle et du législateur.

41. Le Groupe de travail a jugé utile, pour plus de clarté, d'énumérer dans un même article tous les types de renseignements que devrait contenir le procès-verbal — même s'il s'agit de renseignements déjà visés dans d'autres parties de la Loi type.

42. Les paragraphes 2 et 3 de l'article traitent de la mesure dans laquelle le procès-verbal devrait être communiqué, à qui et à quel moment. De l'avis du Groupe de travail, il ne conviendrait pas que la Loi type prévoie la communication de tout le procès-verbal à quiconque sur demande, comme il est stipulé dans certains Etats au titre de la liberté d'information. La Loi type devrait plutôt stipuler que le procès-verbal ne doit être communiqué que dans la mesure où il doit assurer une fonction de transparence et permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés d'exercer un recours.

43. Le Groupe de travail a estimé qu'il importe qu'une partie du procès-verbal soit communiquée, pour examen, aux fournisseurs ou entrepreneurs pour qu'ils puissent vérifier s'ils ont été traités de manière équitable ou s'ils ont des motifs de présenter un recours. Le paragraphe 3 prévoit une telle communication. Les dispositions correspondantes peuvent être bien entendu écartées sur ordre d'un tribunal compétent.

44. L'article stipule enfin que le fait, pour l'entité adjudicatrice, de ne pas avoir établi de procès-verbal ne donne pas lieu à des dommages-intérêts.

45. Mme ZIMMERMAN (Canada), se référant aux observations de son gouvernement figurant dans le document A/CN.9/376/Add.1, dit que, dans certains pays, l'entité adjudicatrice agit pour le compte de départements qui établissent le procès-verbal, lequel est ensuite conservé par l'entité adjudicatrice. Mme Zimmerman suggère, pour tenir compte de cette situation, de remplacer, à la première ligne du paragraphe 1, le mot "établit" par "conservé".

46. Pour ce qui est de l'alinéa *k* du paragraphe 1, elle suggère que le groupe de rédaction examine la possibilité de remplacer les mots "des motifs" par l'expression "des motifs et des circonstances" qui a été utilisée dans d'autres contextes.

47. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) souligne que des pays peuvent souhaiter ajouter d'autres catégories de renseignements à ceux qui sont énumérés au paragraphe 1. Il suggère donc d'insérer, après le mot "figurent" de la deuxième ligne du chapeau, les mots "au moins".

48. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) appuie les deux dernières suggestions.

49. M. JAMES (Royaume-Uni) souscrit à l'idée de remplacer, à l'alinéa *k* du paragraphe 1, les mots "des motifs" par "des motifs et des circonstances".

50. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend remplacer, à l'alinéa *k* du paragraphe 1, les mots "des motifs" par l'expression "des motifs et des circonstances".

51. *Il en est ainsi décidé.*

52. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), qu'appuie M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement), suggère que, plutôt que de remplacer le mot "établit" par "conserve" à la première ligne du paragraphe 1, la Commission utilise les deux mots, comme suit : "établit et conserve".

53. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que la suggestion du représentant du Mexique ne répondrait pas aux préoccupations de la délégation canadienne.

54. M. TUVAYANOND (Thaïlande) suggère de remplacer le mot "établit" par "tient" plutôt que "conserve".

55. M. JAMES (Royaume-Uni), appuyant cette suggestion, dit qu'il conviendrait peut-être de renvoyer la question au groupe de rédaction.

56. M. RAO (Inde) dit qu'il s'agit essentiellement de savoir non pas qui établit et conserve le procès-verbal, mais comment les fournisseurs et entrepreneurs peuvent avoir connaissance de ce document. Il faut simplement, dans leur intérêt, que le procès-verbal soit conservé.

57. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend remplacer, à la première ligne du paragraphe 1, le mot "établit" par le mot "conserve" ou "tient", le choix étant laissé au groupe de rédaction.

58. *Il en est ainsi décidé.*

59. M. MORAN BOVIO (Espagne) appuie l'idée — avancée par l'observateur de la Banque interaméricaine de développement — d'insérer, à la deuxième ligne du paragraphe 1, les mots "au moins" après le mot "figurent". Cet ajout soulignerait le fait qu'il s'agit du minimum requis.

60. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) appuie également cette idée, tout en faisant ressortir que l'on ne devrait pas considérer, d'une manière générale, la Loi type comme énonçant des conditions minima. Ce qui compte c'est l'uniformité et l'harmonisation, les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels qui participent à la procédure de passation des marchés devant avoir la certitude qu'il n'existe pas d'autres conditions que celles prévues dans la Loi type.

61. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend adopter l'amendement suggéré par l'observateur de la Banque interaméricaine de développement.

62. *Il en est ainsi décidé.*

63. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la proposition du Secrétariat, présentée dans le document A/CN.9/377, tendant à ajouter aux éléments devant figurer dans le procès-verbal un résumé des demandes d'éclaircissement et des éclaircissements correspondants. Si cette proposition est jugée acceptable, on pourrait ajouter un nouvel alinéa *l* au paragraphe 1 de l'article 11.

64. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) explique qu'un tel résumé est nécessaire pour que les fournisseurs ou entrepreneurs puissent vérifier s'ils ont ou non reçu les réponses aux demandes d'éclaircissement formulées par d'autres fournisseurs ou entrepreneurs ou, autrement dit, si l'entité adjudicatrice s'est acquittée ou non de son obligation de communiquer les réponses à de telles demandes.

65. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que, d'après lui, la question est déjà traitée au paragraphe 4 de l'article 7.

66. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) souligne que la proposition du Secrétariat vise à appuyer le paragraphe 4 de l'article 7.

67. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), tout en louant la proposition en principe, fait ressortir que, étant donné que la procédure de passation des marchés est souvent très longue et peut comporter de nombreuses demandes d'éclaircissement, il conviendrait de préciser exactement sur quel genre de renseignements devrait porter le résumé.

68. M. LEVY (Canada) suggère que l'on précise la teneur du résumé en se référant, dans le nouvel alinéa *l* du paragraphe 1 au paragraphe 4 de l'article 7 ainsi qu'à l'article 23.

69. M. TUVAYANOND (Thaïlande) fait observer que l'expression "fournisseurs et entrepreneurs" est utilisée à deux reprises au paragraphe 1 de l'article 11, alors que partout ailleurs on se réfère d'une manière générale aux "fournisseurs ou entrepreneurs". Est-ce de propos délibéré et, dans l'affirmative, pour quelle raison ?

70. Le PRÉSIDENT suggère que l'on renvoie la question au groupe de rédaction et considère que la Commission entend adopter la proposition du Secrétariat d'ajouter un nouvel alinéa *l* au paragraphe 1 comportant les références suggérées par la délégation canadienne.

71. *Il en est ainsi décidé.*

72. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend adopter le paragraphe 1 de l'article 11 tel qu'amendé.

73. *Il en est ainsi décidé.*

74. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend adopter le libellé du paragraphe 2 de l'article 11 que le Groupe de travail a soumis à l'annexe du document A/CN.9/371.

75. *Il en est ainsi décidé.*

76. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le paragraphe 3 de l'article 11.

77. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) appelle l'attention sur les deux amendements au paragraphe à l'examen que le Secrétariat propose dans le document A/CN.9/377, où la référence à l'article 11-3 *f* et *g* devrait être remplacée par une référence à l'article 11-1 *f* et *g*.

78. Mme ZIMMERMAN (Canada) n'a pas d'objection à formuler aux amendements proposés, tout en estimant que, dans la

version anglaise, les mots "other than" seraient préférables à "beyond"; le groupe de rédaction pourrait peut-être se pencher sur ce point.

79. Se référant d'autre part aux observations formulées par son gouvernement dans le document A/CN.9/376/Add.1, Mme Zimmerman propose de supprimer, à la deuxième ligne du paragraphe 3, les mots "pour examen".

80. M. TUVAYANOND (Thaïlande), se référant aux mots "l'entité adjudicatrice ... ne divulgue", demande pourquoi cette

non-divulgaration des informations visées au paragraphe 3 a et b devrait être une obligation plutôt qu'un droit. Il se demande, d'autre part, s'il ne conviendrait pas de prévoir dans ce paragraphe une disposition concernant la non-divulgaration pour des raisons de sécurité nationale. Il se demande enfin s'il ne pourrait pas y avoir une contradiction entre le paragraphe 3 b, concernant les informations à ne pas divulguer, et le paragraphe 1 e, concernant des informations à faire figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation des marchés.

La séance est levée à 12 h 35.

Compte rendu analytique de la 499^e séance

Mercredi 7 juillet 1993, 14 heures

[A/CN.9/SR.499]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 14 h 5.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (suite) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377)

Projet de Loi type sur la passation des marchés (suite)

Article 11 (suite)

1. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit qu'à la suite de consultations officieuses durant l'heure du déjeuner la délégation canadienne souhaite retirer sa proposition tendant à supprimer les mots "pour examen" à la deuxième ligne du paragraphe 3.

2. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que sa délégation a jugé la proposition canadienne bien fondée et aimerait apporter la même modification au paragraphe 2 de la version anglaise de l'article 11. Dans leur libellé actuel, les paragraphes 2 et 3 sont indûment limitatifs.

3. M. JAMES (Royaume-Uni), appuie les remarques que vient de faire le représentant des Etats-Unis d'Amérique. Il a d'autre part des doutes sur les observations écrites du Gouvernement canadien, où l'on se réfère à la possibilité de discuter avec les soumissionnaires après coup. La Loi type devrait prévoir l'obligation de communiquer au moins les parties pertinentes du procès-verbal.

4. Rappelant qu'au cours de la séance précédente, il a été convenu d'ajouter un nouvel alinéa l au paragraphe 1, M. James dit qu'une référence à ce nouvel alinéa devrait être sans doute faite au paragraphe 3.

5. S'agissant de la question soulevée par le représentant de la Thaïlande au sujet de la non-divulgaration pour des raisons de sécurité nationale, ce point est sans doute visé par les mots "ne serait pas dans l'intérêt général" du paragraphe 3 a. Pour ce qui est des mots "ne divulgue", M. James estime que la question de la non-divulgaration au motif que la divulgation serait contraire à la loi, en compromettrait l'application ou ne serait pas dans l'intérêt général, pourrait être traitée dans la législation générale relative à la confidentialité, alors que la non-divulgaration au motif que la

divulgation porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence, ainsi que la non-divulgaration des informations visées au paragraphe 3 b devraient être prévues par la législation sur la passation des marchés. Pour ce qui est de ces deux questions, M. James estime néanmoins que le paragraphe 3 doit rester inchangé.

6. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), faisant siennes les observations du représentant du Royaume-Uni concernant les mots "ne divulgue", dit qu'il importe de conserver à cette disposition son caractère obligatoire en vue d'assurer tant le caractère confidentiel que l'intégrité de la procédure de passation des marchés. On pourrait peut-être inclure à ce sujet un commentaire dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type.

7. M. BONELL (Italie) partage l'opinion des représentants du Royaume-Uni et des Etats-Unis d'Amérique.

8. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend conserver les mots "ne divulgue" au paragraphe 3.

9. *Il en est ainsi décidé.*

10. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner les deux propositions faites par le Secrétariat. Selon la première de ces propositions, la première phrase du paragraphe 3 s'achèverait après les mots "conclusion d'un marché" et l'on ajouterait une deuxième phrase ainsi libellée : "La divulgation de la partie du procès-verbal visée aux alinéas c à e peut être ordonnée par un tribunal compétent". La seconde proposition consiste à ajouter les mots "si ce n'est le résumé visé à l'alinéa e du paragraphe 1" à la fin du paragraphe 3 b.

11. Le Président considère que la Commission entend adopter ces propositions.

12. *Il en est ainsi décidé.*

13. M. RAO (Inde) suggère de remplacer les mots "pour examen" par "sur demande".

14. M. BONELL (Italie) n'a pas d'objection à cette suggestion, quoiqu'il pensait que des parties du procès-verbal ne seraient communiquées que sur demande.

15. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) aurait préféré les mots suivants "notamment pour examen", mais il peut accepter la suggestion faite par le représentant de l'Inde.

16. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), qu'appuie M. TUVAYANOND (Thaïlande), dit qu'il est question, dans le paragraphe 2, de mettre des parties du procès-verbal "à la disposition de quiconque", alors que, selon le paragraphe 3, ces parties du rapport seraient communiquées "pour examen, aux fournisseurs ou entrepreneurs" seulement. Rappelant ce que le représentant des Etats-Unis d'Amérique a dit auparavant au sujet du paragraphe 2, M. Pereznieto Castro estime qu'il est normal de communiquer des parties du procès-verbal aux fournisseurs ou entrepreneurs pour qu'ils puissent comparer et vérifier des chiffres, sans les communiquer pour autant à toute autre personne.

17. Le PRÉSIDENT dit que, selon ce qu'il croit comprendre, l'article 11 vise à assurer la responsabilité et la transparence. L'entité adjudicatrice est tenue d'établir un procès-verbal de manière à ce que les fournisseurs et entrepreneurs puissent présenter un recours utile, le cas échéant. La Loi type prévoit, dans le même temps, deux types de communication, dont l'un est destiné au public en général et l'autre aux fournisseurs ou entrepreneurs qui en font la demande. Lorsque l'entité adjudicatrice est priée par un fournisseur ou entrepreneur de communiquer une information, cette communication n'a pas à aller au-delà d'un résumé. Par ailleurs, la Loi type envisage une situation dans laquelle, même si un fournisseur ou entrepreneur en fait la demande, aucune communication n'a lieu d'être faite si ce n'est sur ordre d'un tribunal. La Loi type parvient ainsi à un bon équilibre entre les intérêts de l'entité adjudicatrice et ceux des fournisseurs ou entrepreneurs.

18. Le Président considère que la Commission entend remplacer, à la deuxième ligne du paragraphe 3, les mots "pour examen" par "sur demande".

19. *Il en est ainsi décidé.*

20. *Il est en outre convenu de remplacer, dans la version anglaise du paragraphe 2, les mots "for inspection by" par "on request".*

21. M. BONELL (Italie) suggère de remplacer, au paragraphe 4, les mots "pour la seule raison qu'elle n'a pas établi" par "pour ne pas avoir établi", qui est un libellé plus courant dans de tels cas, et de supprimer, dans la version anglaise, le mot "monetary".

22. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il conviendrait de remplacer les mots "n'a pas établi" par "n'a pas conservé", conformément à ce qui a été décidé pour le paragraphe 1.

23. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) demande s'il est nécessaire de mentionner des "dommages-intérêts" et s'il ne suffirait peut-être pas de dire que la responsabilité de l'entité adjudicatrice n'est pas engagée dans un tel cas.

24. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) croit se souvenir que le Groupe de travail a estimé que de simples omissions dans un procès-verbal, qui seraient la plupart du temps de propos non délibéré, ne devraient pas donner lieu à des dommages-intérêts, mais il n'a pas voulu exclure la possibilité de demander à un tribunal d'ordonner des mesures conservatrices (*injunctive relief*).

25. M. BONELL (Italie) dit que, malgré ces explications, il préférerait que l'on supprime, dans la version anglaise, le mot "monetary".

26. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) appuie la suggestion formulée par le représentant de l'Italie.

27. M. LEVY (Canada), appuyant la suggestion faite par le représentant de l'Italie, dit que le paragraphe 4 pourrait alors se lire comme suit : "L'entité adjudicatrice n'est pas responsable envers les fournisseurs et entrepreneurs pour des dommages résultant du fait qu'elle n'a pas conservé de procès-verbal".

28. Il croit se souvenir que, lorsque le Groupe de travail a examiné ce paragraphe, il a été ressenti la nécessité de ne pas assortir l'obligation de conserver de procès-verbal d'une sanction à l'encontre de l'entité adjudicatrice qui ne s'acquitterait pas de cette tâche d'ordre essentiellement administratif. Le Groupe de travail a donc décidé de prévoir, pour l'entité adjudicatrice, l'obligation de conserver un procès-verbal sans que, au cas où elle ne le ferait pas, elle puisse faire l'objet d'une demande en dommages-intérêts de la part des fournisseurs ou entrepreneurs. On présume que l'entité adjudicatrice serait d'autre part assujettie au droit général du pays et que de telles questions pourraient être réglées par d'autres moyens.

29. L'observateur de l'Australie a évoqué la possibilité de supprimer l'expression "dommages-intérêts". Une disposition selon laquelle la responsabilité de l'entité adjudicatrice ne serait pas engagée à l'égard des fournisseurs ou entrepreneurs écarterait cependant aussi la possibilité, jugée nécessaire par certaines délégations, de demander à un tribunal d'ordonner des mesures conservatrices.

30. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), appuie la suggestion faite par le représentant de l'Italie. Il fait d'autre part observer que l'utilisation du mot "*liable*" dans la version anglaise du paragraphe 4 tend à suggérer que ce paragraphe a été libellé compte surtout tenu de la *common law*; dans les systèmes de droit romain, l'accent est mis sur la notion de responsabilité qui ne correspond pas entièrement à celle de "*liability*". On utilise, dans la version espagnole, le mot "*deberá*" (devra), qui ne se réfère ni à la notion de responsabilité ni à celle de "*liability*".

31. Quant aux observations du représentant du Canada concernant des mesures conservatrices, M. Pereznieto Castro souligne que la plupart des systèmes de droit romain ne disposent pas de mécanisme d'injonction.

32. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que le Groupe de travail est convenu que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être passible de dommages-intérêts, mais pourrait faire l'objet de mesures conservatrices ou d'une action administrative. Il est essentiel de retenir cette idée de responsabilité, quoiqu'il ne soit pas nécessaire d'écarter spécifiquement les "dommages-intérêts".

33. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) retire sa suggestion tendant à supprimer l'expression "dommages-intérêts".

34. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit qu'il ne voit pas pourquoi une entité adjudicatrice qui ne serait pas en mesure de conserver de procès-verbal n'aurait pas à payer de dommages-intérêts à un fournisseur ou entrepreneur pour ne pas s'être acquittée d'une obligation aussi essentielle. Il préférerait que l'on supprime le paragraphe 4.

35. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que le Groupe de travail a estimé qu'une disposition excluant la responsabilité pourrait être interprétée comme écartant toute possibilité de recours et c'est pourquoi on s'est contenté d'exclure les "dommages-intérêts".

36. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'adopter le paragraphe 4 remanié comme suit : "L'entité adjudicatrice n'est

pas possible de dommages-intérêts envers les fournisseurs ou entrepreneurs pour ne pas avoir conservé de procès-verbal ...”.

37. *Il en est ainsi décidé.*

Article 12

38. Mme ZIMMERMAN (Canada), se référant au document A/CN.9/376/Add.1, dit que, dans son libellé actuel, l'article 12 ne tient pas compte des incitations offertes par un fournisseur ou entrepreneur par le biais d'un agent. Pour combler cette lacune, la délégation canadienne suggère d'insérer, après le mot "convient" figurant à la quatrième ligne, les mots "directement ou indirectement". Le texte actuel ne se réfère qu'à tout "fonctionnaire ou employé, ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice". En vue d'élargir la portée de cette disposition, la délégation canadienne suggère d'ajouter, après les mots "employé de", les mots "l'Etat ou de". Si la Commission est disposée à accepter cette proposition, il y aurait également lieu d'ajouter, à la fin de la septième ligne, les mots "l'Etat ou de".

39. M. SOLIMAN (Egypte) demande s'il ne serait pas nécessaire de prévoir le cas où des fonctionnaires ou employés de l'entité adjudicatrice s'abstiennent d'effectuer certains actes.

40. Mme ZIMMERMAN (Canada) pense qu'il y aurait lieu de viser tant les actes que les omissions. La référence à "une décision" figurant à la septième ligne de l'article 12 s'applique peut-être aux deux cas.

41. M. TUVAYANOND (Thaïlande), tout en appuyant l'idée d'inclure "directement ou indirectement", doute qu'il soit judicieux d'ajouter les mots "l'Etat ou" car il serait autrement nécessaire, à des fins de cohérence, de se référer tout le long de la Loi type à l'Etat étant donné que l'entité adjudicatrice agit au nom de l'Etat. Dans les instances internationales, les Etats sont normalement présumés comme étant de bonne foi.

42. M. Tuvayanond convient, avec la délégation canadienne, que la référence à "une décision" vise aussi bien les actes que les omissions.

43. M. Tuvayanond suggère de remplacer, dans la version anglaise, les mots "a gratuity, whether or not in the form of money" par les mots "a gratuity or benefit in any form".

44. M. LEVY (Canada) dit que, lorsqu'il a suggéré d'inclure une référence à l'Etat, sa délégation n'entendait pas mettre en cause la bonne foi d'un Etat. Elle ne pensait qu'aux avantages offerts à de hauts fonctionnaires de l'Etat qui, sans être au service de l'entité adjudicatrice, seraient en mesure d'exercer une influence.

45. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) suggère que l'on fasse commencer la dernière phrase par les mots "Un tel rejet" au lieu de "Le rejet".

46. M. RAO (Inde) appuie les amendements proposés par la délégation canadienne, y compris celui de viser aussi les fonctionnaires ou employés de l'Etat.

47. M. MORAN BOVIO (Espagne) appuie également l'insertion d'une telle référence.

48. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il serait peut-être préférable de se référer aux fonctionnaires ou employés des "autorités pertinentes".

49. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) suggère d'employer les mots suivants : "de l'entité adjudicatrice ou de toute

autre autorité administrative"; il existe, dans la Loi type d'autres références aux "autorités administratives".

50. M. TUVAYANOND (Thaïlande) souscrit à cette suggestion.

51. M. LEVY (Canada) dit que, si l'on insérait les mots "l'Etat ou", il faudrait préciser que les mots "fonctionnaire ou employé" s'entendent d'un fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice ou du gouvernement de l'Etat, mais certainement pas du chef constitutionnel de l'Etat.

52. M. BONELL (Italie) suggère le libellé suivant : "de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité pertinente".

53. M. NICOLAE-VASILE (Observateur de la Roumanie) propose d'insérer à la troisième ligne, après le mot "si", les mots suivants "la preuve est faite que".

54. Le PRÉSIDENT suggère qu'il soit fait état de la proposition de l'observateur de la Roumanie dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type. Compte tenu des échanges de vues qui ont eu lieu sur l'article 12, cet article pourrait se lire comme suit :

"(Sous réserve d'approbation par ... (L'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation.) l'entité adjudicatrice rejette une offre, une proposition ou un prix si le fournisseur ou l'entrepreneur qui les lui a soumis propose, donne ou a convenu de donner, directement ou indirectement, à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité administrative un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'autorité adjudicatrice dans le cadre de la procédure de passation du marché. Le rejet de l'offre, de la proposition ou du prix et les motifs de ce rejet sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et promptement communiqués au fournisseur ou entrepreneur."

55. *Le libellé auquel le Président vient de donner lecture est adopté.*

56. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que l'insertion des mots "directement ou indirectement" a souvent été proposée dans le passé en vue de viser les cas mettant en cause un agent, mais la Commission a toujours refusé de procéder à une telle insertion pour éviter des répétitions. L'utilisation de ces mots à l'article 12 devrait être considérée comme ayant un caractère exceptionnel et ne devrait pas amener à conclure que la référence faite ailleurs dans le texte de la Loi type aux actes de l'entité adjudicatrice exclut les actes d'un agent.

57. Le PRÉSIDENT propose à la Commission de reporter l'examen de l'article 9 jusqu'à ce que l'on ait pu disposer depuis quelque temps des documents A/CN.9/XXVI/CRP.2 et 3 dans toutes les langues de travail de la Commission, et que la Commission entame maintenant l'examen du chapitre II de la Loi type.

Article 13

58. Mme PIAGGI-VANOSSI (Argentine) suggère de remplacer, dans le titre de l'article 13, l'expression "Méthodes de passation des marchés" par les mots "Procédures de sélection".

59. Le PRÉSIDENT estime que cette question semble être d'ordre purement rédactionnel.

60. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le paragraphe 1 de l'article 13 semble limiter la liberté des gouvernements dans cer-

tains domaines, comme la sécurité nationale, et suggère de reporter l'examen de ce paragraphe jusqu'à ce que divers autres articles du chapitre II aient été discutés.

61. M. HUNJA (Secrétariat) dit que le paragraphe 1 de l'article 13 contient une des plus importantes dispositions de la Loi type. Avant d'examiner d'autres méthodes de passation des marchés, la Commission devrait approuver le principe énoncé dans cette disposition, à savoir qu'une entité adjudicatrice doit avoir normalement recours à la procédure d'appel d'offres. Toutes difficultés que les délégations pourraient avoir à ce sujet devraient être levées d'emblée.

62. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) suggère à la Commission d'examiner d'abord l'ensemble du chapitre II, paragraphe par paragraphe. Elle pourrait ensuite adopter les articles 13, 14, 15 et 16 compte tenu des modifications proposées.

63. M. TUVAYANOND (Thaïlande) appuie cette suggestion.

64. M. LEVY (Canada) souligne que l'ensemble de la Loi type repose sur le principe donnant la préférence à l'appel d'offres en matière de passation des marchés. Il conviendrait d'approuver ce principe avant d'examiner les exceptions et les problèmes qui se posent. De l'avis de M. Levy, il ne serait donc pas souhaitable de laisser le paragraphe 1 de l'article 13 en suspens.

65. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), se référant aux remarques du représentant de la Thaïlande, rappelle que le paragraphe 2 *a* de l'article premier soustrait à l'application des lois fondées sur la Loi type la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale. Conformément, en outre, au paragraphe 2 *b* de l'article premier, les Etats adoptant la Loi type peuvent spécifier d'autres catégories de marchés à exclure. La liberté des gouvernements n'est donc aucunement limitée.

66. M. TUVAYANOND (Thaïlande) n'a pas l'intention de saper le principe selon lequel l'appel d'offres constitue la meilleure méthode de passation des marchés. Il tient simplement à réserver sa position au sujet du paragraphe 1 de l'article 13 jusqu'à être sûr que son libellé est compatible avec les intérêts nationaux.

67. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'adopter l'article 13 en principe. Au cours de l'examen des articles 13 à 42, elle pourra revenir à des articles antérieurs du chapitre II et examiner les amendements qu'il est proposé de leur apporter.

68. *Il en est ainsi décidé.*

Article 14

69. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat), présentant l'amendement qu'il est proposé d'apporter au chapeau du paragraphe 1 *a* dans le document A/CN.9/377, dit que, même si l'entité adjudicatrice est en mesure de formuler des spécifications détaillées, la nature des biens ou des doutes sur les spécifications peuvent l'amener à utiliser une des autres méthodes de passation des marchés que l'appel d'offres qui sont visées à l'article 14.

70. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que la proposition du Secrétariat touche un point qui a été chaudement débattu au sein du Groupe de travail, lequel a donné expressément la préférence à l'appel d'offres concurrentiel au paragraphe 1 de l'article 13. L'on s'est même opposé, dans le Groupe de travail, à ce qu'il soit fait mention de l'appel à la concurrence dans la Loi type.

71. De l'avis de M. Wallace, l'expression "est dans l'impossibilité de formuler" est objective alors que les mots "préfère ne pas formuler de spécifications détaillées" ne le sont pas. Ces derniers mots permettraient d'autre part aux gouvernements de retarder facilement la formulation de spécifications et d'opter ensuite pour un appel à la concurrence ou un appel d'offres en deux étapes. Il y a donc lieu de conserver l'expression "est dans l'impossibilité" ou d'avoir tout au moins recours à une expression plus prudente que "préfère ne pas".

72. M. JAMES (Royaume-Uni) n'est pas favorable, pour la même raison que vient de formuler le représentant des Etats-Unis d'Amérique, à l'amendement proposé par le Secrétariat. Il appuie le principe énoncé au paragraphe 1 de l'article 13, selon lequel l'appel d'offres est la meilleure méthode de passation des marchés. Les exceptions à ce principe devraient être rigoureusement limitées.

73. M. LEVY (Canada) se déclare surpris que le Secrétariat ait proposé un tel amendement.

74. Le PRÉSIDENT dit que le Secrétariat a décidé de retirer sa proposition.

75. M. TUVAYANOND (Thaïlande) suggérerait, bien que le Secrétariat ait retiré sa proposition concernant le paragraphe 1 *a*, d'amender le chapeau comme suit : "L'entité adjudicatrice n'est pas en mesure de formuler des spécifications détaillées"; il se peut en effet, dans certains cas, que l'entité adjudicatrice ait la possibilité de formuler de telles spécifications mais ne soit pas en mesure de le faire.

76. M. JAMES (Royaume-Uni), se félicitant de la suggestion du représentant de la Thaïlande, dit que le concept de "faisabilité" qu'exprime l'expression "être en mesure" se situe entre l'"impossibilité" et le "libre choix". La question pourrait être renvoyée au groupe de rédaction.

77. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) préfère l'expression "est dans l'impossibilité", car il ne s'agit pas de laisser carte blanche à l'entité adjudicatrice; le paragraphe 2 de l'article 13 prévoit l'obligation d'exposer les motifs et circonstances — comme l'impossibilité de formuler les spécifications détaillées requises — justifiant le recours à une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres.

78. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) présente l'amendement qu'il est proposé d'apporter à l'alinéa 1 *a* ii dans le document A/CN.9/377.

79. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que, selon lui, l'amendement proposé ne constitue pas seulement une amélioration de forme, car il modifie en fait le sens du libellé actuel. Le texte actuel envisage en effet une situation où l'entité adjudicatrice ne saurait pas comment résoudre un problème et estimerait nécessaire de demander l'avis d'un fournisseur; une telle situation appelle d'emblée une relation bilatérale en raison de la nature technique des biens — comme un logiciel — ou des travaux, sans que cela tienne au fait que des spécifications n'ont pu être établies de manière suffisamment précise.

80. M. ANDERSEN (Danemark) dit, à propos du logiciel que le représentant du Royaume-Uni a mentionné, que dans le cas d'un logiciel normalisé des spécifications seraient possibles et il n'y aurait donc rien à négocier. Les logiciels spéciaux sont d'un autre ordre et ne relèvent pas du champ d'application de la Loi type.

81. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que, compte tenu des modifications qu'il sera probablement apporté au chapeau du paragraphe 1 *a*, la proposition du Secrétariat à l'égard du

paragraphe 1 a ii ferait largement double emploi. Il n'est cependant pas convaincu qu'il faille conserver le libellé actuel de cette dernière disposition.

82. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine) dit que l'article 14 devrait contenir une disposition permettant de signaler et de rectifier des erreurs techniques et juridiques figurant dans le dossier de sollicitation ou dans le contrat. Il se peut, par exemple, qu'une entité adjudicatrice ait exprimé le désir de se procurer du matériel obsolète ou techniquement inadéquat. Le soumissionnaire appelant l'attention sur une telle erreur ne devrait pas se voir accorder un avantage particulier; les autres soumissionnaires devraient être

informés de manière à ce que tous bénéficient d'un traitement égal.

83. Le PRÉSIDENT fait observer que le point soulevé par la représentante de l'Argentine semble être traité à l'article 23. Annonçant, d'autre part, que le Secrétariat a décidé de retirer sa proposition relative au paragraphe 1 a ii, le Président considère que la Commission entend adopter le paragraphe 1 a ii sans changement.

84. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 500^e séance

Jeudi 8 juillet 1993, 9 h 30

[A/CN.9/SR.500]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 9 h 40.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377)

Projet de Loi type sur la passation des marchés (*suite*)

Articles 13 et 14 (*suite*)

1. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine), rappelant son intervention à la séance précédente et les observations du Président y relatives, dit qu'elle a fait mention d'une méthode d'appel d'offres en deux étapes qui était utilisée lorsque l'entité adjudicatrice n'était pas en mesure de formuler de façon suffisamment précise des spécifications détaillées pour pouvoir engager une procédure d'appel d'offres. L'article 23 prévoit la clarification et la modification du dossier de sollicitation, et elle avait voulu suggérer que soit également prévue la possibilité de demander des éclaircissements sur le contrat proprement dit, y compris la possibilité de demander qu'il soit modifié.

2. M. JAMES (Royaume-Uni) souhaiterait savoir si la représentante de l'Argentine accepterait de reporter l'examen du point qu'elle a évoqué au moment où la Commission abordera le chapitre III.

3. Le PRÉSIDENT dit que la représentante de l'Argentine accepte ce report.

4. M. TUVAYANOND (Thaïlande) a encore quelques réticences à l'égard de l'article 13. Il va de soi que la passation de marchés de caractère militaire est exclue du champ d'application de la Loi type. Toutefois, il se pourrait que les autorités nationales ne tiennent pas à ce que soient divulgués les détails de certains marchés pour des raisons autres que la sécurité ou la défense nationale, comme le désir de protéger des secrets industriels.

5. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que la question évoquée par le représentant de la Thaïlande est probablement visée à l'alinéa c du paragraphe 1 de l'article 14. Dans le document A/CN.9/377, le

Secrétariat a proposé de supprimer cet alinéa, mais M. James espère qu'il sera maintenu. Il existe une différence entre le fait d'instituer une règle générale sur la question de savoir si la Loi s'applique à la passation de marchés intéressant la défense et celui de décider, dans un cas particulier, si la procédure d'appel d'offres est appropriée. Par exemple, on pourrait prévoir une règle générale en vertu de laquelle la Loi s'appliquerait aux marchés portant sur les avions, puis faire des exceptions au cas par cas. C'est dans ce sens que l'alinéa c du paragraphe 1 de l'article 14 est important.

6. Le PRÉSIDENT fait observer que la question soulevée par le représentant de la Thaïlande pourra être résolue de préférence lors de l'examen du paragraphe 1 c de l'article 14; il demande donc au Secrétariat d'expliquer pourquoi il avait été proposé dans le document A/CN.9/377 de supprimer cet alinéa.

7. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) répond qu'à la lumière du débat auquel a donné lieu l'article 14, et en particulier des observations que vient de faire le représentant du Royaume-Uni, le Secrétariat estime maintenant que cet alinéa n'est pas superflu et qu'il conviendrait donc de le maintenir.

8. M. BONELL (Italie) dit qu'au paragraphe 1 c il est fait mention du "paragraphe 2 de l'article premier", alors qu'il devrait s'agir du "paragraphe 3 de l'article premier".

9. Le PRÉSIDENT, indiquant que cette erreur typographique sera corrigée, considère que la Commission entend maintenir l'alinéa c du paragraphe 1.

10. *Il en est ainsi décidé.*

11. Le PRÉSIDENT invite la Commission à faire des observations sur la proposition du Secrétariat figurant dans le document A/CN.9/377 et tendant à insérer le membre de phrase "de l'avis de l'entité adjudicatrice" entre les mots "lorsque" et "il est improbable" au paragraphe 1 d de l'article 14.

12. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), incitant à la prudence au sujet de la proposition faite par le Secrétariat, dit que dans le Groupe de travail certains représentants ont estimé que l'entité adjudicatrice ne devrait pas pouvoir recourir automatiquement à des procédures informelles lorsque toutes les offres ont été refusées. En conséquence, le membre de phrase "lorsqu'il est improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres débouche sur la conclusion d'un marché" a été retenu à titre de norme objective. L'insertion des mots "de l'avis de l'entité adjudicatrice" priverait ce membre de phrase de son caractère objectif, en particulier dans la mesure où il ne serait pas possible de contester l'avis de l'entité adjudicatrice. On devrait veiller à ce qu'il ne soit pas trop facile de choisir une procédure informelle par rapport à une procédure formelle.
13. M. LEVY (Canada) dit que, bien qu'il faille assurément être prudent, quelqu'un doit donner son avis sur la question de savoir s'"il est improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres débouche sur la conclusion d'un marché". La modification proposée par le Secrétariat indique clairement qu'il revient à l'entité adjudicatrice de formuler cet avis.
14. M. KOMAROV (Fédération de Russie) appuie également la proposition du Secrétariat, en ce sens notamment qu'il n'y a pas de risque que des pouvoirs démesurés soient de ce fait accordés à l'entité adjudicatrice. Dans le chapeau du paragraphe 1, il est prévu que l'entité adjudicatrice peut entreprendre des démarches sous réserve de l'approbation d'un organe compétent désigné par l'Etat considéré.
15. M. RAO (Inde) appuie également la proposition du Secrétariat.
16. Le PRÉSIDENT considère que la Commission accepte la proposition du Secrétariat.
17. *Il en est ainsi décidé.*
18. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) suggère de remplacer les mots "de ce fait, il serait impossible ou imprudent de recourir à la procédure d'appel d'offres" au paragraphe 2 a par un membre de phrase qui pourrait être libellé comme suit : "le recours à la procédure d'appel d'offres ne permettrait pas de livrer les biens ou d'exécuter les travaux en temps utile".
19. Le paragraphe 2 b paraît superflu en ce sens qu'un événement catastrophique n'est qu'un exemple d'une situation qui pourrait donner lieu à un besoin urgent. On pourrait peut-être aborder la question des événements catastrophiques dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type.
20. M. JAMES (Royaume-Uni) n'a pas d'objections à formuler sur la proposition faite par l'Observateur de la Banque interaméricaine de développement en ce qui concerne les mots "de ce fait, il serait impossible ou imprudent...". Toutefois, une modification du type de celle proposée devrait également être apportée à l'article 16.
21. A son avis, l'alinéa b du paragraphe 2 devrait être maintenu. Il y a, en effet, une différence de fond entre cet alinéa et l'alinéa a du même paragraphe qui renferme une disposition importante. L'alinéa b a été retenu car il a été admis qu'après un événement catastrophique il se pourrait qu'on ne dispose pas de suffisamment de temps pour trancher la question de savoir si les circonstances étaient prévisibles ou si elles résultent de manœuvres dilatoires. Par exemple, dans le cas des inondations catastrophiques qui affectent actuellement le Middle West, aux Etats-Unis, il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que les organismes publics engagent une procédure d'appel d'offres unique-ment parce qu'il n'y avait pas de mur de défense contre les crues dans une zone déterminée et qu'on aurait donc pu prévoir le risque de graves inondations.
22. M. TUVAYANOND (Thaïlande) propose que le mot "impossible" au paragraphe 2 a soit remplacé par le mot "impraticable".
23. M. LEVY (Canada) n'a pas d'objections à formuler sur la proposition faite par le représentant de la Thaïlande.
24. En ce qui concerne le paragraphe 2 b, qui a été inclus à la demande de la délégation canadienne, il pourrait arriver qu'un événement catastrophique soit prévisible mais que rien n'ait été fait pour le prévenir. Dans le cas des inondations survenues dans le Middle West, aux Etats-Unis, la population ne devrait pas être victime des conséquences d'une inondation parce qu'un mur de défense contre les crues n'a pas été construit dans une zone donnée. C'est pourquoi le paragraphe 2 b devrait être maintenu.
25. Si le mot "impossible" était remplacé par le mot "impraticable" au paragraphe 2 a, il faudrait apporter la même modification au paragraphe 2 b.
26. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) indique qu'il n'insistera pas sur sa proposition concernant le paragraphe 2 a. S'agissant du paragraphe 2 b, il précise qu'au regard du droit des assurances, les catastrophes sont imprévisibles.
27. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) appuie l'idée de remplacer le mot "impossible" par le mot "impraticable" et propose que les mots "ou imprudent" soient supprimés aux alinéas a et b du paragraphe 2. Il propose également qu'à l'alinéa b les mots "amount of" dans la version anglaise soient supprimés (sans objet en français).
28. En ce qui concerne le paragraphe 2 a, il ne paraît guère judicieux de faire une exception en cas de besoin urgent, si le besoin doit faire l'objet d'un "test de prévisibilité", dans la mesure en particulier où la notion de "prévisibilité" est très subjective. Il peut être nécessaire de plaider pendant des semaines pour établir si les circonstances qui sont à l'origine d'une urgence étaient ou non prévisibles. M. Griffith estime donc que les mots "n'aient pas pu être prévus par l'entité adjudicatrice ou qu'elles" soient supprimés.
29. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), appuyé par M. PARRA-PEREZ (Observateur du Venezuela), dit que, s'agissant du mot "impossible" au paragraphe 2 a, l'entité adjudicatrice pourrait manœuvrer de manière à ce qu'il soit en fait impossible d'engager une procédure d'appel d'offres. Bien qu'il soit disposé à accepter que le mot "impossible" soit remplacé par le mot "impraticable", il craint que l'entité adjudicatrice n'ait encore cette possibilité.
30. S'agissant du paragraphe 2 b, il ne pense pas que l'emploi du mot "impraticable" soit approprié.
31. M. TUVAYANOND (Thaïlande) estime que le membre de phrase "en raison des délais afférents à ces méthodes" au paragraphe 2 b donne plutôt une image négative de la procédure d'appel d'offres et il propose de le remplacer par les mots "en raison de limites de temps".
32. Un motif pour lequel il pense que le mot "impraticable" est préférable au mot "impossible" au paragraphe 2 b est que, bien qu'il puisse être possible d'engager une procédure d'appel d'offres, celle-ci pourrait prendre tellement de temps que les besoins des victimes de catastrophes resteraient insatisfaits.

33. M. LEVY (Canada), expliquant la raison d'être de la disposition énoncée au paragraphe 2 a, dit qu'une entité adjudicatrice sur le point, par exemple, d'engager des entrepreneurs pour construire une grande route dans le nord-est des Etats-Unis, où la construction de routes en hiver est impossible à cause de la rudesse du climat, pourrait s'abstenir de recourir à une procédure d'appel d'offres en attendant jusqu'à l'automne, puis faire valoir qu'elle n'a pas assez de temps pour engager une telle procédure, poussée par la nécessité d'entreprendre les travaux sur-le-champ.

34. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) propose que le mot "direct" soit ajouté après le mot "négociation" dans le chapeau du paragraphe 2.

35. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se félicitant de l'explication donnée par le représentant du Canada, dit qu'on devrait faire en sorte qu'il ne soit pas facile pour l'entité adjudicatrice d'engager des négociations avec appel à la concurrence ou d'utiliser la procédure de sollicitation d'une source unique.

36. S'agissant de la proposition faite par l'Observateur de l'Arabie saoudite, il dit qu'à son avis les mots "la négociation avec appel à la concurrence" renvoient à une expression technique et ne peuvent être qualifiés comme il est proposé.

37. M. PHUA (Singapour) fait observer qu'au paragraphe 1 de l'article 14 la procédure de passation de marchés par l'appel d'offres en deux étapes et la négociation avec appel à la concurrence est soumise à l'approbation d'un organe désigné par l'Etat considéré, alors qu'au paragraphe 2 la procédure de passation de marchés par la négociation avec appel à la concurrence n'est pas soumise à une telle approbation. Comment s'explique cette différence ?

38. M. LEVY (Canada) dit que, si sa mémoire est exacte, le Groupe de travail n'avait pas inclus la condition d'approbation au paragraphe 2, car cela aurait été incompatible avec la nécessité de prendre des décisions d'urgence.

39. M. PHUA (Singapour) demande si l'organe désigné par l'Etat considéré pourrait, pour des raisons qui lui sont propres, ordonner une négociation avec appel à la concurrence lorsque les biens ou les travaux n'ont pas un caractère d'urgence.

40. M. JAMES (Royaume-Uni), notant qu'à l'article 16 la procédure de sollicitation d'une source unique, dans le cas où les biens ou travaux doivent être acquis ou exécutés d'urgence, est soumise à l'approbation d'un organe désigné par l'Etat considéré, dit qu'à son avis le fait que le paragraphe 2 de l'article 14 ne prévoit pas de condition d'approbation est probablement dû à une omission de la part du Groupe de travail.

41. S'agissant de la deuxième question posée par le représentant de Singapour, il dit qu'un des points forts du projet de Loi type, est que la procédure de négociation avec appel à la concurrence ne doit pas être engagée simplement parce que l'entité adjudicatrice ou quelqu'autre organe trouve bon de choisir cette méthode de passation des marchés.

42. M. LEVY (Canada), s'associant au représentant du Royaume-Uni, dit qu'à la réflexion la condition d'approbation devrait figurer dans le paragraphe 2 également.

43. M. TUVAYANOND (Thaïlande) fait observer qu'il n'est nullement sûr que l'absence de la condition d'approbation au paragraphe 2 soit le fait d'une mission.

44. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit également qu'il ne pense pas que cette absence soit due à une omission. S'il est

vrai que la condition d'approbation est prévue à l'article 16, c'est parce que la procédure de sollicitation d'une source unique exclue la concurrence, alors qu'un des principaux objectifs du projet de Loi type est de l'encourager. En revanche, la négociation avec appel à la concurrence n'exclut pas cette dernière, de sorte qu'il n'est pas nécessaire que le paragraphe 2 de l'article 14 prévoit la condition d'approbation.

45. Le PRÉSIDENT dit qu'au paragraphe 2, comme ailleurs, la condition d'approbation sera placée entre parenthèses pour indiquer qu'elle est facultative.

46. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) fait remarquer que lorsque l'entité adjudicatrice a recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence, conformément au paragraphe 2, elle devrait intervenir auprès d'un certain nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs afin de s'assurer un prix équitable et la bonne exécution du contrat.

47. Le PRÉSIDENT dit qu'il sera possible d'examiner ce point au titre de l'article 33.

48. Il considère que la Commission entend adopter l'article 14 sous réserve de remplacer les expressions "il serait impossible ou imprudent" au paragraphe 2 a et "il est donc impossible ou imprudent" au paragraphe 2 b par les expressions "il serait impraticable" et "il est donc impraticable", respectivement, de supprimer les mots "amount of" au paragraphe 2 b dans la version anglaise et d'ajouter la condition d'approbation au début du paragraphe 2.

49. *Il en est ainsi décidé.*

Article 15

50. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) propose que soit donnée une définition du mot "prix" ("quotation" dans la version anglaise) à l'article 2.

51. M. HUNJA (Secrétariat) dit que, après un débat très approfondi, le Groupe de travail avait décidé de ne pas donner de définition des modalités appliquées.

52. M. AZZIMAN (Maroc) propose que dans le titre de l'article les mots "recours à" soient substitués aux mots "utilisation de" et que la même modification soit apportée au titre des articles 14 et 16.

53. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) fait observer que lorsqu'il existe un seuil monétaire au-dessus duquel la procédure d'appel d'offres public est exigée, les demandes de passation de marchés sont souvent artificiellement subdivisées pour éviter de devoir appliquer cette procédure. Il propose donc de faire de la règle énoncée au paragraphe 2 une règle générale.

54. M. NICOLAE-VASILE (Observateur de la Roumanie) propose que la disposition prévue au paragraphe 1, selon laquelle la valeur estimée du marché doit être inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés, soit assortie d'une référence aux règles internationales antidumping.

55. M. JAMES (Royaume-Uni), répondant à la proposition faite par l'Observateur de la Banque interaméricaine de développement, dit que l'article 15 est le seul article dans lequel l'autorisation d'adopter une méthode de passation des marchés autre que celle de l'appel d'offres public — à savoir une procédure de sollicitation de prix — se fonde sur la valeur estimée du marché. Dans d'autres articles, on ne s'appuie pas sur la valeur

estimée de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'établir une règle générale. Après un long débat consacré à d'autres méthodes de passation des marchés, le Groupe de travail a convenu qu'il n'était pas approprié de prévoir un seuil monétaire, sauf dans le cas d'une procédure de sollicitation de prix.

56. La question soulevée par l'Observateur de la Roumanie devrait être tranchée par les différents Etats ou examinée dans le cadre d'une organisation telle que le GATT plutôt que d'un organe comme la Commission.

57. Mme ZIMMERMAN (Canada) souscrit aux observations du représentant du Royaume-Uni.

58. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), appuyant les observations formulées par le représentant du Royaume-Uni en réponse à la proposition de l'Observateur de la Banque interaméricaine de développement, dit que les Etats qui fonderont leur législation sur la Loi type pourraient être priés dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de ladite Loi de ne pas fixer des seuils monétaires en-dessous desquels un appel d'offres public ne serait pas exigé ou, s'ils fixent de tels seuils, de le faire sous réserve que les contrats ne puissent être divisés arbitrairement.

59. M. TUVAYANOND (Thaïlande), souscrivant à la proposition formulée par le représentant des Etats-Unis d'Amérique, demande s'il serait permis en vertu de la Loi type de diviser des travaux entre plusieurs entrepreneurs dans le cas, par exemple, de grands projets de construction. Il demande également comment il serait possible d'établir que l'entité adjudicatrice a divisé les travaux de cette manière pour pouvoir invoquer le paragraphe 1 de l'article 15 plutôt que pour d'autres raisons.

60. Le PRÉSIDENT, en réponse à cette dernière question, dit que le projet de Loi type renferme des dispositions exigeant que les procédures et approbations concernant les passations de marchés soient consignées.

61. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) approuve la proposition faite par le représentant des Etats-Unis d'Amérique, suite à sa propre proposition.

62. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) dit qu'en principe un appel d'offres public devrait toujours être exigé et que les exceptions devraient être aussi peu nombreuses que possible. La Loi type devrait être bien claire sur ce point.

63. Le PRÉSIDENT, faisant observer que la proposition tendant à donner une définition du mot "prix" ("quotation" en anglais) ne semble pas susciter une adhésion générale, considère que la Commission souhaite que le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type renferme une demande concernant les seuils monétaires dans le sens indiqué par le représentant des Etats-Unis d'Amérique.

64. Il considère également que la Commission entend adopter l'article 15 en remplaçant dans le titre les mots "d'utilisation de" par les mots "de recours à".

65. *Il en est ainsi décidé.*

Article 16

66. Le PRÉSIDENT dit que, en l'absence d'objections, il considère que la Commission entend adopter le chapeau et le paragraphe *a* tels que présentés par le Groupe de travail dans l'annexe au document A/CN.9/371.

67. *Il en est ainsi décidé.*

68. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend substituer à l'alinéa *b* l'expression "il serait impraticable" à l'expression "il serait impossible ou imprudent" par souci de conformité avec le paragraphe 2 de l'article 14, et qu'elle souhaite adopter l'alinéa *b* avec cette modification.

69. *Il en est ainsi décidé.*

70. Le PRÉSIDENT considère qu'à l'alinéa *c* la Commission entend substituer l'expression "il est donc impraticable" à l'expression "il est donc impossible ou imprudent" et supprimer les mots "amount of" dans la version anglaise, et qu'elle tient à adopter l'alinéa *c* avec ces modifications.

71. *Il en est ainsi décidé.*

72. Le PRÉSIDENT dit que, en l'absence d'objections, il considère que la Commission entend adopter les alinéas *d*, *e*, *f* tels que présentés par le Groupe de travail dans l'annexe au document A/CN.9/371.

73. *Il en est ainsi décidé.*

74. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat), appelant l'attention de la Commission sur l'observation formulée par le Secrétariat dans le document A/CN.9/377 concernant l'alinéa *g*, fait observer que cet alinéa ne précise pas la nature de l'organe chargé de donner l'approbation à laquelle il est fait référence.

75. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'il est possible de déduire que l'approbation peut être donnée par l'organe désigné par l'Etat dans le chapeau de l'article 16. Toutefois, comme la nature de l'approbation en question est différente des autres approbations — qui sont facultatives — il faudrait peut-être désigner un organe différent.

76. M. TUVAYANOND (Thaïlande) propose que le mot "par", suivi d'un blanc, soit ajouté après le mot "approbation".

77. M. JAMES (Royaume-Uni) appuie cette proposition.

78. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) dit que la question relative à l'organe désigné pour donner l'approbation devrait être abordée soit dans le cadre de l'alinéa *g* soit dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type.

79. M. GRUSSMANN (Autriche) propose que le mot "approbation" soit remplacé par une formule du type "autorisation du gouvernement" afin de bien préciser que l'approbation vise une situation particulière.

80. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type devrait préciser que l'approbation obligatoire mentionnée à l'alinéa *g* ne fait pas nécessairement double emploi dans la mesure où l'approbation prévue dans le chapeau de l'article 16 est facultative.

81. M. LEVY (Canada) dit que ce problème de double emploi pourrait être résolu en adoptant la proposition faite par le représentant de la Thaïlande et en expliquant dans le Guide que l'organe qui délivre l'approbation prévue dans le chapeau de l'article 16 n'est pas censé également délivrer l'autorisation prévue à l'alinéa *g*.

82. Mme CRISTEA (Observatrice de la Roumanie) demande si l'alinéa *g* s'applique à la fois aux fournisseurs et entrepreneurs internationaux et nationaux et comment, en cas de recours à une procédure de sollicitation d'une source unique conformément à

l'alinéa g, les gouvernements pourraient être amenés à tenir compte des observations formulées consécutivement à la publication envisagée.

83. Le PRÉSIDENT fait observer que ces questions pourraient être abordées de préférence lorsque la Commission examinera le Guide.

84. M. BONELL (Italie) ne comprend pas bien la nature de la relation existant entre l'approbation prévue à l'alinéa g et l'approbation prévue dans le chapeau de l'article 16. En outre, la signification du mot "publication" et de l'expression "les intéressés ont eu l'occasion de formuler des observations" n'est pas évidente.

La séance est levée à 12 h 35.

Compte rendu analytique de la 501^e séance

Jeudi 8 juillet 1993, 14 heures

[A/CN.9/SR.501]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 14 h 5.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/373, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377; A/CN.9/XXVI/CRP.2 et 3)

Examen du projet de Loi type sur la passation des marchés (*suite*)

Article 16 (suite)

1. M. HUNJA (Secrétariat), se référant à une des observations faite par le représentant de l'Italie à propos du paragraphe g à la fin de la séance précédente, dit que le projet de Loi type vise uniquement à fournir un cadre au législateur; le Groupe de travail n'avait pas l'intention d'établir des règles détaillées sur la façon de passer des marchés. La réglementation des marchés des Etats qui adopteront la Loi type devrait préciser les implications pratiques de termes tels que "après publication et après que les intéressés ont eu l'occasion de formuler des observations".

2. M. JAMES (Royaume-Uni) ne voit pas d'inconvénient à ce que l'Etat adoptant la Loi type juge que l'autorité qui donne l'approbation prévue dans le chapeau de l'article 16 doit être la même que l'autorité qui l'accorde en application du paragraphe g. Toutefois, certains Etats peuvent exiger que l'approbation prévue au paragraphe g soit donnée par une autorité supérieure. Il faudrait expliquer clairement dans le Guide l'importance de cette approbation sans laquelle existerait une faille très pratique pour l'entité adjudicatrice.

3. A cet égard, M. James se demande s'il ne serait pas bon d'imposer à l'entité adjudicatrice l'obligation de tenir compte de toutes observations reçues à la suite d'une publication.

4. Lorsqu'elle examinera le paragraphe 4 c iii de l'article 29, la Commission devra avoir à l'esprit le paragraphe g de l'article 16.

5. M. BONELL (Italie) dit que, dans le système juridique italien, une expression telle que "l'occasion de formuler des observations" ne veut rien dire et se demande si la "publication" envisagée est une mesure suffisante pour faire savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers potentiels qu'une procédure de passation des marchés est imminente.

6. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) propose de diviser l'article 16 en deux parties, la première traitant des questions examinées au paragraphe a à f et la seconde portant sur le sujet que la Commission cherche à traiter au paragraphe g. Le libellé de la deuxième partie pourrait être rédigé dans les termes suivants : "S'il est impossible de promouvoir une politique visée à l'article 29-4 c iii en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur, l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique conformément à l'article 27 à condition d'obtenir l'approbation (d'"une haute autorité publique") après publication et après que les intéressés ont eu l'occasion de formuler des observations". L'importance accordée à l'approbation d'une "haute autorité publique" pourrait être soulignée dans une note de bas de page ou dans un commentaire.

7. M. LEVY (Canada) appuie la proposition de l'observateur de l'Australie.

8. Le PRÉSIDENT suggère que la Commission adopte la proposition de l'observateur de l'Australie.

9. *Il en est ainsi décidé.*

Article 9 (suite)

10. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de l'article 9 et attire son attention sur les propositions figurant dans les documents A/CN.9/XXVI/CRP.2 et CRP.3.

11. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), présentant les propositions figurant dans le document A/CN.9/XXVI/CRP.2, dit que sa délégation est disposée à accepter le libellé actuel de l'article 9 à condition que le Secrétariat y apporte des modifications de forme. Il est important de permettre aux entités adjudicatrices de recourir à l'échange de données informatisées au fur et à mesure que cette technique se développe. M. Wallace est néanmoins parfaitement conscient du fait que certaines entités adjudicatrices éprouveront des difficultés à obtenir, par le biais de communications informatisées, le même résultat que par la soumission d'offres par écrit dans une enveloppe scellée. La situation est plus simple lorsque les parties se connaissent mais les marchés

publics doivent, comme il est envisagé dans la Loi type, être ouverts, de sorte qu'en général toutes les parties ne se connaîtront pas.

12. Le représentant des Etats-Unis estime, comme il l'avait déjà déclaré à la 498^e séance de la Commission, que cette dernière devrait demander au Secrétariat d'établir une note sur le recours à l'EDI dans le cadre de la passation de marchés.

13. M. BONELL (Italie) pense qu'il est encore trop tôt pour que la Commission se prononce pour ou contre le recours à l'EDI dans la passation de marchés.

14. Mme ZIMMERMAN (Canada), présentant les propositions publiées sous la cote A/CN.9/XXVI/CRP.3, déclare qu'en ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 9 le Canada est parti du principe que le libellé actuel permettait le recours à l'EDI. L'amendement proposé n'implique pas que l'EDI pourra être utilisé par les Etats dans un avenir proche; l'intention est simplement de prévoir ce moyen de communication dans le domaine de la passation de marchés.

15. S'agissant de l'idée de faire établir par le Secrétariat une note sur l'EDI dans le cadre de la passation de marchés, Mme Zimmerman estime que les questions qui seraient traitées dans un tel document le sont déjà par le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, qui a récemment publié un rapport sur sa vingt-cinquième session (document A/CN.9/373).

16. Selon une opinion, la Loi type porte sur des procédures impliquant un support papier, ce qui exclut le recours à l'EDI. Le Groupe de travail, cependant, examine les conditions qui doivent être imposées pour que la passation de marchés par l'EDI respecte les mêmes normes qu'un mécanisme sur support papier. La modification du paragraphe 5 de l'article 25 proposée par la délégation canadienne a pour objectif de permettre aux Etats et aux entités adjudicatrices de recourir à l'EDI, une fois que cette méthode aura satisfait à ces conditions.

17. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que le mieux serait que la Commission attende les recommandations du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées et adapte la Loi type en conséquence. Toutefois, puisqu'elle souhaite conclure ses travaux sur la Loi type à la présente session, elle devrait examiner soigneusement les propositions des Etats-Unis et du Canada, qui présentent un grand intérêt.

18. M. James suggère de modifier la proposition du Canada concernant le paragraphe 5 de l'article 25 comme suit : "Une offre peut être soumise par écrit, dans une enveloppe scellée, ou par tout autre moyen qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité".

19. M. James propose aussi d'insérer à l'article premier du paragraphe 9 le mot "et de façon permanente" après les mots "que leur contenu est dûment consigné".

20. M. ANDERSEN (Danemark) appuie la proposition du Canada relative au paragraphe 1 de l'article 9 mais craint, en ce qui concerne la proposition portant sur le paragraphe 5 de l'article 25, que de nombreux pays ne disposent pas des moyens techniques leur permettant de recevoir et de traiter des données informatisées.

21. M. FRIES (Etats-Unis d'Amérique), notant que le recours à l'EDI pose des problèmes juridiques liés au fait que les moyens techniques dont disposent les Etats varient considérablement, dit que l'objectif primordial devrait être de veiller à ce que la procédure de passation de marchés demeure ouverte à tous. La Loi type doit être rédigée en des termes neutres, mais encourager le déve-

loppement de l'EDI et de techniques analogues. Une étude du Secrétariat sur l'application de l'EDI à la passation des marchés, associée aux conclusions du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, pourrait constituer le début d'une solution aux problèmes qui viennent d'être évoqués.

22. M. BONELL (Italie) dit que le Groupe de travail n'est même pas encore parvenu à trouver une définition satisfaisante des termes "échange de données informatisées" et que l'utilisation de cette technique pour la passation de marchés pose de nombreux problèmes.

23. Il faut notamment s'assurer qu'une offre soumise par voie électronique ne peut être "ouverte" par l'entité adjudicatrice avant la date convenue. Tant que cette difficulté majeure et diverses autres ne seront pas surmontées, l'EDI ne pourra pas être considérée comme un équivalent fonctionnel de l'écrit.

24. M. PHUA (Singapour) déclare que les propositions dont est saisie la Commission permettraient le recours à l'EDI pour la passation des marchés. Il appelle cependant à la prudence en ce qui concerne la suggestion du représentant du Royaume-Uni de modifier la proposition du Canada relative au paragraphe 5 de l'article 25 en ajoutant une référence à l'"authenticité" : d'après son rapport sur les travaux de sa vingt-cinquième session, le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées n'est pas parvenu à un accord sur la signification du terme "authentification".

25. M. LEVY (Canada) est plutôt d'accord avec le représentant du Royaume-Uni concernant l'inclusion au paragraphe 5 de l'article 25 d'une référence à l'"authenticité" mais, comme il vient d'être indiqué, le Groupe de travail n'a pas encore défini la notion d'"authentification". M. Levy pense donc qu'il faudrait accepter provisoirement les modifications proposées par le représentant du Royaume-Uni sous réserve de tout avis que pourrait donner le Secrétariat sur la question de l'authentification.

26. En ce qui concerne l'insertion des mots "et de façon permanente" au paragraphe 1 de l'article 9, il convient de réfléchir à leur signification dans le contexte de la passation de marchés.

27. S'agissant de la difficulté qu'il y a à garantir qu'une offre soumise par voie électronique ne sera pas "ouverte" avant la date convenue, M. Levy croit comprendre que les programmes informatiques peuvent comporter un système de contrôle temporel empêchant une "ouverture" prématurée. Toutefois, de plus amples informations et avis sont nécessaires sur ce point.

28. M. SORIEUL (Secrétariat) dit que le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, qui s'efforce de définir des équivalents fonctionnels notamment des documents écrits et des signatures dans le domaine de l'EDI a examiné la question de l'authentification (par exemple la certification d'un document par huissier ou authentification de la source d'un message), mais ne s'est pas encore penché sur celle des équivalents fonctionnels d'une enveloppe scellée. Aux fins de la Loi type, il serait suffisant, pense-t-il, d'exiger le même degré d'authenticité que celui que donne une enveloppe scellée dans le cas de documents écrits.

29. S'agissant des termes "de façon permanente", le Groupe de travail tend à parler désormais de contenu "durable" allant en ceci dans le sens de la législation de certains pays.

30. En ce qui concerne le dernier point soulevé par le représentant du Canada, l'équivalent en informatique de l'enveloppe scellée existe effectivement mais n'est pas encore largement utilisé.

31. Pour ce qui est de l'idée de faire établir par le Secrétariat une note sur l'EDI dans le domaine de la passation des marchés,

les questions qui se posent sur le plan juridique ne sont pas fondamentalement différentes de celles que l'on rencontre dans d'autres domaines. Les questions techniques, par contre, sont assez différentes et le Secrétariat et la Commission n'auront probablement pas la compétence voulue pour démontrer la viabilité technique de l'EDI aux fins de la Loi type.

32. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'il est disposé à accepter, pour le moment, les propositions des représentants du Canada et du Royaume-Uni concernant l'article 25 e, bien qu'il ne comprenne pas pourquoi elles ne contiennent pas — contrairement aux propositions formulées par les Etats-Unis d'Amérique dans le document A/CN.9/XXVI/CRP.2 — de référence explicite à l'EDI. Un des objectifs des propositions des Etats-Unis est bien de montrer aux gouvernements qu'ils doivent traiter la question de l'EDI avant de publier une réglementation des marchés. En outre, le libellé modifié que propose le représentant du Royaume-Uni semble imposer la soumission d'offres par voie électronique même lorsqu'elle n'est pas souhaitée.

33. En ce qui concerne la note que pourrait établir le Secrétariat sur l'EDI dans le domaine de la passation de marchés, elle n'a pas à être longue et peut être basée sur les délibérations du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées.

34. M. SOLIMAN (Egypte) déclare préférer le libellé original de l'article 9-1.

35. M. MORAN BOVIO (Espagne) dit que, comme vient de l'indiquer le représentant des Etats-Unis, un des avantages de la proposition de son pays est qu'elle précise bien ce que doit faire le législateur; elle met en lumière les problèmes potentiels sans proposer de solutions et l'insérer au début de la Loi type permettrait d'attirer l'attention sur elle. L'Espagne est donc favorable à cette proposition mais serait disposée, si elle est retirée, à accepter celle du Canada.

36. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que pour lui la question de l'authenticité est aussi importante que celle de la confidentialité et il ne voudrait donc pas que l'on supprime le mot "authenticité".

37. S'agissant de la question de la permanence, M. James comprend l'argument du représentant du Canada, et accepterait volontiers le mot "durablement".

38. Le représentant du Royaume-Uni espère que le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées a réfléchi aux problèmes liés à l'ouverture des offres (sujet de l'article 28) lorsque certaines sont soumises par écrit et d'autres par voie électronique.

39. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'un des points soulevés pendant le débat n'a pas encore été éclairci, à savoir : une entité adjudicatrice doit-elle être tenue d'accepter une offre faite par voie électronique ? Selon lui, elle n'a pas à le faire et il propose donc d'ajouter, dans la proposition du Canada telle que modifiée par le représentant du Royaume-Uni, les mots "spécifié par l'entité adjudicatrice" après le mot "moyen".

40. S'agissant de la consignation "permanente" du contenu, M. Griffith estime que le paragraphe 1 de l'article 9 prévoit déjà le degré voulu de permanence.

41. M. ANDERSEN (Danemark) et M. RAO (Inde) appuient le libellé proposé par l'observateur de l'Australie.

42. M. JAMES (Royaume-Uni) craint que la proposition de l'observateur de l'Australie n'aboutisse à une situation dans laquelle une entité adjudicatrice pourrait exclure des fournisseurs ou des entrepreneurs potentiels ne pouvant avoir recours à l'EDI.

L'entité adjudicatrice devrait pouvoir éliminer les offres soumises par voie électronique mais non les offres présentées sur papier.

43. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que le groupe de rédaction pourrait clarifier cette question par une référence à l'article 9.

44. M. LEVY (Canada) estime que les mots que souhaite ajouter l'observateur de l'Australie ne remettent pas en question le droit des fournisseurs de soumettre des offres par écrit.

45. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que la proposition du Canada, telle que modifiée par le représentant du Royaume-Uni et l'observateur de l'Australie, est intéressante mais laisse certaines questions en suspens.

46. Il n'y a encore aucune disposition générale habilitante concernant l'EDI, qui est mentionnée dans le Guide mais non dans le projet de Loi type lui-même, où il n'y est fait que vaguement référence à l'article 9. M. Wallace juge qu'il serait utile d'attirer l'attention du législateur sur cette question de façon plus explicite, à l'article 9 si nécessaire.

47. Dans le cadre de ses futurs travaux, et peut-être en ce qui concerne les marchés de services, la Commission pourrait peut-être demander au Secrétariat d'établir une note de 10 à 12 pages sur les textes législatifs habilitant en matière d'EDI à l'intention des pays développés, des pays en développement et des pays dont l'économie est en transition.

48. Le PRÉSIDENT croit comprendre que, pour le moment, la Commission souhaite que la première phrase du paragraphe 5 de l'article 25 se lise comme suit : "une offre est soumise soit par écrit dans une enveloppe unique scellée ou par tout autre moyen, spécifié par l'entité adjudicatrice, qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité". Lorsque la Commission reviendra au paragraphe 5 de l'article 25, elle examinera la proposition du Secrétariat figurant dans le document A/CN.9/377.

49. *Il en est ainsi décidé.*

50. Le PRÉSIDENT propose que, compte tenu de cette décision, la Commission apporte une modification au paragraphe 1 de l'article 9.

51. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit qu'en supprimant les mots "d'autres dispositions de la présente Loi ou" au paragraphe 1 de l'article 9, on pourrait donner l'impression que l'entité adjudicatrice peut choisir de n'accepter qu'une seule forme de communication, ce qui serait contraire à l'esprit du paragraphe 5 de l'article 25 tel qu'il vient d'être adopté et pourrait faire naître des doutes quant à l'importance primordiale du paragraphe 3 de l'article 9. En outre, la suppression de ces mots soulèverait la question de la cohérence de la Loi type.

52. M. LEVY (Canada) estime que les mots "d'autres dispositions de la présente Loi ou" sont superflus. En outre, le libellé actuel du paragraphe 1 de l'article 9 semble indiquer qu'une condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice peut l'emporter sur la Loi. A son avis, la question de la cohérence est moins importante.

53. M. PHUA (Singapour) demande, à propos du titre de l'article 9 ("Forme des communications"), si l'on présuppose que la forme envisagée dans la Loi type sera compatible avec la forme qui pourra être demandée dans les textes législatifs d'un Etat adoptant la Loi.

54. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que le but de l'article 9-1 est d'autoriser des communications sous toute forme qui permette d'en consigner le contenu, sous réserve d'autres dispositions de la Loi type ou de toute condition de forme spécifiée par l'entité

adjudicatrice. Les communications peuvent toujours se faire par écrit, l'entité adjudicatrice étant autorisée à imposer des conditions concernant d'autres formes mais non à refuser des communications par écrit. M. James est arrivé à la conclusion que l'article 25-5, tel qu'adopté, va dans ce sens.

55. M. LEVY (Canada) dit que, s'il n'y a pas d'objection, le texte pourrait être transmis au groupe de rédaction.

56. *Il en est ainsi décidé.*

57. M. TUVAYANOND (Thaïlande) pense qu'il serait utile de consigner les observations du représentant du Royaume-Uni dans le Guide.

58. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), attirant l'attention sur l'observation formulée par le Secrétariat dans le document A/CN.9/377 à propos de l'article 25-5, à savoir qu' : "On pourrait envisager d'ajouter une condition selon laquelle les offres doivent être signées ou authentifiées de toute manière", demande si la Commission examinera cette question.

59. Le PRÉSIDENT répond qu'elle le fera.

Article 17

60. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) attire l'attention de la Commission sur une erreur typographique dans la liste des articles où il convient de remplacer "article 11-2" par "article 18-2".

61. Mme ZIMMERMAN (Canada) attire l'attention sur la proposition du Canada figurant dans le document A/CN.9/376/Add.1 qui vise à remplacer les mots "du faible montant ou de la valeur peu élevée" par "de la faible quantité ou de la valeur monétaire peu élevée".

62. M. MORAN BOVIO (Espagne) dit que la présentation de l'article 17 dans la version espagnole du document A/CN.9/371 devrait être alignée sur celle de la version anglaise.

63. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite approuver l'article 17 compte tenu de l'amendement proposé par le Canada, qui pourrait être encore examiné par le groupe de rédaction.

64. *Il en est ainsi décidé.*

Article 18

65. M. PHUA (Singapour) dit que le projet de Guide (document A/CN.9/375) semble présupposer que la publication des invita-

tions à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection se fait sur des supports uniquement papier. Qu'en est-il du recours à l'EDI à cet égard ?

66. Le PRÉSIDENT dit que le Secrétaire a pris note de la question.

67. *Le paragraphe 1 est approuvé.*

68. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant à l'observation du Gouvernement canadien sur le paragraphe 2 de l'article 18, qui figure dans le document A/CN.9/376/Add.1, dit que ce paragraphe illustre la nécessité d'une étude de toutes les incidences du recours à l'EDI dans la passation de marchés.

69. M. PARRA-PEREZ (Observateur du Venezuela) dit que l'obligation énoncée à l'article 18-1 à savoir que l'invitation à soumettre une offre ou l'invitation à présenter une demande de présélection doit être publiée "dans une langue d'usage courant dans le commerce international" et "dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de diffusion internationale" pourrait entraîner des coûts disproportionnés pour de nombreux pays, en particulier dans le cas de petits contrats. Ne serait-il pas suffisant alors de publier l'invitation dans, par exemple, un journal national connu internationalement ?

70. Le PRÉSIDENT dit que l'alinéa b de l'article 17 semble couvrir le point soulevé par l'observateur du Venezuela.

71. M. TUVAYANOND (Thaïlande) prévoit des difficultés dans son pays si les invitations à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection doivent, en vertu de la législation nationale, être publiées dans des journaux, des publications commerciales ou des revues techniques de large diffusion internationale. En Thaïlande, les ressortissants d'autres pays peuvent consulter les avis publics par le biais de leurs ambassades et les entreprises étrangères qui souhaitent fournir des biens ou des services à l'Administration thaïlandaise doivent simplement demeurer vigilants. Compte tenu de cette pratique, toute tentative d'exiger de l'Administration thaïlandaise qu'elle dépense des sommes d'argent considérables pour faciliter l'accès d'étrangers aux procédures de passation de marchés en Thaïlande serait mal perçue par les parlementaires.

72. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), note que l'expression "ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de diffusion internationale" ne figure pas dans la version espagnole de l'article 18-2 et approuve les observations faites par le représentant de la Thaïlande.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 502^e séance

Vendredi 9 juillet 1993, 9 h 30

[A/CN.9/SR.502]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 9 h 40.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377, A/CN.9/378/Add.1)

Projet de Loi type sur la passation des marchés (*suite*)Article 18 (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT, rappelant la question soulevée à la fin de la séance précédente par l'observateur du Venezuela et sa propre réponse, dit que l'article 18-2 a pour objet de promouvoir la transparence et de favoriser la concurrence et qui à son avis il devrait être maintenu sans changement.
2. A cet égard, il rappelle que, dans le projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type (document A/CN.9/375), le Secrétariat a signalé l'édition commerciale du *Forum du développement* (que publie le Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies et l'Université des Nations Unies) comme moyen possible de publication.
3. M. ANDERSEN (Danemark) estime que, si l'on veut faire respecter le principe de la non-discrimination en matière de nationalité, il convient de maintenir sans changement l'article 18-2 afin que les fournisseurs et les entrepreneurs puissent avoir accès aux informations nécessaires.
4. M. JAMES (Royaume-Uni), approuvant le Président et le représentant du Danemark, dit qu'à son avis il est tenu compte à l'article 17 des préoccupations exprimées par l'observateur du Venezuela lorsqu'il fait valoir que les appels d'offres concernant les petits contrats ne devraient pas s'accompagner de dépenses excessives.
5. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), appuyant cette opinion, considère qu'il est important que l'entité adjudicatrice s'abstienne d'adopter une approche nationaliste étroite et garde présente à l'esprit l'obligation qu'elle a envers le contribuable de faire en sorte que la concurrence joue le plus efficacement possible.
6. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que la question à l'étude — qu'il a lui-même initialement soulevée — n'est pas la discrimination fondée sur la nationalité.
7. A son avis, l'émission à l'échelle du pays d'une invitation à soumettre une offre dans une langue d'usage courant dans le commerce international devrait suffire. La plupart des pays sont représentés à l'étranger par des ambassades ou des consulats qui ont accès aux revues et aux journaux nationaux des pays dans lesquels ils se trouvent, et qui devraient être attentifs à toutes les possibilités de conclure un marché — par exemple dans le domaine de la construction de routes ou de voies ferrées — susceptibles de se présenter.
8. Il trouve lui-même qu'il serait difficile de persuader son gouvernement de se préoccuper de publier une invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection dans des revues ou journaux internationaux. La question n'est pas de se demander si une telle démarche est coûteuse mais de savoir si elle est nécessaire.
9. M. AZZIMAN (Maroc) partage cette opinion. L'entité adjudicatrice devrait avoir le choix d'utiliser les services de la presse nationale et de ne recourir à des publications internationales que si la situation s'y prête.
10. Il se demande si le système envisagé ne risque pas, indirectement, d'avoir pour effet de défavoriser les entreprises nationales qui, n'ayant pas accès aux publications internationales, ne recevraient pas les informations voulues en temps utile.
11. M. ANDERSEN (Danemark) dit que, outre les grandes entreprises qui font des soumissions pour de vastes projets, il faut aussi penser aux petites sociétés qui fabriquent divers articles d'une haute technicité et très spécialisés, demandés dans le monde entier. On ne peut raisonnablement s'attendre à ce que ces sociétés — pas plus d'ailleurs que les gouvernements des pays où elles sont implantées — suivent la demande dont leurs produits font l'objet si les entités adjudicatrices n'ont pas recours aux journaux et revues de diffusion internationale.
12. Il faut établir un équilibre judicieux entre la charge imposée à l'entité adjudicatrice et celle que doit supporter le soumissionnaire, et il estime que le projet de Loi type représente à cet égard un juste milieu.
13. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) fait siennes les opinions exprimées par le représentant du Danemark.
14. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) dit qu'à son avis la responsabilité de diffuser des informations devrait incomber au fournisseur ou à l'entrepreneur potentiel et non à l'entité adjudicatrice.
15. M. TUVAYANOND (Thaïlande) partage cette opinion. Son gouvernement a dû engager des dépenses qu'il pouvait difficilement se permettre pour envoyer dans d'autres pays des représentants chargés de trouver des fournisseurs et des entrepreneurs à même de répondre à ses besoins. Les hommes d'affaires devraient s'efforcer de déterminer le volume de la demande dont leurs produits font l'objet en s'adressant à leurs ambassades et à leurs consulats qui ont facilement accès aux informations nécessaires.
16. Il propose que les mots "de diffusion internationale" soient supprimés dans l'ensemble de l'article 18-2.
17. M. MORAN BOVIO (Espagne) fait observer que les hommes d'affaires, lorsqu'ils ont connaissance d'une invitation à soumettre une offre, devraient également s'adresser aux ambassades et aux consulats représentant le pays de l'entité adjudicatrice qui a émis l'invitation.
18. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), notant qu'un gouvernement a toujours le choix de passer un marché localement,

ajoute que, si dans tel ou tel pays, comme en Thaïlande, l'organe législatif ne tient pas à adopter l'article 18-2, il en a la liberté. Le rapport de la Commission devrait mentionner le fait que certains gouvernements ne tiennent pas à adopter l'article 18-2.

19. M. PARRA-PEREZ (Observateur du Venezuela) dit que dans de nombreux pays en développement, afin d'empêcher la corruption, de grands efforts sont faits pour modifier les conditions dans lesquelles sont passés les contrats administratifs. Il arrive maintenant, même dans le cadre de très petits projets, qu'un appel d'offres international soit exigé par la loi. Toutefois, les frais qu'impliquerait l'application de l'article 18-2 pourraient nuire à ces efforts.

20. M. JAMES (Royaume-Uni), répondant à une des questions évoquées par le représentant de la Thaïlande, dit qu'aucun pays n'a des ambassades ou des consulats dans tous les autres pays. En tout état de cause, la principale fonction des représentants commerciaux dans les missions diplomatiques et consulaires n'est pas de diffuser des informations sur la passation des marchés publics mais d'apporter une aide et de donner des conseils aux entreprises qui ont entamé des négociations. En outre, l'émission d'invitations à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection dans des revues ou journaux internationaux permet d'obtenir des réponses plus intéressantes.

21. M. HAINZL (Autriche) estime que, compte tenu de l'importance de la passation des marchés internationaux dans la promotion du commerce international, objectif mentionné au paragraphe *b* du préambule, l'article 18-2 devrait être maintenu sans changement.

22. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit que, si au paragraphe *b* du préambule il est bien question de "promouvoir ainsi le commerce international", le paragraphe *a* du préambule stipule que l'objectif est de "faciliter au maximum l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés". A son avis, il devrait appartenir à l'entité adjudicatrice de décider de la méthode la plus économique et la plus efficace de passer un marché, et donc de l'opportunité d'appliquer l'article 18-2.

23. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) propose que la Loi type fasse référence à l'édition commerciale du *Forum du développement*. Si cette dernière devient le moyen reconnu de publier des invitations à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection, les coûts de publication seront réduits au minimum. Si une telle référence est jugée excessive, on pourrait peut-être, dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, mentionner de façon plus positive le recours à cet ouvrage.

24. Le PRÉSIDENT a le sentiment qu'un consensus se dégage au sein de la Commission pour maintenir l'article 18-2 sans changement. On a suffisamment expliqué que les Etats, y compris les pays en développement, obtiendraient des offres plus compétitives en donnant une large publicité, dans les publications internationales, à leurs invitations à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection. Par ailleurs, le Guide pourrait signaler les avantages qu'offre le recours à l'édition commerciale du *Forum du développement*.

25. En l'absence d'objections, il considère que la Commission entend adopter l'article 18-2 tel qu'il est présenté par le Groupe de travail dans l'annexe au document A/CN.9/371.

26. *Il en est ainsi décidé.*

27. Le PRÉSIDENT, invitant la Commission à examiner l'article 18-3 qui a trait aux procédures applicables aux sollicitations des offres ou aux demandes de présélection dans un cadre

restreint (procédures dénommées "appels d'offres restreints"), fait observer que l'article 18-3 prévoit trois garanties : le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs sélectionnés doit être suffisant; les motifs et les circonstances du recours à cette procédure restreinte doivent être consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché; cette procédure doit être approuvée.

28. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) fait observer que l'article 18-3 propose une méthode de passation des marchés qui, tout en faisant exception à la règle générale, est couramment appliquée en Amérique latine. A son avis, il devrait donc être transféré au chapitre II.

29. Par ailleurs, il estime que les raisons justifiant l'application de cette méthode ("des raisons d'économie et d'efficacité") peuvent faire l'objet d'interprétations abusives. Il faudrait retenir une formule moins large et moins vague.

30. M. UEMURA (Japon), notant que l'article 18-3 précise que l'entité adjudicatrice n'envoie "des invitations à soumettre une offre ou ... des invitations à présenter une demande de présélection qu'à des fournisseurs et des entrepreneurs sélectionnés par elle", suggère que, par souci de transparence, l'entité adjudicatrice soit tenue d'annoncer préalablement et publiquement qu'elle entend envoyer des invitations à certains fournisseurs et entrepreneurs. Cela serait conforme au paragraphe 4 de l'article 5 de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics.

31. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) partage l'avis de l'observateur de la Banque interaméricaine de développement, selon lequel l'article 18-3 devrait être transféré au chapitre II.

32. S'agissant de la transparence, il n'est pas sûr que la diffusion préalable d'une annonce publique, comme l'envisage le représentant du Japon, soit adaptée à l'appel d'offres restreint. En revanche, il pense que pour minimiser les possibilités d'abus, il serait très souhaitable de publier, ultérieurement, des informations sur la procédure suivie.

33. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) est d'avis, comme l'observateur de la Banque interaméricaine de développement que la formule "des raisons d'économie et d'efficacité" est trop faible. Il propose d'insérer l'expression "des circonstances exceptionnelles et particulières" et, comme cela avait été décidé lors de la séance précédente au sujet de l'article 16, de mentionner la nécessité d'obtenir l'approbation d'une haute autorité publique.

34. M. AZZIMAN (Maroc), approuvant le transfert de l'article 18-3 au chapitre II, propose que l'entité adjudicatrice soit tenue, d'une part, d'indiquer à l'avance ses critères de sélection des fournisseurs ou entrepreneurs qui seront invités à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection et, d'autre part, une fois le contrat attribué, de consigner les raisons qui l'ont conduite à choisir tel fournisseur ou tel entrepreneur.

35. M. TUVAYANOND (Thaïlande) fait observer que le chapitre II serait un cadre plus approprié pour l'article 18-3 et que la proposition formulée par l'observateur de l'Australie est une proposition utile. Par ailleurs, il serait bon de mettre à la disposition du public le procès-verbal de la procédure exceptionnelle prévue à l'article 18-3.

36. M. PARRA-PEREZ (Observateur du Venezuela) signale que dans certains pays où la procédure de l'appel d'offres restreint est appliquée, il n'est pas possible de contester le choix de l'entité adjudicatrice concernant les fournisseurs ou les entrepreneurs invités à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection, car il n'existe aucune disposition prévoyant l'annulation de ce choix. Il est donc nécessaire d'être très précis quant aux conditions dans lesquelles la procédure de l'appel d'offres restreint peut être autorisée.

37. M. HUNJA (Secrétariat) dit que, avant de décider de transférer l'article 18-3 au chapitre II, la Commission devrait être consciente du fait que ce transfert reviendrait en réalité à ajouter une nouvelle méthode de passation des marchés à celles déjà mentionnées dans ce chapitre.

38. S'agissant de l'opinion selon laquelle la formule "pour des raisons d'économie et d'efficacité" est trop faible, il fait observer que, dans un projet antérieur de la Loi type, le Secrétariat avait proposé (à la page 17 de la version française du document A/CN.9/WG.V/WP.28) un libellé qui énonçait de façon détaillée les circonstances dans lesquelles on pouvait recourir à un appel d'offres restreint. Toutefois, le Groupe de travail a estimé que le libellé proposé était trop détaillé et il a décidé d'adopter la formule qui est maintenant à l'étude. Une clarification des circonstances dans lesquelles l'entité adjudicatrice serait autorisée à recourir à la procédure d'appel d'offres restreint pourrait être utile si la Commission estimait que la présente formule risque de donner lieu à des interprétations abusives. Cependant, elle devrait peut-être tout d'abord consulter les documents A/CN.9/WG.V/WP.28 et A/CN.9/343 afin de s'enquérir de la position du Groupe de travail sur ce point.

39. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que les mots "d'économie et d'efficacité" renvoient aux mots "l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés" au paragraphe *a* du préambule. Si ces mots étaient maintenus, il conviendrait peut-être d'ajouter l'expression "dans la passation des marchés".

40. S'agissant de la proposition faite par l'observateur de l'Australie, il propose que la référence à "des circonstances exceptionnelles et particulières" soit également ajoutée de manière à ce que le membre de phrase soit libellé comme suit : "... si, dans des circonstances exceptionnelles et particulières, cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés". Quant au fait de mentionner la nécessité d'obtenir l'approbation d'une haute autorité publique, il se demande si la procédure d'appel d'offres restreint est une méthode de passation des marchés à ce point indésirable qu'une telle approbation soit nécessaire.

41. Il ne pense pas que l'article 18-3 devrait être transféré au chapitre II. On pourrait peut-être trancher la question soulevée par l'observateur de la Banque interaméricaine de développement en soulignant dans le Guide que l'article 18-3 prévoit une procédure qui est moins souhaitable que l'appel d'offres ouvert mais qui peut convenir dans certains cas.

42. M. MORAN BOVIO (Espagne) suggère que les diverses propositions formulées pendant le débat soient énoncées clairement dans un document de séance comme point de départ à un nouvel échange de vues.

43. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) reconnaît, comme l'observateur de l'Australie, qu'il est souhaitable de prévoir une condition d'approbation et de formuler de façon plus stricte les critères régissant l'appel d'offres restreint.

44. S'agissant du transfert de l'article 18-3 au chapitre II, au motif que l'appel d'offres restreint est une procédure que la Commission désapprouve sur le fond, ce transfert pourrait simplement avoir pour effet de donner plus d'importance à ladite procédure. Si l'article 18-3 était transféré au chapitre II, la place qui lui conviendrait le mieux serait peut-être à la fin du chapitre où il pourrait devenir un nouvel article 17. Mais il pourrait aussi être maintenu au chapitre III en tant que nouvel article 18, immédiatement avant l'actuel article 18. Ce qu'il faut avant tout bien comprendre, c'est que la procédure de l'appel d'offres restreint donne lieu à des abus dans certaines régions du monde, et que ce n'est pas en la camouflant qu'on contribuera à réduire ces abus.

45. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) ne voit pas très bien comment un surcroît d'économie et d'efficacité pourrait être obtenu en limitant le nombre des fournisseurs ou des entrepreneurs invités à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection.

46. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement), réitérant son opinion selon laquelle l'article 18-3 devrait être transféré au chapitre II, dit que ce chapitre prévoit des méthodes de passation des marchés (comme la négociation avec appel à la concurrence et l'appel d'offres en deux étapes) qui sont inconnues en Amérique latine, alors que les dispositions concernant l'appel d'offres restreint — méthode largement appliquée sur ce continent, sont reléguées dans un chapitre consacré aux procédures d'appel d'offres.

47. En ce qui concerne les mots "raisons d'économie et d'efficacité", il est nécessaire de retenir une formule encore plus précise que ce qui a été proposé pendant le débat. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type renferme une énumération très complète des circonstances qui pourraient inciter à recourir à un appel d'offres restreint et il estime que la Loi type devrait être tout autant explicite.

48. M. LEVY (Canada) ne voit pas pourquoi l'article 18-3 serait transféré au chapitre II. Il est favorable à la proposition du représentant du Royaume-Uni tendant à mentionner les mots "des circonstances exceptionnelles et particulières" associés à l'expression "des raisons d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés". La condition d'approbation par une haute autorité publique devrait peut-être figurer entre parenthèses.

49. Mme PIAGGI-VANOSSI (Argentine), appuyant la proposition visant à transférer l'article 18-3 au chapitre II, souligne qu'il importe de retenir une conception très stricte de l'appel d'offres restreint. En ce qui concerne la dernière phrase de l'article 18-3, le procès-verbal de la procédure de passation du marché devrait par souci de transparence, indiquer les avantages que le recours à cette procédure a permis de dégager en termes d'économie et d'efficacité.

50. M. RAO (Inde), faisant observer que la procédure d'appel d'offres restreint est quelquefois appliquée en Inde, propose que l'article 18-3 soit transféré au chapitre II et que le libellé suggéré par le représentant du Royaume-Uni soit adopté.

51. Le PRÉSIDENT demande aux membres de la Commission s'ils seraient d'accord pour que le paragraphe à l'étude devienne un nouvel article 18 *bis*, avec le libellé proposé par le représentant du Royaume-Uni et, entre parenthèses, la condition d'approbation par une haute autorité publique.

52. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) estime que le membre de phrase "si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité" ainsi que les mots "dans des circonstances exceptionnelles et particulières" ne devraient pas être associés comme le suggère le représentant du Royaume-Uni.

53. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) propose que le nouvel article porte le numéro 17 *bis*.

54. M. MORAN BOVIO (Espagne) signale que la plupart des orateurs semblent être en faveur du transfert de l'article 18-3 au chapitre II.

55. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), exprimant un avis favorable à l'égard du premier point que vient d'évoquer l'observateur de la Banque interaméricaine de développement, continue de penser que l'article 18-3 devrait être transféré au

chapitre II. Par ailleurs, il estime que des garanties supplémentaires sont nécessaires pour faire en sorte que la procédure d'appel d'offres restreint ne donne pas lieu à des abus.

56. M. AZZIMAN (Maroc) fait valoir que le paragraphe qui traite de l'appel d'offres restreint devrait logiquement apparaître en même temps que les paragraphes consacrés aux autres méthodes de passation des marchés qui constituent une exception à la règle des appels d'offres entièrement ouverts. Il est vrai que quelques réserves ont été exprimées au sujet du transfert de l'article 18-3 au chapitre II, mais ces réserves ne lui ont pas paru très vives.

57. Le transfert de l'article 18-3 au chapitre II ne manquera pas de perturber un peu la structure actuelle de la Loi type qui devrait être modifiée en conséquence, mais cela n'est pas une tâche insurmontable; un groupe informel, constitué par le Président pourrait s'en occuper.

58. M. PARRA-PEREZ (Observateur du Venezuela), appuyant les interventions que viennent de faire les représentants du Maroc et du Mexique, estime que ce qui importe, c'est non pas la place que les dispositions énoncées à l'article 18-3 occuperont finalement dans la Loi type, mais comment faire en sorte que ladite Loi prévoit la possibilité de recourir à l'appel d'offres restreint — qui est un moyen intermédiaire utile entre l'appel d'offres entièrement ouvert et l'achat direct — sans pour autant que cette procédure donne lieu à des abus.

59. Mme CRISTEA (Roumanie) dit que, si l'article 18-3 laisse entendre que les fournisseurs et entrepreneurs étrangers sont exclus de l'appel d'offres restreint, on pourrait aussi bien l'incorporer à l'article 17. Si les fournisseurs et entrepreneurs étrangers n'en sont pas exclus, on devrait peut-être alors l'incorporer à l'article 16, car seul un très petit nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs sont à même de pénétrer le marché en question lorsque la procédure de l'appel d'offres restreint est

appliquée. Quoi qu'il en soit, l'appel d'offres restreint ne devrait pas être présenté comme une méthode distincte de passation des marchés car il pourrait alors devenir la norme dans certains pays.

60. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit qu'on pourrait limiter dans une certaine mesure le risque de voir la procédure de l'appel d'offres restreint devenir la norme en exerçant un contrôle plus strict de l'entité adjudicatrice. Pour ce faire, on pourrait supprimer à l'article 38 l'alinéa *c* du paragraphe 2 qui stipule que la restriction de la sollicitation d'offres pour des raisons d'économie ou d'efficacité conformément à l'article 18-3, ne peut faire l'objet d'un recours.

61. Le PRÉSIDENT propose que le débat soit suspendu et demande aux délégations intéressées de se réunir avec lui ultérieurement afin de voir comment on pourrait résoudre les problèmes que soulève l'article 18-3.

Article 19

62. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat), mentionnant le document A/CN.9/377, dit que la référence à l'article 8-1 *a* dans l'article 19-1 *d* est en fait une erreur typographique; c'est l'article 6-2 qui aurait dû être indiqué.

63. En ce qui concerne la modification de l'article 19-2 proposée par le Secrétariat, il précise qu'il pourrait parfois arriver que l'entité adjudicatrice ait déjà décidé quels seraient "le lieu et la date limite de soumission des offres" (dont il est question à l'alinéa *j* de l'article 19-1) au moment où elle émet l'invitation à présenter une demande de présélection. Si la modification proposée dans le document A/CN.9/377 est adoptée, une modification de même nature devra alors être apportée aux dispositions concernant la documentation de présélection.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 503^e séance

Vendredi 9 juillet 1993, 14 heures

[A/CN.9/SR.503]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 14 h 05.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377; A/CN.9/XXVI/CRP.1-4)

Projet de Loi type sur la passation des marchés (*suite*)

Article 19 (*suite*)

1. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) propose de remplacer à l'alinéa *c* du paragraphe 1 le mot "fourniture" par le mot "livraison".

2. Mme ZIMMERMAN (Canada), relevant que l'alinéa *c* du paragraphe 1 ne fait pas référence au lieu de livraison des biens, estime qu'on pourrait envisager de l'indiquer.

3. M. AZZIMAN (Maroc) propose de modifier comme suit l'en-tête du paragraphe 2 : "L'invitation à présenter une demande

de présélection doit contenir les renseignements demandés aux alinéas *a, b, c, d, e, g* et *h* du paragraphe 1 du présent article, ainsi que les renseignements suivants :"

4. Le PRÉSIDENT, notant que les diverses propositions de rédaction seront examinées par le groupe de rédaction, considère que la Commission entend adopter l'article 19.

5. *Il en est ainsi décidé.*

Article 20

6. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat), appelant l'attention sur les propositions du Secrétariat figurant dans le document A/CN.9/377 et tendant à modifier l'article 20, dit que les documents de présélection ont peu de chance d'être concernés lorsqu'une entité adjudicatrice utilise une méthode de passation des marchés autre que la procédure d'appel d'offres.

7. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) dit que si le prix demandé par l'entité adjudicatrice doit lui permettre de rentrer dans ses frais, il serait peut-être plus judicieux de substituer à "impression" le mot "production" dans la dernière phrase.

8. Le PRÉSIDENT, se référant au commentaire sur l'article 20 figurant dans le document A/CN.9/375, déclare qu'il considère que la Commission entend adopter l'article 20.

9. *Il en est ainsi décidé.*

Article 21

10. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) relève que l'en-tête de l'article 21 comporte l'expression "au minimum", tandis que l'en-tête correspondant de l'article 19 indique "au moins". Par souci d'harmonisation, il conviendrait d'utiliser la même expression pour les deux articles.

11. Le PRÉSIDENT déclare que le groupe de rédaction assurera l'harmonisation en employant l'expression "au minimum" dans tout le texte.

12. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime que la proposition du Secrétariat (contenue dans le document A/CN.9/377) d'ajouter l'adjectif "principales" à l'expression "conditions du marché", à l'alinéa *f*, n'est pas judicieuse.

13. En ce qui concerne l'alinéa *g*, il suggère que les termes "évaluées et comparées", qui figurent dans le membre de phrase supplémentaire que le Secrétariat propose, soient remplacés par "traitées".

14. M. LEVY (Canada) souscrit aux deux observations formulées par le représentant des Etats-Unis.

15. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) estime que la proposition d'ajouter l'adjectif "principales" est justifiée; il est souvent impossible d'énoncer dans le détail toutes les conditions du marché. Si "principales" est ajouté, l'alinéa *f* devra se terminer par les mots "les connaît déjà".

16. M. PHUA (Singapour) se demande s'il sera suffisant d'indiquer uniquement les conditions "principales" du marché dans le dossier de sollicitation.

17. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) dit qu'il n'est pas favorable aux amendements proposés par le Secrétariat.

18. Dans la version espagnole de l'alinéa *f*, le mot *escritura* devrait être remplacé par *forma* ou *texto*.

19. Le PRÉSIDENT, suggérant que la question soulevée au sujet du texte espagnol soit déferée au groupe de rédaction, considère que la Commission souhaite adopter le texte de l'alinéa *f* sans l'ajout proposé de l'adjectif "principales" et adopter l'alinéa *g* avec l'ajout du membre de phrase proposé par le Secrétariat dans le document A/CN.9/377, sous réserve d'examen par le groupe de rédaction.

20. *Il en est ainsi décidé.*

21. M. AZZIMAN (Maroc), commentant la référence faite à l'alinéa *n* à "une déclaration par laquelle l'entité adjudicatrice indique si elle a l'intention d'organiser une réunion de fournisseurs et d'entrepreneurs", dit que normalement on ne saura pas à l'avance si une telle réunion est nécessaire.

22. La disposition de l'alinéa *s* selon laquelle l'omission de toute référence de cet ordre ne constitue pas en soi un motif de

recours ni n'engage la responsabilité de l'entité adjudicatrice est la seule disposition de cette nature à figurer dans la Loi type. Par conséquent, elle serait mieux placée à la fin de l'article 21.

23. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) déclare, au sujet de l'intervention du représentant du Maroc concernant l'alinéa *n*, que si l'entité adjudicatrice ne sait pas si elle a l'intention d'organiser une réunion de fournisseurs et d'entrepreneurs, la déclaration prévue ne peut manifestement pas être incluse dans le dossier de sollicitation. Cependant, la non-inclusion d'une telle déclaration n'empêchera pas l'entité adjudicatrice de décider d'organiser une réunion.

24. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que, comme la responsabilité est une question distincte, il faudrait peut-être séparer l'alinéa *s* du reste de l'article.

25. Le PRÉSIDENT suggère que la Commission adopte l'article 21 avec l'alinéa *s* à la fin.

26. *Il en est ainsi décidé.*

Article 22

27. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat), se référant à la proposition du Secrétariat figurant dans le document A/CN.9/377 et tendant à déplacer l'article 22 au chapitre premier, dit que le Secrétariat est d'avis que cela permettrait d'assurer la concurrence la plus large possible.

28. Le PRÉSIDENT suggère que la question du déplacement de l'article 22 au chapitre premier soit examinée avant la teneur de l'article.

29. M. LEVY (Canada) déclare que, malgré l'intérêt de la proposition du Secrétariat, il se demande comment l'article 22 s'appliquera aux sollicitations de propositions ou à l'appel à la concurrence — ou à toute autre méthode de passation des marchés que l'entité adjudicatrice pourrait utiliser parce qu'elle n'est pas en mesure de préciser exactement ce qu'elle souhaite.

30. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que l'article 22 ne sera pas d'un grand secours dans le contexte de la sollicitation de propositions ou de l'appel à la concurrence, mais qu'il pourra l'être dans celui des méthodes de passation des marchés telles que la sollicitation de prix (voire la sollicitation d'une source unique), bien que les cas en question ne puissent représenter que 1 % environ du total. Si l'article doit être déplacé, il faudra que son libellé soit plus neutre de façon à ce qu'il s'applique, par exemple, aux sollicitations de prix.

31. Mme ZIMMERMAN (Canada) convient que le libellé de l'article 22 devra être plus neutre si l'article est déplacé au chapitre premier.

32. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se déclarant favorable à la proposition du Secrétariat, dit que l'article 22 devra être remanié de façon à énoncer plus explicitement les principes fondamentaux.

33. M. LEVY (Canada) déclare que si l'article 22 doit être remanié de façon à englober les méthodes de passation des marchés telles que la sollicitation de propositions et l'appel à la concurrence, il devra s'abstenir de donner son approbation avant d'avoir vu le nouveau texte du groupe de rédaction. Le remplacement prévu ne sera acceptable que si le chapitre premier n'a pas à en souffrir.

34. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime qu'il s'agit essentiellement d'un problème de rédaction; si l'article 22 est déplacé, il faudra assouplir son libellé.

35. M. MORAN BOVIO (Espagne) déclare que, avant de transmettre l'article 22 au groupe de rédaction, la Commission devra être entièrement d'accord sur son contenu.

36. M. GRUSSMANN (Autriche) dit que si l'article 22 est déplacé au chapitre premier, il faudra y faire dûment référence au chapitre IV.

37. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) suggère que l'article commence avec l'en-tête suivant : "Dans la mesure et dans les cas où cela s'applique".

38. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend déplacer l'article 22 au chapitre premier et faire examiner le libellé de l'article par le groupe de rédaction à la lumière de la discussion.

39. *Il en est ainsi décidé.*

40. Le PRÉSIDENT, invitant les participants à formuler des observations sur le fond de l'article 22, appelle l'attention sur la proposition du Secrétariat de remplacer à l'alinéa 3 b les mots "Des termes commerciaux normalisés sont utilisés" par les mots "Une importance particulière est accordée à l'utilisation de termes commerciaux normalisés".

41. M. JAMES (Royaume-Uni), appuyant l'amendement proposé, dit qu'à son avis une modification similaire serait bienvenue à l'alinéa 3 a. Sa préoccupation a toutefois trouvé réponse dans la proposition d'en-tête formulée par le représentant des Etats-Unis.

42. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend adopter l'article 22 dans sa version modifiée.

43. *Il en est ainsi décidé.*

Article 23

44. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine) suggère que des dispositions analogues à celles de l'article 23 soient aussi formulées concernant le contrat envisagé, que les fournisseurs et les entrepreneurs doivent pouvoir contester avant sa conclusion.

45. M. MORAN BOVIO (Espagne) dit qu'à son avis la proposition formulée par la représentante de l'Argentine a trait à des questions qui sortent du cadre de celles que la Loi type doit traiter.

46. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), souscrivant aux propos du représentant de l'Espagne, dit qu'il croit comprendre que la représentante de l'Argentine s'est référée à une situation où le contrat était défectueux. Une entité adjudicatrice qui rédige des contrats défectueux fait un mauvais travail, mais c'est là un problème politique qui ne peut être résolu grâce à la Loi type. Aux paragraphes 9 et 10 de l'introduction au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (document A/CN.9/375), la Loi type est décrite comme une "loi cadre" ne répondant pas nécessairement à toutes les questions juridiques; il y avait plus de chances de trouver réponse dans d'autres textes juridiques, par exemple dans les règles applicables du droit administratif, du droit des contrats, du droit pénal ou dans les règles de procédure judiciaire.

47. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine) dit qu'à son avis, si le contrat contient une erreur ou omission grave, il doit être possible de le rectifier, tous les adjudicataires étant tenus au courant. Cela dit, elle retirera cependant sa proposition si la Commission la juge inappropriée.

48. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), évoquant la possibilité de réparer le préjudice en vertu du paragraphe 1 de l'article 38, déclare que toute adjonction irait au-delà du champ d'application de la loi sur la passation des marchés.

49. Le PRÉSIDENT dit que la question soulevée par la représentante de l'Argentine pourrait être abordée au cours de l'examen du chapitre V — Recours.

50. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine) dit qu'elle ne visait pas une réparation éventuelle, mais des mesures préventives préalables à la conclusion du marché. A son avis, l'article 23 doit se référer au contrat aussi bien qu'au dossier de sollicitation.

51. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) déclare que le Secrétariat croit comprendre qu'une clarification ou une modification du contrat au début de la procédure de passation de marché est prévue à l'alinéa f de l'article 21, conjointement avec l'article 23; le contrat fait partie du dossier de sollicitation et, de ce fait, est soumis à la procédure de clarification et de modification envisagée.

52. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine) dit que la clarification ou modification du contrat telle qu'envisagée ne sera possible que si les conditions du marché sont connues au début.

53. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend adopter l'article 23.

54. *Il en est ainsi décidé.*

Article 24

55. *L'article 24 est adopté.*

Article 25

56. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) suggère de préciser le lieu de soumission des offres au paragraphe 1.

57. M. LEVY (Canada), appuyant cette suggestion, propose de libeller le paragraphe comme suit : "L'entité adjudicatrice fixe une date et une heure précises, qui constituent la date limite pour la soumission des offres, et désigne le lieu de la soumission."

58. *Il en est ainsi décidé.*

59. M. TUVAYANOND (Thaïlande), ayant suggéré de remplacer au paragraphe 2 "fournisseurs et entrepreneurs" par "fournisseurs ou entrepreneurs", dit qu'il ne comprend pas pourquoi un report de la date limite devrait intervenir à l'issue d'une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

60. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat), convenant que la formule "fournisseurs ou entrepreneurs" est probablement plus correcte, dit que la réunion envisagée a pour objet de clarifier le dossier de sollicitation, les renseignements fournis à la réunion étant jugés indispensables à l'établissement des offres. Le Groupe de travail a donc estimé nécessaire, après la publication du procès-verbal de la réunion, d'octroyer un délai permettant leur prise en compte.

61. M. TUVAYANOND (Thaïlande) demande qui organisera ces réunions.

62. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) appelle l'attention sur le paragraphe 3 de l'article 23, qui laisse entendre que l'entité adjudicatrice est chargée de convoquer de telles réunions et d'établir les procès-verbaux.

63. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) demande si on ne pourrait pas indiquer la longueur du report de la date limite pour la soumission des offres.
64. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) répond que le Groupe de travail a jugé inopportun que la Loi type fixe des dates limites de soumission des offres; par conséquent, il serait tout aussi inopportun que la Loi type indique la longueur du report de ces dates limites. Il vaut mieux s'en remettre à l'Etat adoptant la Loi type et à sa réglementation des marchés.
65. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend adopter le paragraphe 2 en remplaçant les mots "fournisseurs et entrepreneurs" par "fournisseurs ou entrepreneurs" [à leur première occurrence] [aux deux occurrences].
66. *Il en est ainsi décidé.*
67. M. TUVAYANOND (Thaïlande) estime qu'au paragraphe 3 c'est aller trop loin que de prévoir un report de la date limite "en raison de circonstances" indépendantes de la volonté des fournisseurs ou des entrepreneurs.
68. Le PRÉSIDENT dit que, comme indiqué dans le projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (document A/CN.9/375), le libellé du paragraphe 3 n'est pas impératif.
69. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) propose que si, à l'issue du report de la date limite, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs soumettant des offres est nettement inférieur au nombre de personnes invitées à le faire, il soit possible de reporter à nouveau cette date limite.
70. M. PHUA (Singapour) demande si la décision de l'entité adjudicatrice pourra faire l'objet d'un recours judiciaire au cas où elle aurait décidé d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de ne pas reporter la date limite.
71. M. LEVY (Canada) dit que si le mot "peut" suppose généralement une certaine latitude pour agir, il n'est pas impossible qu'en vertu de la *common law*, une entité adjudicatrice tablant sur le libellé du paragraphe 3 tel qu'il est rédigé puisse être justiciable d'un recours judiciaire au motif que la disposition en question est obligatoire. Il faut donc préciser le libellé, peut-être en y insérant les mots "à sa seule discrétion" après "peut".
72. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) suggère un libellé du type : "L'entité adjudicatrice peut, à sa discrétion et si elle le juge opportun, ...".
73. M. PHUA (Singapour) se demande si l'entité adjudicatrice ne pourrait pas être protégée par un ajout pertinent au paragraphe 2 de l'article 38.
74. M. TUVAYANOND (Thaïlande) souscrit à la proposition du représentant du Canada.
75. En réponse à la question posée par le représentant de Singapour, il dit que le recours judiciaire est prévu dans des cas tels que la violation d'une obligation et la mauvaise foi de l'entité adjudicatrice. L'emploi du mot "peut" au paragraphe 3 laisse entendre qu'un fournisseur ou un entrepreneur ne sera pas à même de contester la décision de l'entité adjudicatrice de ne pas reporter la date limite.
76. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que le chapitre V — Recours — traite de la non-exécution des obligations de l'entité adjudicatrice. Autant qu'il s'en souviennent, toutefois, le Groupe de travail a employé le mot "peut" au paragraphe 3 de l'article 25 au sens discrétionnaire. Néanmoins, M. James ne fait aucune objection à la proposition du représentant du Canada.
77. En ce qui concerne les mots "si elle le juge" proposés par le représentant des Etats-Unis d'Amérique, il estime qu'ils pourraient faciliter le type de recours judiciaire rencontré au Royaume-Uni et dans la plupart des autres juridictions de common law — et fondé sur l'exercice déraisonnable d'un pouvoir discrétionnaire.
78. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) appuie la proposition du représentant du Canada mais suggère de remplacer le mot "seule" par "entière"; dans la plupart des juridictions de common law, l'expression "entière discrétion" va aussi loin qu'il est possible d'aller pour essayer d'exclure le recours judiciaire.
79. Le PRÉSIDENT demande si la Commission accepte le texte du paragraphe 3 avec l'adjonction des mots "à son entière discrétion" avant "peut".
80. *Il en est ainsi décidé.*
81. Le PRÉSIDENT demande à la Commission si elle accepte le paragraphe 4 tel quel.
82. *Il en est ainsi décidé.*
83. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à sa 501^e séance, la Commission a provisoirement accepté que la première phrase du paragraphe 5 soit rédigée comme suit : "Une offre est soumise soit par écrit, dans une enveloppe unique scellée ou par tout autre moyen, spécifié par l'entité adjudicatrice, qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité". Il appelle aussi l'attention sur la proposition du Secrétariat figurant dans le document A/CN.9/377.
84. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) suggère d'ajouter un membre de phrase du type "y compris une enveloppe directement traitée par informatique," après "dans une enveloppe unique scellée".
85. M. JAMES (Royaume-Uni), appuyant la proposition du Secrétariat, dit qu'il est nécessaire de garantir le plus haut degré de certification des offres. Il y a donc de bonnes raisons d'exiger que l'offre soit signée par un directeur ou un autre responsable de la société qui la soumet.
86. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que sa délégation ne fait pas objection à l'ajout d'une condition requérant la signature ou toute forme de certification des soumissions, mais qu'il lui sera difficile d'accepter une procédure de certification énoncée avec tous les détails propres au droit des sociétés.
87. M. ANDERSEN (Danemark) dit qu'à son avis le vrai problème est de savoir si une offre engage la partie qui la soumet; cela dépendra du système juridique en question. La Loi type doit simplement préciser que, pour être acceptée par l'entité adjudicatrice, l'offre doit être obligatoire; on ne devrait pas s'employer à préciser ce qui la rend obligatoire.
88. M. HAINZL (Autriche), souscrivant à la déclaration du représentant du Danemark, dit que la question soulevée relève davantage du droit civil de chacun des Etats adoptant la Loi type que de la Loi type elle-même.
89. M. TUVAYANOND (Thaïlande) se demande si la communication par télécopie est considérée comme une forme d'échange de données informatisées (EDI). Si tel est le cas, des problèmes pourraient se poser dans son pays, où les tribunaux ont décidé qu'une télécopie ne constituait pas une preuve car elle pouvait facilement être falsifiée.

90. Il se demande également si les fournisseurs ou les entrepreneurs soumettant des offres informatisées ne pourraient pas être soumis à des conditions moins contraignantes en matière de légalisation de documents que ceux qui soumettent des offres par écrit.

91. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que, dans la plupart des cas, l'entité adjudicatrice demande que les offres soient signées. Le paragraphe 5 doit donc prévoir la signature des offres.

92. M. ANDERSEN (Danemark) dit qu'à son avis il n'est pas judicieux d'insister pour que la personne chargée de la soumission d'une offre la signe effectivement quand il ne fait aucun doute que cette personne est engagée par cette offre; dans un tel cas, l'exigence d'une signature est très formaliste.

93. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) appuie les opinions exprimées par les représentants du Danemark et de l'Autriche.

94. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) dit que dans son pays la tendance est à l'acceptation des signatures produites par ordinateur.

95. Le PRÉSIDENT demande à la Commission si elle accepte — sous réserve de mise au point par le groupe de rédaction — le libellé suivant pour la première phrase du paragraphe 5 : "Une offre est soumise signée, soit par écrit dans une enveloppe unique scellée, soit par tout autre moyen [spécifié par l'entité adjudicatrice] qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité".

96. *Il en est ainsi décidé.*

97. Le PRÉSIDENT demande à la Commission si elle accepte le paragraphe 6 tel que rédigé.

98. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 h 5.

Compte rendu analytique de la 504^e séance

Lundi 12 juillet 1993, 9 h 30

[A/CN.9/SR.504]

Président : M. MORAN BOVIO (Espagne)

puis : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 9 h 45.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PAS-SATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377, A/CN.9/378 et Add.1)

Projet de Loi type sur la passation des marchés (*suite*)

Article 26

1. M. LEVY (Canada) suggère de remplacer, au paragraphe 1, "valides" par "ouvertes à l'acceptation".

2. M. TUVAYANOND (Thaïlande) appuie cette suggestion.

3. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) n'a pas d'opinion ferme au sujet de la suggestion mais pense que le mot "valides" a une certaine connotation juridique qui manque dans l'expression "ouvertes à l'acceptation".

4. M. PHUA (Singapour) appuie la suggestion et appuiera un amendement analogue à l'article 21 o.

5. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite adopter le paragraphe 1 avec la modification suggérée par le représentant du Canada.

6. *Il en est ainsi décidé.*

7. Le PRÉSIDENT appelle l'attention de la Commission sur la proposition du Secrétariat, qui figure dans le document A/CN.9/377, tendant à modifier le paragraphe 2 b en supprimant les mots "si cela est impossible".

8. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que la référence à la "validité" des offres pose le problème de la compatibilité avec le paragraphe 1. Il se demande s'il faudrait réexaminer le changement apporté au paragraphe 1.

9. M. LEVY (Canada) suggère que le groupe de rédaction règle la question. Il n'a pas d'opinion particulièrement ferme au sujet de la modification.

10. Le PRÉSIDENT note que la question sera renvoyée au groupe de rédaction et considère que la Commission souhaite adopter le paragraphe 2 sans les mots "si cela est impossible".

11. *Il en est ainsi décidé.*

12. M. LEVY (Canada), appelant l'attention sur le document A/CN.9/376/Add.1, dit que, telle que rédigée, la première phrase du paragraphe 3 est contraire à la loi et aux pratiques contractuelles du Canada et de plusieurs autres pays ayant des juridictions de *common law*. Au Canada, en l'absence d'autres termes et conditions spécifiques, un contrat se forme automatiquement lors de la soumission d'une offre en réponse à une invitation. L'affaire qui fait jurisprudence (*Her Majesty the Queen in right of Ontario and the Water Resources Commission v. Ron Engineering and Construction (Eastern) Limited*) a été jugée par la Cour suprême du Canada en 1981. L'offrant avait découvert dans l'offre une erreur qui lui aurait coûté des millions de dollars et avait essayé de retirer l'offre alors que le dossier de sollicitation ne contenait aucune disposition prévoyant le retrait. La Cour suprême s'est prononcée contre l'offrant. Dans une affaire ultérieure (*North-East Marine Services Limited v. Atlantic Pilotage Authority*), la

Cour fédérale a déclaré que la décision de la Cour suprême avait modifié la loi en la matière.

13. M. Lévy dit que le paragraphe 3 changerait la situation actuelle de façon perturbante et déroutante pour un grand nombre d'entités adjudicatrices, de fournisseurs et d'entrepreneurs, du moins au Canada, et il fait observer à ce sujet que, dans le document A/CN.9/376/Add.2, le Gouvernement japonais a indiqué que le retrait des offres n'était pas permis au Japon.

14. Le problème pourrait être résolu en modifiant le paragraphe 3 de manière que le dossier de sollicitation puisse préciser quand ou si l'offrant peut retirer son offre sans perdre sa garantie de soumission. M. Lévy propose de commencer le paragraphe 3 par le membre de phrase "Si le dossier de sollicitation en dispose ainsi,".

15. M. UEMURA (Japon), notant qu'effectivement le retrait des offres n'est pas autorisé en droit japonais, dit qu'il faudrait modifier le paragraphe 3 de manière à permettre à l'entité adjudicatrice de restreindre ou d'interdire la modification ou le retrait des offres après leur soumission.

16. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que, selon la *common law* de son pays, l'offrant peut retirer son offre après soumission à moins que le dossier de sollicitation ne le lui interdise expressément.

17. Pour couvrir toutes les éventualités, le paragraphe 3 devrait peut-être stipuler que, si le dossier de sollicitation ne contient aucune disposition expresse, la loi ordinaire du pays l'emporte mais que, si le dossier de sollicitation contient des dispositions relatives au retrait ou à la modification des offres, ce sont ces dispositions qui s'appliquent.

18. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine) note que, dans la version espagnole du paragraphe 3, il vaudrait mieux traduire "offre" par "*oferta*" que par "*licitación*"; la suggestion faite par la délégation australienne lui paraît bonne.

19. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il faudrait peut-être permettre à l'entité adjudicatrice de décider si la modification ou le retrait d'une offre avant la date limite de soumission sont autorisés. Pour cela, on pourrait ajouter au début du paragraphe 3 un membre de phrase tel que "A moins que le dossier de sollicitation n'en dispose autrement".

20. M. JAMES (Royaume-Uni) estime qu'il est normal d'autoriser le retrait d'une offre avant la date limite de soumission; la vraie question est de savoir si, en pareil cas, l'offrant doit renoncer à sa garantie de soumission. Il ne pense pas qu'il faudrait encourager les entités adjudicatrices à introduire des conditions qui aboutiraient à la perte de la garantie de soumission si l'offre est modifiée ou retirée avant la date limite, et il croit que mieux vaudrait peut-être garder le paragraphe 3 tel quel. Si le paragraphe 3 devait être modifié dans le sens proposé par le représentant du Canada, cela aurait des incidences sur le paragraphe 1 f de l'article 27.

21. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que, lorsque la disposition en question avait été examinée à la onzième session du Groupe de travail, le Secrétariat avait été prié de rechercher quelle était la pratique générale à ce sujet. Autant qu'il s'en souvienne, les recherches du Secrétariat avaient indiqué que la disposition énoncée dans la première phrase du paragraphe 3 était typique de ce que prévoyaient les lois nationales.

22. M. AZZIMAN (Maroc) estime illogique d'empêcher le fournisseur ou l'entrepreneur de modifier ou de retirer l'offre avant la date limite de soumission. Il ne peut donc souscrire à la proposition du représentant du Canada.

23. M. TUVAYANOND (Thaïlande) ne voit pas d'inconvénient à permettre aux entités adjudicatrices de stipuler que la garantie de soumission sera perdue dans des circonstances spécifiées, mais il ne pense pas non plus que ces entités devraient en fait être encouragées à faire une telle stipulation. Selon lui, les mots "A moins que le dossier de sollicitation n'en dispose autrement" laisseraient aux entités adjudicatrices la souplesse dont elles ont besoin.

24. Mme ZIMMERMAN (Canada) rappelle la proposition de sa délégation et dit qu'elle-même pourrait accepter une suggestion du genre de celle qu'a faite l'observateur de l'Australie.

25. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) préférerait le membre de phrase "A moins que le dossier de sollicitation n'en dispose autrement" suggéré par le représentant de la Thaïlande.

26. Il considère lui aussi que des changements seront nécessaires à l'article 27 — et peut-être aussi au paragraphe 1 de l'article 26; il pense en fait que la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 26 pourrait en tout état de cause être supprimée.

27. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) appuie le texte suggéré par le représentant de la Thaïlande.

28. M. LEVY (Canada) dit que sa délégation pourrait aussi accepter ce texte.

29. M. JAMES (Royaume-Uni) pourrait accepter le texte suggéré qui, cependant, entraînerait des changements dans les articles 21 et 27.

30. Le PRÉSIDENT dit que le groupe de rédaction examinera la question des changements corrélatifs et demande à la Commission si elle peut accepter le paragraphe 3 avec, au début, le membre de phrase "A moins que le dossier de sollicitation n'en dispose autrement".

31. *Il en est ainsi décidé.*

32. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission a adopté peu avant le paragraphe 1 avec le mot "valides" remplacé par les mots "ouvertes à l'acceptation" et invite les membres à présenter leurs observations sur la suggestion du représentant des Etats-Unis tendant à supprimer la deuxième phrase du paragraphe 1.

33. Mme CRISTEA (Observatrice de la Roumanie) dit qu'à son avis la deuxième phrase du paragraphe 1 est utile et devrait donc être maintenue.

34. M. TUVAYANOND (Thaïlande) appuie la suppression de la deuxième phrase, estimant que la première phrase se suffit à elle-même.

35. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) appuie également la suppression de la deuxième phrase et dit qu'en raison de l'amendement au paragraphe 3 que la Commission vient d'accepter, il sera possible à l'entité adjudicatrice d'exiger que l'offre ne soit pas retirée avant la date limite de soumission. Cela signifie que l'offre sera ouverte à l'acceptation avant la date limite, de sorte qu'il ne semble pas très utile d'avoir une phrase fixant le point de départ de la période pendant laquelle l'offre est ouverte à l'acceptation.

36. M. LEVY (Canada) appuie la suppression de la deuxième phrase du paragraphe 1.

37. M. JAMES (Royaume-Uni) n'a pas d'objection à la suppression de la deuxième phrase du paragraphe 1. Cependant, il y aurait alors de bonnes raisons de garder le mot "valides" dans la première phrase de ce paragraphe.

38. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) suggère que le point soulevé par le représentant du Royaume-Uni soit laissé au groupe de rédaction.

39. Le PRÉSIDENT constate que dans l'ensemble les représentants sont d'accord pour supprimer la deuxième phrase du paragraphe 1.

40. *Il en est ainsi décidé.*

41. M. Mohammed (Nigéria) assume la présidence.

Article 27

42. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) rappelle que la Commission a accepté peu avant le paragraphe 3 de l'article 26 avec, au début, le membre de phrase "A moins que le dossier de sollicitation n'en dispose autrement" et dit qu'au paragraphe 1 *f i* de l'article 27 il faudra ajouter un membre de phrase comme "ou avant la date limite s'il en est ainsi stipulé dans le dossier de sollicitation".

43. *L'alinéa a du paragraphe 1 est adopté.*

44. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), appuyé par M. MORAN BOVIO (Espagne), suggère de supprimer les mots "ou l'entité" de l'expression "l'institution ou l'entité", à l'alinéa *b* du paragraphe 1, parce qu'en espagnol "entité" pourrait être compris comme désignant l'entité adjudicatrice.

45. M. JAMES (Royaume-Uni) pense qu'en anglais le mot "institution" à lui seul ne suffit probablement pas. C'est là, semble-t-il, une question de traduction qui devrait être laissée au groupe de rédaction.

46. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit qu'il conviendrait peut-être d'employer l'expression "l'institution ou la personne".

47. M. LEVY (Canada) appuie la suggestion de remplacer "ou l'entité" par "ou la personne".

48. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) se demande s'il ne faudra pas apporter de changements corrélatifs aux alinéas *c*, *d*, *e* et peut-être *f* du paragraphe 1.

49. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) propose d'employer l'expression "institution financière".

50. M. MORAN BOVIO (Espagne) appuie la suggestion de remplacer "ou l'entité" par "ou la personne" et dit qu'il ne convient pas de qualifier le mot "institution" parce que ce terme désigne à la fois des institutions financières et des institutions non financières telles que les compagnies d'assurance.

51. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que si l'on remplace "ou l'entité" par "ou la personne" à l'alinéa *b* du paragraphe 1, il faudra bien entendu apporter des changements corrélatifs aux alinéas suivants.

52. En ce qui concerne les alinéas *d* et *e*, il suggère de remplacer "institution confirmatrice" par "confirmateur".

53. M. PARRA-PEREZ (Observateur du Venezuela) dit que les garanties de soumission envisagées à l'article 27 semblent être des "garanties personnelles" et non des "garanties réelles" telles que des hypothèques. La Loi type ne devrait-elle pas traiter aussi des "garanties réelles" ?

54. M. LEVY (Canada) estime que le point soulevé par l'observateur du Venezuela est couvert par les mots "la nature ...

de la garantie de soumission devant être éventuellement fournie ..." figurant à l'alinéa *l* de l'article 21.

55. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime que la définition des mots "garantie de soumission", à l'alinéa *g* de l'article 2, est assez large pour couvrir les types de garantie envisagés par l'observateur du Venezuela.

56. M. MORAN BOVIO (Espagne) dit que la notion de "garantie réelle" est compliquée et que, dans le contexte de la Loi type, il faut un type de garantie qui réponde facilement aux exigences de l'entité adjudicatrice.

57. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite remplacer les mots "ou l'entité" par les mots "ou la personne" aux alinéas *b* et *c* du paragraphe 1, remplacer les mots "l'institution confirmatrice" par les mots "le confirmateur" aux alinéas *d* et *e*, et aligner l'alinéa *f i* du paragraphe 1 sur le paragraphe 3 de l'article 26 tel qu'accepté par la Commission.

58. *Il en est ainsi décidé.*

59. M. MORAN BOVIO (Espagne) voudrait que le groupe de rédaction envisage d'insérer une virgule après le mot "acceptables" dans la version espagnole de l'alinéa *e* du paragraphe 1.

60. M. TUVAYANOND (Thaïlande) propose de remplacer les mots "sans délai" par les mots "sans délai excessif" ou "promptement" dans le chapeau du paragraphe 2.

61. M. LEVY (Canada) préférerait "promptement".

62. M. MORAN BOVIO (Espagne) ne voit pas la nécessité de modifier la version espagnole du chapeau.

63. M. AZZIMAN (Maroc) ne voit pas non plus la nécessité de modifier les versions arabe et française.

64. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite remplacer "sans délai" par "promptement".

65. *Il en est ainsi décidé.*

66. M. AZZIMAN (Maroc) suggère de modifier la version française de l'alinéa *a* du paragraphe 2 pour qu'elle se lise "Expiration du délai de la garantie de soumission".

67. M. TUVAYANOND (Thaïlande) suggère d'ajouter, à l'alinéa *b* du paragraphe 2, les mots "par le dossier de sollicitation" après les mots "si une telle garantie est requise".

68. M. JAMES (Royaume-Uni) estime que l'alinéa *d* du paragraphe 2 devrait aussi être aligné sur le paragraphe 3 de l'article 6 tel qu'accepté par la Commission.

69. M. TUVAYANOND (Thaïlande) estime que tout l'alinéa *d* du paragraphe 2, après les mots "Retrait de l'offre", pourrait être supprimé.

70. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime qu'une telle suppression serait une modification de fond pour laquelle on ne peut pas s'en remettre à la décision du groupe de rédaction.

71. M. LEVY (Canada) suggère que le groupe de rédaction envisage d'ajouter "Modification ou" avant "Retrait", à l'alinéa *d* du paragraphe 2, afin d'aligner la rédaction sur celle du paragraphe 3 de l'article 26.

72. M. TUVAYANOND (Thaïlande) n'est pas sûr qu'il soit judicieux d'ajouter les mots "Modification ou".

73. M. AZZIMAN (Maroc) estime que le groupe de rédaction ne devrait pas exclure la possibilité de laisser l'alinéa *d* du paragraphe 2 inchangé.

74. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission a déjà décidé de remplacer "sans délai" par "promptement" dans le chapeau du

paragraphe 2 et dit que le groupe de rédaction pourra examiner les autres suggestions présentées au cours du débat sur le paragraphe 2 lorsqu'il alignera le paragraphe sur le paragraphe 3 de l'article 26 tel qu'accepté par la Commission.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 505^e séance

Lundi 12 juillet 1993, 14 heures

[A/CN.9/SR.505]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 14 h 10.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PAS-SATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1, A/CN.9/377)

Projet de Loi type sur la passation des marchés (*suite*)

Article 28

1. M. AZZIMAN (Maroc), ayant proposé que dans la version française du titre de l'article 26 le mot "*plis*" soit substitué au mot "*offres*", exprime des doutes au sujet de la disposition énoncée au paragraphe 1, selon laquelle l'ouverture des offres doit correspondre exactement à la date limite de leur soumission. Il estime qu'il serait plus raisonnable de prévoir un certain laps de temps entre la date limite de soumission des offres et l'ouverture des enveloppes.

2. Le PRÉSIDENT précise que c'est délibérément que les auteurs du projet de Loi type n'ont autorisé aucun délai entre la date limite de soumission et l'ouverture des offres, afin d'éviter les risques d'abus. Il est clair, toutefois, qu'il pourrait arriver qu'un certain temps soit nécessaire entre les deux.

3. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale), soulignant l'importance de la simultanéité, dit que la Banque mondiale ne permet aucun délai entre les deux et qu'il ne connaît pas de raison valable pour agir autrement. Même un très bref intervalle pourrait donner lieu à des doutes au sujet des soumissions.

4. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie), appelant l'attention de la Commission sur les observations du Gouvernement australien énoncées dans le document A/CN.9/376, se demande si le paragraphe 3 n'est pas incompatible avec le paragraphe 3 de l'article 11, qui admet du moins certaines circonstances dans lesquelles les prix soumissionnés ne sont pas annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres.

5. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit qu'en effet il semble qu'il y ait une incompatibilité entre le paragraphe 3 de l'article 28 et le paragraphe 3 de l'article 11.

6. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) et M. MORAN BOVIO (Espagne) font remarquer que l'observateur de l'Australie a soulevé une question très importante.

7. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) dit qu'à son avis les prix soumissionnés devraient être annoncés au mo-

ment de l'ouverture des offres, afin de prévenir toute possibilité que des prix différents soient annoncés ultérieurement (ce qui est parfois le cas) et aussi par souci de transparence.

8. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) estime que, si l'on juge essentiel que tous les prix soumissionnés soient annoncés au moment de l'ouverture des offres, il faudrait amender l'article 11.

9. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) partage l'avis de l'observateur de l'Australie.

10. Le PRÉSIDENT suggère que la Commission accepte le principe en vertu duquel il importe absolument que les prix soumissionnés soient annoncés à l'ouverture des offres et qu'elle renvoie la question au groupe de rédaction qui pourrait proposer des amendements à l'article 11, tandis qu'elle adoptera l'article 28 sans changement.

11. *Il en est ainsi décidé.*

Article 29

12. Le PRÉSIDENT appelle l'attention de la Commission sur la proposition du Secrétariat énoncée dans le document A/CN.9/377, tendant à insérer le mot "promptement" après le mot "avise" à l'alinéa *b* du paragraphe 1.

13. Mme ZIMMERMAN (Canada), se référant aux observations du Gouvernement canadien dans le document A/CN.9/376/Add.1, dit que la première phrase du paragraphe 1 *b* prévoit que l'entité adjudicatrice doit corriger "les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre". Sa délégation estime qu'une trop lourde responsabilité est de ce fait dévolue à l'entité adjudicatrice qui risque d'être mêlée à une controverse sur la question de savoir si une erreur apparaît effectivement dans une offre.

14. En conséquence, sa délégation propose que l'on remplace le mot "corrige" par les mots "pourrait corriger" ou, de préférence, que le paragraphe soit libellé comme suit : "l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qu'elle pourrait découvrir dans une offre".

15. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime que le deuxième amendement proposé n'allégerait que modérément la charge imposée à l'entité adjudicatrice.

16. Il n'est pas d'avis de remplacer le mot "corrige" par les mots "pourrait corriger", comme le prévoit le premier amendement proposé, car cela irait à l'encontre de l'objet du paragraphe 1 *b* qui est d'empêcher l'entité adjudicatrice de rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme, lorsqu'elle y découvre des erreurs purement arithmétiques.
17. M. JAMES (Royaume-Uni) s'oppose également à ce que le mot "corrige" soit remplacé par les mots "pourrait corriger". A son avis, cet article doit avoir force obligatoire.
18. S'agissant de la deuxième proposition, il ne pense pas qu'il soit déraisonnable d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle corrige les erreurs purement arithmétiques. Le paragraphe 1 *b* devrait être maintenu sans changement.
19. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que, avec le libellé actuel, si l'entité adjudicatrice ne découvre pas une erreur arithmétique imputable au soumissionnaire, elle risque de devoir assumer la responsabilité de cette erreur. Les soumissionnaires devraient être tenus de présenter des chiffres exacts.
20. M. MORAN BOVIO (Espagne) préférerait que le libellé reste inchangé.
21. M. LEVY (Canada) estime que la Commission doit établir un équilibre judicieux entre les obligations de l'entité adjudicatrice et celles du fournisseur ou de l'entrepreneur. A l'évidence, si l'entité adjudicatrice découvre une erreur arithmétique, elle devrait la corriger, mais il n'y a pas de raison de la pénaliser parce qu'elle n'a pas relevé une erreur que le soumissionnaire lui-même n'a pas remarquée.
22. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine) fait observer que, bien qu'elle préfère le libellé actuel du paragraphe 1 *b*, la deuxième proposition du Canada lui paraît acceptable. L'entité adjudicatrice serait tenue, non pas de faire des recherches exhaustives pour déceler les erreurs arithmétiques, mais simplement de corriger celles qui sont évidentes.
23. M. GRUSSMANN (Autriche), appuyant la proposition tendant à remplacer le mot "corrige" par les mots "pourrait corriger", dit qu'en vertu de la loi autrichienne sur la passation des marchés, l'entité adjudicatrice ne peut corriger des erreurs arithmétiques si elles correspondent à plus de 2 % de la valeur estimative du contrat. La fiabilité étant considérée comme un critère majeur, les offres qui font apparaître de graves erreurs arithmétiques sont refusées.
24. Mme CRISTEA (Observatrice de la Roumanie) dit que, avant de corriger une erreur arithmétique, l'entité adjudicatrice devrait se mettre en rapport avec le fournisseur ou l'entrepreneur qui a commis l'erreur. Ce point devrait être mentionné dans le texte.
25. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) fait observer que le paragraphe 1 *b* devrait être lu à la lumière du projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type (document A/CN.9/375) et en relation avec le paragraphe 3 *b* qui autorise le fournisseur ou l'entrepreneur à retirer son offre — quitte, peut-être, à perdre sa garantie de soumission — s'il n'accepte pas que l'erreur mathématique soit corrigée.
26. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) estime que les erreurs mathématiques évidentes doivent être corrigées et que l'article 29 tel qu'il est actuellement libellé est parfaitement conçu pour obtenir qu'elles le soient.
27. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que, bien qu'il ne considère pas, comme il l'a déjà indiqué, qu'il soit déraisonnable d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle corrige les erreurs purement arithmétiques, il pense qu'il ne doit pas lui incomber de chercher à savoir si un fournisseur ou un entrepreneur a voulu indiquer un chiffre différent.
28. En revanche, en ce qui concerne les mots "les erreurs ... qu'elle pourrait découvrir" dans la deuxième proposition du Canada, il fait observer que l'entité adjudicatrice pourrait facilement prétendre qu'elle n'a pas relevé une erreur donnée. En conséquence, il estime que le paragraphe 1 *b* ne devrait pas être modifié.
29. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que, bien qu'il préférerait que le paragraphe 1 *b* ne soit pas modifié, une formulation telle que "L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qu'elle découvre ou qu'elle aurait pu raisonnablement découvrir" serait à son avis un compromis acceptable.
30. M. BARICAKO (Observateur de l'Organisation de l'unité africaine) fait observer que, d'un point de vue juridique, il n'est pas juste d'imputer à l'entité adjudicatrice une obligation qui devrait incomber au fournisseur ou à l'entrepreneur. Il faudrait donc stipuler que l'entité adjudicatrice corrige toute erreur qu'elle pourrait découvrir sans que le fournisseur ou l'entrepreneur soit nullement déchargé de sa responsabilité de veiller à l'exactitude des chiffres soumis.
31. M. LEVY (Canada), se référant à l'expression "ou qu'elle aurait pu raisonnablement découvrir" proposée par le représentant des Etats-Unis d'Amérique, dit qu'elle pourrait donner lieu à un recours auprès d'une juridiction ou d'un tribunal administratif pour que celle-ci ou celui-ci décide de ce qu'on entend par "raisonnable". De l'avis de sa délégation, le paragraphe 1 *b* devrait stipuler que l'entité adjudicatrice corrige les erreurs arithmétiques qu'elle découvre sans pour autant être passible de sanctions dans le cas où elle ne découvrirait pas toutes les erreurs de ce type.
32. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) pense que ce problème ne concerne que les pays anglophones de *common law*. Les versions du paragraphe 1 *b* en espagnol et en français ne soulèvent pas de difficultés. La formule de compromis proposée par le représentant des Etats-Unis permettrait de réduire le poids de la responsabilité dévolue à l'entité adjudicatrice et mettrait fin aux préoccupations exprimées par les pays de *common law*. Si cette formule était acceptée, la position des membres de la Commission pourrait être reflétée dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type.
33. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'à son avis les mots proposés par le représentant des Etats-Unis auraient pour effet d'alourdir la responsabilité dévolue à l'autorité adjudicatrice plutôt que de l'alléger.
34. Sa délégation préfère les mots "pourrait corriger" aux mots "corrige", mais estime, pour le reste, que le libellé actuel est dans l'ensemble satisfaisant.
35. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) considère que si c'est la responsabilité imposée à l'entité adjudicatrice qui soulève un problème, un libellé tel que "ou qu'elle aurait pu raisonnablement découvrir" ne serait pas d'une grande utilité. Il propose le libellé suivant : "L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui pourraient être découvertes durant l'évaluation des offres".
36. M. PHUA (Singapour) dit que le débat semble reposer sur l'hypothèse que l'entité adjudicatrice découvre les erreurs et que, les ayant découvertes, elle sait comment il faut les corriger.
37. Il propose que le paragraphe 1 *b* commence par la phrase "L'entité adjudicatrice ne refuse pas une offre au motif

qu'apparaissent dans cette dernière des erreurs purement arithmétiques". La première phrase qui compose actuellement le paragraphe 1 b pourrait ensuite être modifiée comme suit : "Nonobstant les dispositions de l'alinéa a du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre et qu'elle a découvertes".

38. M. KOMAROV (Fédération de Russie), approuvant les observations de la délégation canadienne selon lesquelles le paragraphe 1 b impose une trop lourde responsabilité à l'entité adjudicatrice, dit que le paragraphe 1 a offre à cette dernière la possibilité de résoudre divers problèmes, y compris, à son avis, celui que pourraient poser les erreurs arithmétiques. Il estime donc que le paragraphe 1 b pourrait tout simplement être supprimé.

39. Mme ZHANG Yuejiao (Chine) propose le libellé suivant : "L'entité adjudicatrice autorise le fournisseur ou l'entrepreneur à corriger les erreurs purement arithmétiques", étant entendu qu'elle ne serait pas autorisée à refuser les corrections apportées par le fournisseur ou l'entrepreneur.

40. Le PRÉSIDENT, soulignant la nécessité d'établir un équilibre entre les responsabilités de l'entité adjudicatrice et celles du fournisseur ou de l'entrepreneur, demande si la Commission peut accepter le libellé proposé par l'observateur de la Banque mondiale.

41. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) se demande si le groupe de rédaction pourrait envisager la possibilité d'employer le mot "sont" à la place des mots "pourraient être" dans le libellé proposé par l'observateur de la Banque mondiale.

42. M. LEVY (Canada) pourrait accepter ce libellé si les mots "pourraient être" étaient remplacés par le mot "sont".

43. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que la formule "pourraient être" lui donne satisfaction. Il y a une différence quant au fond entre les mots "pourraient être" et le mot "sont", et la question ne devrait pas être tranchée par le groupe de rédaction.

44. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) regrette que le libellé proposé ne renferme pas le membre de phrase "dans une offre" ("on the face of a tender" dans la version anglaise).

La séance est suspendue à 14 h 45 et reprend à 16 h 20.

45. Le PRÉSIDENT dit que le libellé suivant est maintenant proposé pour le paragraphe 1 b : "Nonobstant les dispositions de l'alinéa a du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui sont découvertes dans une offre". Il demande si la Commission peut accepter ce libellé.

46. *Il en est ainsi décidé.*

47. Le PRÉSIDENT demande si, dans la mesure où il n'y a pas eu d'échange de vues sur la proposition du Secrétariat tendant à insérer le mot "promptement" après le mot "avise" dans la deuxième phrase du paragraphe 1 b, la Commission peut accepter la proposition en question.

48. Mme ZIMMERMANN (Canada) fait observer qu'à plusieurs reprises dans la Loi type l'entité adjudicatrice est tenue d'"aviser" et qu'il n'a pas été question, dans chaque cas, d'ajouter le mot "promptement".

49. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie), faisant observer que le paragraphe 3 b permet à un fournisseur ou à un entrepreneur d'accepter ou de refuser une correction, dit qu'il est important que les choses se passent rapidement. Il approuve donc l'insertion du mot "promptement".

50. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend insérer le mot "promptement".

51. *Il en est ainsi décidé.*

52. Le PRÉSIDENT demande si la Commission accepte le texte du paragraphe 2 tel qu'il est libellé.

53. *Il en est ainsi décidé.*

54. M. ALSHTYWI (Observateur de la Jamahiriya arabe libyenne), faisant remarquer que l'article 28-2 fait référence aux représentants des fournisseurs ou des entrepreneurs, propose qu'au paragraphe 3 b de l'article 29 les mots "ou un représentant" soient insérés après les mots "le fournisseur ou l'entrepreneur".

55. Le PRÉSIDENT dit que, si l'on ajoutait ces mots au paragraphe 3 b, il faudrait également les ajouter à d'autres parties du texte. Dans la Loi type, la mention des fournisseurs ou entrepreneurs sous-entend également leurs représentants.

56. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) est d'accord sur ce point. Il est évident qu'un représentant doit pouvoir accepter une correction conformément au paragraphe 3 b. Les représentants peuvent agir au nom des fournisseurs et des entrepreneurs à tous égards, à l'exception de la signature officielle d'un document, qui peut exiger l'apposition d'un cachet.

57. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) fait observer que dans la plupart des Etats les questions de cet ordre sont régies par des lois qui n'ont pas de rapport avec la passation des marchés. Le projet de Loi type présuppose que les fournisseurs et les entrepreneurs ont des représentants qui agissent en leur nom.

58. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que le paragraphe 3 b semble accorder aux fournisseurs et aux entrepreneurs le choix d'accepter ou de ne pas accepter la correction d'une erreur arithmétique, alors que le paragraphe 1 b prévoit la correction de telles erreurs. Faisant remarquer que les fournisseurs et les entrepreneurs font parfois délibérément des erreurs arithmétiques, il propose, afin de les empêcher de tirer parti de ce type d'erreurs, que le paragraphe 3 b soit supprimé.

59. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que, pour autant qu'il puisse se rappeler, le Groupe de travail avait estimé lors de la rédaction du paragraphe 3 que, pour des raisons pratiques, il serait préférable que l'entité adjudicatrice refuse tout simplement une offre renfermant une grave erreur arithmétique lorsque le fournisseur ou l'entrepreneur ne permet pas de la corriger, plutôt que d'obliger ce dernier à s'en tenir à son offre. Si le fournisseur ou l'entrepreneur était tenu par son offre, l'affaire se terminerai très certainement devant les tribunaux.

60. M. MORAN BOVIO (Espagne) fait observer qu'il semble y avoir un équilibre entre le paragraphe 1 b et le paragraphe 3 b et que, si ce dernier était supprimé, il faudrait également supprimer le premier. A son avis, il paraît évident que si un fournisseur ou un entrepreneur refuse d'accepter que l'entité adjudicatrice corrige une erreur arithmétique conformément au paragraphe 1 b, l'entité adjudicatrice ne devrait pas accepter l'offre.

61. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend maintenir le paragraphe 3 b.

62. *Il en est ainsi décidé.*

63. Le PRÉSIDENT, invitant la Commission à examiner le paragraphe 4, appelle son attention sur la proposition du Secrétariat énoncée dans le document A/CN.9/377, tendant à ce que soit

ajoutée au paragraphe 4 d une condition expresse selon laquelle l'utilisation d'une marge de préférence doit figurer dans le procès-verbal.

64. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie), ayant exprimé son appui à cette proposition, estime que le facteur prix ne devrait pas être surestimé. Dans ses observations sur l'article 28 (document A/CN.9/376), son gouvernement a indiqué que la pratique envisagée dans les paragraphes 2 et 3 de cet article mettait "l'accent sur le prix comme principal facteur de l'octroi d'un contrat, et l'on pourrait donc considérer qu'elle induit les fournisseurs en erreur. Dans la pratique actuelle, on essaie d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix possible et le prix ne constitue que l'un des facteurs pris en considération." Dans ses observations sur l'article 29, son gouvernement a mentionné plusieurs autres facteurs qui intervenaient dans l'évaluation des offres.

65. Comme mentionné au paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 29 dans le projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type (document A/CN.9/375), "dans certaines procédures d'appel d'offres, l'entité adjudicatrice voudra peut-être choisir une offre en ne se fondant pas que sur le prix". C'est pourquoi la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de retenir "l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée", c'est-à-dire celle qui est retenue sur la base du prix et d'autres critères. Les sous-alinéas ii et iii du paragraphe 4 c énoncent les critères autres que le prix envisagés dans la Loi type.

66. Toutefois, les sous-alinéas ii et iii du paragraphe 4 c ne prennent pas dûment en considération les préoccupations de son gouvernement. Par exemple, en examinant deux offres qui répondent aux critères de présélection et proposent des com-

pétences techniques, des moyens financiers et des ressources en personnel identiques, l'entité adjudicatrice préférera peut-être l'offre faite par le soumissionnaire qui aura déjà une expérience du type de travail à accomplir. Il importe de faire en sorte que l'entité adjudicatrice puisse choisir cette offre, même si la marge commerciale est favorable au soumissionnaire moins expérimenté.

67. Il n'est pas convaincu, à la lecture des sous-alinéas ii et iii du paragraphe 4 c que l'entité adjudicatrice ait ce choix. Il ne ressort pas non plus clairement des articles 6 et 21 que l'entité adjudicatrice dispose d'une marge de liberté suffisante en de tels cas. Il propose donc de modifier le sous-alinéa i du paragraphe 4 b qui pourrait commencer comme suit : "l'offre du soumissionnaire qui a été jugé pleinement capable d'exécuter le contrat et donc l'offre renferme le prix soumissionné le plus bas...". S'il était approuvé, cet amendement donnerait à l'entité adjudicatrice la possibilité de ne pas tenir compte du prix le plus bas, le cas échéant.

68. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que la Loi type a été rédigée de manière à prendre en considération les préoccupations du Gouvernement australien. Premièrement, l'appel d'offres officiel n'est qu'une des méthodes dont dispose l'entité adjudicatrice; les autres méthodes, comme l'appel d'offres en deux étapes, l'appel à la concurrence et la sollicitation de propositions permettent d'envisager un ensemble de facteurs, dont le facteur prix. Deuxièmement, même l'appel d'offres officiel laisse une certaine latitude en ce sens que les offres sont jugées en fonction des qualifications proposées, de leur conformité et du prix.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 506^e séance

Mardi 13 juillet 1993, 9 h 30

[A/CN.9/SR.506]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 9 h 45.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (suite) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add. 1 et 2, A/CN.9/377)

Examen du projet de Loi type sur la passation des marchés (suite)

Article 29 (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du paragraphe 4.

2. M. SHIMIZU (Japon), se référant à l'alinéa c iii du paragraphe 4, dit que le texte proposé par le Groupe de travail étant l'aboutissement de longs débats, il ne proposera pas de le supprimer, mais il tient à ce qu'il soit pris acte du fait que sa délégation aurait préféré sa suppression. En effet, elle considère tout d'abord, par principe, que le critère d'évaluation des offres devrait être le prix. En outre, permettre à une entité adjudicatrice de prendre en considération des critères ayant des incidences

politiques peut conduire à des abus; de tels critères devraient être examinés par une autorité administrative de tutelle. Enfin, les critères indiqués à l'alinéa 4 c iii du paragraphe 4 peuvent compromettre la structure logique de la procédure de passation de marchés telle qu'envisagée dans le projet de Loi type.

3. M. MORAN BOVIO (Espagne), déclare, à propos de la suggestion faite par l'observateur de l'Australie à la séance précédente, qui visait à modifier l'alinéa b i du paragraphe 4, qu'il est d'accord avec le représentant des Etats-Unis d'Amérique et estime qu'il serait préférable de laisser l'alinéa tel quel.

4. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) dit qu'il ne faudrait pas prendre en considération les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs lors de l'évaluation des offres puisqu'on aura déjà déterminé lors de la procédure de présélection lesquels ont les qualifications requises. En essayant de comparer les qualifications d'un fournisseur ou entrepreneur avec celles d'un autre, on introduit un élément de subjectivité qui peut encourager la corruption. Toutefois, l'article 7 rend la procédure de

présélection facultative et M. Walser ne voit pas très bien ce qui se passera en l'absence d'une telle procédure. L'amendement proposé par l'observateur de l'Australie pourrait, à cet égard, se justifier. L'observateur de la Banque mondiale aimerait recevoir des éclaircissements du Secrétariat.

5. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) fait observer qu'en vertu du paragraphe 3 a de l'article 29, une offre soumise par un fournisseur ou un entrepreneur qui n'est pas qualifié doit être rejetée.

6. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) juge dans ce cas inutile l'amendement proposé.

7. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que le projet de Loi type a une structure logique et que la question des qualifications, dûment traitée aux articles 6 et 7 ainsi qu'au paragraphe 3 a de l'article 29, doit demeurer à part.

8. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) dit que sa délégation a soulevé la question afin d'avoir l'opinion d'autres délégations et n'insistera pas pour que la proposition qu'elle a faite à la séance précédente soit examinée plus avant.

9. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la proposition du Secrétariat visant à modifier l'alinéa 4 d (voir document A/CN.9/377) est acceptée.

10. *Il en est ainsi décidé.*

11. *Le paragraphe 4 de l'article 29, tel que modifié, est adopté.*

12. M. MORAN BOVIO (Espagne), se référant au paragraphe 5, prend note de la modification proposée par le Secrétariat dans le document A/CN.9/377. Cette proposition semble justifiée mais ne serait-il pas possible de simplifier le reste du paragraphe en disant seulement que les prix soumissionnés sont, pour toutes les offres, convertibles dans la monnaie indiquée dans le dossier de sollicitations, sans parler de prix exprimés dans "deux monnaies ou plus" ?

13. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), appuyant cette proposition, demande ce qui arrivera si aucune monnaie n'est spécifiée dans le dossier de sollicitation.

14. M. MORAN BOVIO (Espagne) indique qu'en vertu du paragraphe r de l'article 21 le dossier de sollicitation doit spécifier la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres, faute de quoi il sera incomplet.

15. M. JAMES (Royaume-Uni) appuie la proposition du Secrétariat et la suggestion du représentant de l'Espagne. Le libellé définitif pourrait être arrêté par le groupe de rédaction.

16. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se félicitant de la référence faite au paragraphe r de l'article 21 dans la proposition du Secrétariat, partage l'opinion du représentant du Royaume-Uni.

17. Mme CRISTEA (Observatrice de la Roumanie) se demande si la référence est bien nécessaire, puisque l'article 21 r renvoie à l'article 29-5.

18. Le PRÉSIDENT dit que la proposition du Secrétariat et la suggestion du représentant de l'Espagne semblent acceptables en principe, mais que c'est au groupe de rédaction qu'il reviendra de mettre au point le libellé. Il propose que le paragraphe 5 soit adopté compte tenu de cette restriction.

19. *Il en est ainsi décidé.*

20. *Les paragraphes 6, 7 et 8 sont adoptés.*

Article 30

21. *L'article 30 est adopté.*

Article 31

22. M. RAO (Inde), attirant l'attention sur le commentaire relatif à l'article 31 dans le projet de Guide (document A/CN.9/375) dit que cet article semble ne traiter que les intérêts des fournisseurs et des entrepreneurs. Il est nécessaire pourtant de se pencher également sur les intérêts de l'entité adjudicatrice dans les cas où les fournisseurs ou les entrepreneurs se concertent pour fixer les prix.

23. En Inde, le gouvernement ne recourt pas, en règle générale, à la négociation. Cependant, lorsqu'il est prouvé qu'un groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs s'est entendu pour soumettre des prix qui ne sont pas raisonnables, le gouvernement engage des négociations avec tous les intéressés.

24. En conséquence, M. Rao pense que l'article devrait être modifié en y ajoutant un membre de phrase qui pourrait se lire comme suit : "sauf dans les cas où l'entité adjudicatrice a des raisons de croire que les fournisseurs ou les entrepreneurs se sont entendus sur le prix".

25. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), jugeant que le représentant de l'Inde a soulevé une question intéressante, déclare que l'article 31 a pour objectif de préserver l'intégrité de la procédure d'appel d'offres. Cet article, qui est basé sur le principe que des fournisseurs et des entrepreneurs honnêtes ne participeront pas à ce genre de procédure s'ils pensent que l'entité adjudicatrice peut essayer de les contraindre à baisser leur prix, fait que cette dernière n'est pas incitée à essayer d'obtenir un prix plus bas, qui d'ailleurs correspondrait peut-être à un produit ou à un travail de moindre qualité.

26. L'article 33, qui est extrêmement strict, complète l'article 21, qui indique ce que doit contenir le dossier de sollicitation. Si l'entité adjudicatrice ne peut fournir un dossier comprenant toutes les informations requises, elle ne doit pas faire appel à la concurrence mais choisir une autre méthode de passation de marché.

27. Les ententes peuvent être traitées dans le cadre de l'article 30, qui prévoit le rejet de toutes les offres si, par exemple, l'entité adjudicatrice estime qu'il y a cartel de prix. En outre, le projet de Loi type n'exclut pas le recours au droit pénal et il mentionne l'exclusion des fournisseurs et des entrepreneurs convaincus de malhonnêteté.

28. M. MORAN BOVIO (Espagne) partage l'opinion du représentant des Etats-Unis. Selon lui, la possibilité de changer les prix par une négociation entraînera une instabilité.

29. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale), qui est de l'avis des représentants des Etats-Unis et de l'Espagne, déclare que l'interdiction de négociations est un élément central de l'appel d'offres, procédure dans laquelle les fournisseurs et les entrepreneurs savent qu'il ne leur est donné qu'une occasion d'offrir leurs meilleurs prix.

30. Dans les pays où les négociations sont permises, les fournisseurs et les entrepreneurs peuvent proposer des prix de 5 à 10 % supérieurs à leur meilleur prix en sachant qu'ils peuvent les baisser de 3 à 4 % pendant les négociations tout en gagnant plus qu'ils ne le feraient si aucune négociation n'était permise.

31. A la connaissance de M. Walser, il n'y a pas d'ententes sur les prix dans les transactions internationales. Si jamais le cas devait se produire, l'entité adjudicatrice pourrait rejeter toutes les

offres en vertu de l'article 30 et recourir à un appel d'offres en deux étapes, à une sollicitation de propositions ou à une négociation avec appel à la concurrence au titre de l'article 14 *d*. L'article 31 ne devrait certainement pas être modifié pour tenir compte d'un tel cas.

32. M. LEVY (Canada), reconnaissant l'importance du point soulevé par le représentant de l'Inde, dit qu'il est facile d'affirmer que l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres; mais qu'il peut être difficile de s'apercevoir immédiatement que les offres ne répondent pas aux conditions posées. Les entités adjudicatrices ne se rendent souvent compte qu'après la conclusion d'un contrat qu'il y a eu collusion entre les fournisseurs ou les entrepreneurs. Au Canada, des enquêteurs ont, dans deux cas, découvert l'existence d'un cartel seulement un an environ après la conclusion du contrat.

33. Le problème est grave et M. Lévy n'a trouvé aucun moyen de le traiter dans la réglementation des marchés. Le fait d'autoriser des négociations ne servirait à rien et l'article 31 ne devrait donc pas être modifié.

34. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) dit qu'il ne doit pas y avoir de négociation dans une procédure d'appel d'offres et que la Loi type prévoit des négociations dans le cadre d'autres méthodes de passation de marchés.

35. Le PRÉSIDENT dit que la Commission semble être d'avis que l'interdiction de négociations, stipulée à l'article 31, doit être maintenue dans la mesure où la Loi type prévoit plusieurs procédures autres que l'appel d'offres dans lesquelles une négociation est possible. Si tel est bien le cas, l'article 31 peut être adopté sous sa forme actuelle.

36. *L'article 31 est adopté.*

Article 32

37. *Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.*

38. M. SHAYDACHNY (Secrétariat), présentant la modification que le Secrétariat propose d'apporter au paragraphe 3 dans le document A/CN.9/377, dit que l'objectif est de bien préciser que, si l'approbation d'une autorité supérieure est nécessaire, cette condition — mentionnée au paragraphe *x* de l'article 21 — doit être mentionnée dans le dossier de sollicitation.

39. *Le paragraphe 3 est adopté compte tenu de la modification proposée par le Secrétariat.*

40. *Les paragraphes 4 et 5 sont adoptés.*

41. M. ZIMMERMAN (Canada), prenant note de la proposition du Secrétariat relative au paragraphe 6 (document A/CN.9/377) rappelle qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article 11, une partie du procès-verbal de la procédure de passation des marchés est mise à la disposition de quiconque la demande pour examen. L'élargissement de l'obligation de publicité énoncée au paragraphe 6 de l'article 32 ne semble donc pas très utile et pourrait être onéreuse pour l'entité adjudicatrice. La délégation canadienne préférerait que le paragraphe 6 demeure inchangé.

42. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'après avoir examiné une proposition analogue formulée par le Japon (document A/CN.9/376/Add.2), il juge utile la proposition du Secrétariat. La publication d'un avis d'attribution du marché n'est pas nécessairement une obligation onéreuse; il est possible d'utiliser à cette fin un journal officiel ou une publication analogue.

43. M. LEVY (Canada) dit que la proposition du Secrétariat n'indique pas clairement si un avis doit être publié même pour les très petits contrats.

44. S'agissant de l'idée de publier un avis dans un journal officiel ou une publication analogue, ledit avis paraîtra probablement trop tard pour avoir quelque utilité que ce soit et les journaux officiels et autres publications du même type ne sont en général lus que par les fonctionnaires.

45. Mme CRISTEA (Observatrice de la Roumanie) tout en jugeant qu'il faut promouvoir la transparence dans le processus de passation des marchés, doute que les Etats acceptent de publier un avis d'attribution de marché — dans un journal national par exemple — si le marché intéresse la sécurité nationale.

46. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que puisque le paragraphe 2 de l'article 11 prévoit qu'une partie du procès-verbal de la procédure de passation des marchés doit être mise à la disposition de quiconque la demande pour examen, il serait peut-être possible de répondre à la préoccupation que reflète la proposition du Secrétariat en incluant également dans le procès-verbal les nom et adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur retenu.

47. M. James pense, comme l'observatrice de la Roumanie, que les Etats répugneront probablement beaucoup à publier un avis d'attribution ou de marché si ledit marché intéresse la sécurité nationale. En vertu de l'article 1, cependant, les marchés intéressant la sécurité nationale peuvent être exclus du champ d'application de la Loi type si l'Etat en décide ainsi.

48. M. KOMAROV (Fédération de Russie), appuyant la proposition du Secrétariat, déclare qu'en ce qui concerne le point soulevé par l'observatrice de la Roumanie, en cas d'appel d'offres restreint (prévu au paragraphe 3 de l'article 18), l'obligation de publication est limitée.

49. M. LEVY (Canada) propose de modifier l'alinéa 1 *b* de l'article 11 dans les termes proposés par le représentant du Royaume-Uni. S'agissant de la question soulevée par l'observatrice de la Roumanie, il n'est pas convaincu que l'article 11, dans son libellé actuel, y réponde de façon appropriée.

50. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), ayant également demandé à la représentante de la Roumanie de se reporter à l'article 1, dit que l'obligation de publier un avis d'attribution de marché peut, dans certains cas, être lourde, mais que les obligations imposées par la Loi type sont dans l'intérêt, notamment, d'une plus grande transparence. En tout état de cause, la disposition peut être libellée de façon à ce que la condition imposée ne soit pas déraisonnable.

51. La délégation des Etats-Unis estime que, comme l'a fait observer le Gouvernement japonais, l'obligation de publication devrait être étendue aux autres méthodes de passation de marchés, y compris à la sollicitation d'une source unique.

52. M. SHIMIZU (Japon) appuie la proposition du Secrétariat.

53. Mme ZHANG Yuejiao (Chine) dit que sa délégation est favorable à la transparence à condition qu'elle n'aille pas à l'encontre de l'intérêt public, de l'ordre et de la sécurité nationale.

54. Elle propose que pour tenir compte des préoccupations concernant le coût d'une publication on emploie des termes tels que "... l'avis d'attribution du marché sera mis à la disposition du public", une publication ne sera alors pas nécessaire mais les parties intéressées devront pouvoir obtenir les informations qu'elles souhaitent.

55. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite prévoir au paragraphe 6 la publication de l'avis d'attribution du marché mais d'une manière qui n'entraîne pas des coûts considérés pour l'entité adjudicatrice et modifier l'alinéa 1 b de l'article 11 en ajoutant les mots "et les nom et adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel le contrat est adjugé".

56. *Il en est ainsi décidé.*

Articles 33 et 34

57. *Les articles 33 et 34 sont adoptés.*

Article 35

58. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) prend note du fait que dans le document A/CN.9/377 le Secrétariat a proposé d'ajouter au paragraphe 4 la phrase suivante : "L'entité adjudicatrice choisit l'offre à retenir sur la base des meilleures offres définitives." Il propose de modifier la fin de cette phrase de la façon suivante : "... sur la base de ces meilleures offres définitives".

59. *L'article 35, tel que modifié, est adopté.*

Article 36

60. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit qu'après réflexion le Secrétariat souhaite retirer la proposition de modification du paragraphe 1 formulée dans le document A/CN.9/377.

61. M. KOMAROV (Fédération de Russie) propose de résoudre le problème des éléments à inclure dans le prix en faisant référence, dans le Guide, aux INCOTERMS publiés par la Chambre de commerce internationale.

62. Mme CRISTEA (Observatrice de la Roumanie) et M. MORAN BOVIO (Espagne) appuient la proposition du représentant de la Fédération de Russie.

63. Le PRÉSIDENT dit qu'une référence aux INCOTERMS pourrait être incluse dans le Guide et croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 1 tel que soumis par le Groupe de travail dans le document A/CN.9/371.

64. *Il en est ainsi décidé.*

65. *Le paragraphe 2 est adopté.*

66. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), répondant aux représentants du Mexique et de la Thaïlande, dit que le mot fiable au paragraphe 3 se rapporte au fournisseur ou à l'entrepreneur.

67. M. TUVAYANOND (Thaïlande) juge l'expression "conforme aux besoins", au paragraphe 3, trop vague; qui, en effet, décide des besoins de l'entité adjudicatrice ?

68. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) dit que les mots "considéré comme étant fiable" sont vagues et propose de les remplacer par "considéré comme étant qualifié".

69. L'observateur de la Banque mondiale propose par ailleurs de remplacer "conforme aux besoins de l'entité adjudicatrice" par "conforme aux spécifications".

70. M. KOMAROV (Fédération de Russie) appuie les propositions de l'observateur de la Banque mondiale.

71. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que les mots "conforme aux spécifications" seraient en accord avec l'intention du Groupe de travail. Toutefois, les mots "considéré comme étant qualifié" pourraient impliquer que les sollicitations de prix comprennent toute la panoplie des dispositions des articles 6 et 7.

72. M. LEVY (Canada), appuyant les observations faites par le représentant du Secrétariat, dit que "conforme aux spécifications" pourrait constituer une amélioration mais non "considéré comme étant qualifié".

73. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime que les mots "conforme aux spécifications" sont trop formels; comme il est indiqué à l'article 15, les sollicitations de prix sont faites pour "se procurer des biens immédiatement disponibles qui ne sont pas produits spécialement sur la base des spécifications particulières de l'entité adjudicatrice".

74. M. Wallace partage l'opinion du Secrétariat concernant les mots "considéré comme étant qualifié".

75. M. JAMES (Royaume-Uni) déclare, à propos des mots "conforme aux spécifications", qu'on aurait tort d'employer un libellé semblant indiquer que les sollicitations de prix peuvent être utilisées pour l'achat de biens autres que des biens immédiatement disponibles.

76. M. ZIMMERMAN (Canada) partage l'opinion du représentant du Royaume-Uni.

77. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) propose de tenir compte des préoccupations du représentant de la Thaïlande en remplaçant "conforme aux besoins" par "répondant aux besoins".

78. M. TUVAYANOND (Thaïlande) accepte la proposition du représentant des Etats-Unis d'Amérique.

79. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 3 en remplaçant les mots "conforme aux besoins" par les mots "répondant aux besoins".

80. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 507^e séance

Mardi 13 juillet 1993, 14 heures

[A/CN.9/SR.507]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 14 h 10.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377; A/CN.9/XXVI/CRP.5)

Projet de Loi type sur la passation des marchés (*suite*)

Article 37

1. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) pense qu'il y aurait lieu d'intégrer l'article 37 dans l'article 16 pour que toute la procédure de sollicitation d'une source unique soit traitée à l'article 16 plutôt que dans deux articles.
2. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) rappelle qu'à la précédente session de la Commission, le groupe de rédaction avait estimé qu'il fallait distinguer nettement entre les conditions d'utilisation des différentes méthodes de passation des marchés (traitées dans le chapitre II) et la passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres (traitée dans le chapitre IV). Il y a peu à dire sur la procédure en cas de sollicitation d'une source unique mais on a estimé, par souci d'uniformité, qu'un article concernant cette méthode devrait figurer dans le chapitre IV.
3. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) suggère que l'article 37 se termine, comme le paragraphe 3 de l'article 36, par un membre de phrase sur la fiabilité du fournisseur ou de l'entrepreneur. Il pourrait accepter les mots "considéré comme étant qualifié", envisagés à la session précédente à propos du paragraphe 3 de l'article 36, étant entendu que, dans le cas présent également, ces mots n'impliquent pas que toutes les dispositions des articles 6 et 7 entreront en jeu.
4. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) estime que les mots "considéré comme étant qualifié" ne signifient pas que l'entité adjudicatrice devra s'assurer des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs ou engager une procédure de présélection. Peut-être y aurait-il lieu d'ajouter à la fin de l'article 37 un membre de phrase tel que "qui est qualifié au sens du paragraphe 2 de l'article 6"; en effet, il paraît généralement admis que le paragraphe 2 de l'article 6 doit s'appliquer quelle que soit la méthode de passation de marché qui est utilisée.
5. Il est surprenant que l'article 37 se réfère à l'article 16 ("Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique") alors que les articles 33 à 36 ne se réfèrent pas aux articles 14 et 15. Peut-être faudrait-il ajouter les références appropriées dans les articles 33 à 36.
6. M. LEVY (Canada) pense qu'il n'y a aucun risque à ajouter le membre de phrase "qui est considéré comme étant fiable par l'entité adjudicatrice" à la fin de l'article 37.
7. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que, si un tel membre de phrase est ajouté, la Commission voudra peut-être que le groupe de rédaction trouve une formule garantissant qu'en appréciant la fiabilité d'un fournisseur ou d'un entrepreneur, l'entité adjudicatrice ne tiendra pas compte de facteurs autres que ceux dont la prise en considération est envisagée à l'article 6.
8. M. JAMES (Royaume-Uni) croit comprendre que la Commission souhaite permettre à l'entité adjudicatrice d'apprécier la fiabilité, mais pas au moyen des procédures formelles prévues à l'article 6.
9. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) rappelle que le Groupe de travail a placé l'article 6 dans le chapitre premier ("Dispositions générales") parce qu'il estimait que cet article devait s'appliquer à toutes les méthodes de passation des marchés. Quoi qu'il en soit, il n'y a peut-être guère de différence entre les informations que l'entité adjudicatrice pourra rechercher en vertu de l'article 6 et celles qu'elle pourra rechercher en appréciant la fiabilité en ce qui concerne la procédure de sollicitation de prix et la sollicitation d'une source unique.
10. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), faisant observer que l'énumération de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 6 comprend en fait "la fiabilité", dit que dans le texte que la Commission cherche à établir, il faudrait faire une distinction entre l'article 6 et les critères énoncés aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 2 de cet article.
11. M. LEVY (Canada) estime que, s'agissant de la procédure de sollicitation de prix et de la sollicitation d'une source unique, il n'est pas nécessaire de se référer aux critères énoncés aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 2 de l'article 6.
12. Peut-être pourrait-on ajouter à la fin du paragraphe 1 de l'article 6 un membre de phrase tel que "à l'exception de la passation d'un marché conformément aux articles 36 et 37".
13. M. TUVAYANOND (Thaïlande) croit comprendre que l'article 6 s'applique à toutes les méthodes de passation des marchés envisagées dans la Loi type. Il estime par conséquent que les articles 36 et 37 devraient être liés de quelque façon à l'article 6, dont le paragraphe 2 n'est de toute façon pas impératif — comme le précisent les mots "l'entité adjudicatrice peut exiger" figurant dans le chapeau.
14. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) pense que l'emploi du mot "fiable" risque d'ouvrir la voie à des jugements subjectifs et ne voit pas pourquoi les critères énoncés aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 2 de l'article 6 ne devraient pas s'appliquer à toutes les méthodes de passation des marchés. Les passations de marchés envisagées au paragraphe 2 ne sont pas très compliquées.
15. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine) appuie les vues de l'observateur de la Banque mondiale.
16. M. LEVY (Canada) considère lui aussi que les mots "l'entité adjudicatrice peut exiger" figurant dans le chapeau du paragraphe 2 de l'article 6 signifient que ce paragraphe n'est pas impératif; il suggère de rédiger le paragraphe 3 de l'article 36 et l'article 37 de manière à rendre l'idée que "l'entité adjudicatrice peut prendre en considération les critères énoncés aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 2 de l'article 6 si elle le désire".

17. M. TUVAYANOND (Thaïlande) appuie la suggestion du représentant du Canada et suggère d'inclure l'expression "*mutatis mutandis*" dans le texte en question.

18. M. JAMES (Royaume-Uni) suggère, pour le paragraphe 3 de l'article 36 et pour l'article 37, une formulation telle que "un fournisseur ou un entrepreneur que l'entité adjudicatrice juge satisfaisant à ceux des critères énoncés aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 2 de l'article 6 qu'elle considère appropriés aux circonstances".

19. M. TALICE (Uruguay) suggère, étant donné le caractère non impératif du paragraphe 2 de l'article 6, de parler, au paragraphe 3 de l'article 36 et à l'article 37, de "conformité entière ou partielle avec les critères énoncés au paragraphe 2 de l'article 6".

20. Le PRÉSIDENT suggère que la Commission prie le groupe de rédaction de trouver une formulation telle que "un fournisseur ou un entrepreneur qui est considéré comme étant fiable et satisfait aux exigences énoncées aux alinéas *a* et *e* du paragraphe 2 de l'article 6".

21. M. LEVY (Canada) demande si la Commission souhaite remanier le paragraphe 1 de l'article 6 de manière à exclure du champ d'application de l'article 6 la procédure de sollicitation de prix et la sollicitation d'une source unique.

22. M. TUVAYANOND (Thaïlande) estime que l'article 6 devrait rester tel quel.

23. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) fait observer que si l'on employait au paragraphe 3 de l'article 36 et à l'article 37 une formulation telle que "l'entité adjudicatrice peut prendre en considération les critères énoncés aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 2 de l'article 6 si elle le désire", la situation en ce qui concerne les méthodes de passation des marchés autres que la procédure de sollicitation de prix et la sollicitation d'une source unique deviendrait douteuse.

24. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) suggère de ne rien ajouter à l'article 37 au sujet de la fiabilité et de supprimer les mots "et qui est considéré comme étant fiable par l'entité adjudicatrice" au paragraphe 3 de l'article 36.

25. M. LEVY (Canada) appuie cette suggestion.

26. M. JAMES (Royaume-Uni) fait observer que la suggestion du représentant des Etats-Unis d'Amérique romprait le lien entre le paragraphe 3 de l'article 36 et l'article 37, d'une part, et l'article 6, de l'autre. S'il n'y a pas de référence à la fiabilité au paragraphe 3 de l'article 36 et à l'article 37, il devrait y avoir une référence aux qualifications.

27. M. TUVAYANOND (Thaïlande) souhaite voir figurer une référence à la fiabilité tant au paragraphe 3 de l'article 36 qu'à l'article 37.

28. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) est d'accord avec le représentant du Royaume-Uni et croit qu'il devrait y avoir une référence aux qualifications non seulement au paragraphe 3 de l'article 36 et à l'article 37 mais encore aux articles 33 à 35.

29. Mme PIAGGI-VANOSSI (Argentine) appuie la suggestion du représentant des Etats-Unis tendant à ce qu'il n'y ait pas de référence à la fiabilité dans le paragraphe 3 de l'article 36 et à l'article 37, ainsi que la suggestion du représentant de la Thaïlande concernant l'addition de "*mutatis mutandis*".

30. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) suggère de demander au groupe de rédaction de trouver pour l'article 6 une

formule qui autoriserait l'entité adjudicatrice à tenir le plus grand compte des critères énoncés aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 2 de cet article.

31. Le PRÉSIDENT dit que le groupe de rédaction pourrait être prié de rédiger à nouveau le paragraphe 1 de l'article 6. La Commission doit encore décider s'il devrait y avoir des références à la fiabilité dans le paragraphe 3 de l'article 36 et à l'article 37.

32. M. TUVAYANOND (Thaïlande) n'insisterait pas sur sa proposition si l'article 6 pouvait être interprété comme autorisant l'entité adjudicatrice à prendre en considération la fiabilité du fournisseur ou de l'entrepreneur.

33. Le PRÉSIDENT demande au représentant des Etats-Unis si, selon lui, un fournisseur ou un entrepreneur pourrait satisfaire aux normes des alinéas *a* à *e* du paragraphe 2 de l'article 6 sans être fiable.

34. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) pense que l'article 6 pourrait être modifié de manière à tenir compte de la remarque du représentant de la Thaïlande et de la remarque de l'observateur de la Banque mondiale.

35. M. TALICE (Uruguay) suggère que, si le dernier membre de phrase du paragraphe 3 de l'article 36 est supprimé, le paragraphe 1 de l'article 6 soit modifié de manière à indiquer que toutes les méthodes de passation des marchés rentrent dans le champ d'application de l'article 6.

La séance est suspendue à 15 h 35 et reprise à 16 h 15.

36. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) propose d'insérer, vers le début de l'article 6, une phrase telle que "Aucun marché n'est passé sans que le fournisseur ou l'entrepreneur soit qualifié". Il propose aussi d'inclure dans le paragraphe 2 une disposition telle que "Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés qualifiés pour exécuter le marché s'ils répondent à ceux des critères suivants que l'entité adjudicatrice juge appropriés dans le cas particulier", suivie des critères énoncés aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 2.

37. L'idée qui inspire ces propositions est que toutes les méthodes de passation des marchés devraient être couvertes mais que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue d'apprécier les qualifications de façon exhaustive. Il serait tenu dûment compte de l'importance de la fiabilité dans le contexte de la procédure de sollicitation de prix et de la sollicitation d'une source unique sans pourtant que le paragraphe 3 de l'article 36 ou l'article 37 se réfèrent à la fiabilité.

38. M. LEVY (Canada) et M. TUVAYANOND (Thaïlande) accueillent favorablement les propositions.

39. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite adopter l'article 37 compte tenu de ces propositions.

40. *Il en est ainsi décidé.*

41. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) rappelle les décisions que la Commission a prises à sa séance précédente en ce qui concerne le paragraphe 6 de l'article 32 et l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 11 et dit que la Commission ne semble pas avoir donné suite à l'observation du Gouvernement japonais (document A/CN.9/376/Add.2) selon laquelle "cette obligation de publicité devrait ... être étendue aux autres méthodes de passation des marchés, y compris la sollicitation d'une source unique".

Articles 15 bis et 36 bis

42. Le PRÉSIDENT, rappelant le débat qui a eu lieu sur le paragraphe 3 de l'article 18 au cours de la 502^e séance de la Commission, invite la Commission à examiner les articles sur les appels d'offres restreints proposés par la Banque interaméricaine de développement dans le document A/CN.9/XXVI/CRP.5. Il dit que, si les deux articles sont adoptés, le paragraphe 3 de l'article 18 sera supprimé.

43. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que, si les deux articles sont adoptés, leur texte devra être aligné sur la terminologie utilisée dans la Loi type; à moins que des questions de fond ne soient en jeu, cette tâche pourrait être laissée au groupe de rédaction.

44. Il pourrait être utile de comparer les alinéas *a* à *d* de l'article 15 bis au paragraphe 3 du commentaire sur l'article 18 qui figure dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne (document A/CN.9/375). M. Sahaydachny rappelle à ce sujet qu'au cours de la 502^e séance de la Commission, plusieurs membres ont estimé que le membre de phrase "pour des raisons d'économie et d'efficacité", au paragraphe 3 de l'article 18, devrait être explicité.

45. M. MORAN BOVIO (Espagne) approuve l'idée d'inclure dans la Loi type des articles sur les appels d'offres restreints et dit que les détails de rédaction pourraient être réglés par le groupe de rédaction.

46. M. LEVY (Canada) dit qu'il hésite à mettre ainsi en évidence les appels d'offres restreints mais que si la Commission souhaite accepter les propositions dont elle est saisie, il n'y fera pas objection.

47. Il présume que le dernier membre de phrase du paragraphe 2 de l'article 36 bis — "sauf en ce qui concerne les conditions de publicité" — vise les premières phases de la procédure d'appel d'offres, car la publicité du résultat est requise dans toutes les autres méthodes de passation des marchés.

48. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie), comme le représentant du Canada, n'est pas sûr qu'il soit judicieux d'inclure des articles distincts sur les appels d'offres restreints. La Loi type contient déjà, sur les appels d'offres restreints, des dispositions que la Commission a longuement examinées sans parvenir à un accord. Cela étant, M. Griffith préfère que le texte actuel reste tel quel puisqu'il a l'aval du Groupe de travail.

49. Si cependant la Commission décidait d'adopter les deux articles, la référence à "de petites quantités", à l'alinéa *d* de l'article 15 bis, devrait être alignée sur le membre de phrase correspondant de l'alinéa *b* de l'article 17 ("du faible montant ou de la valeur peu élevée"), que la Commission a décidé — à sa 501^e séance — de remplacer par les mots "de la petite quantité ou de la valeur monétaire peu élevée".

50. M. AZZIMAN (Maroc) approuve la proposition de la Banque interaméricaine de développement, qui donnerait à la Loi type une structure plus logique : l'appel d'offres ouvert, méthode préférée, accompagné de certaines dérogations en fonction de conditions spécifiques.

51. Notant que le texte des articles proposés devrait être harmonisé avec la terminologie employée par ailleurs dans la Loi type, il suggère de remplacer, à l'alinéa *c* de l'article 15 bis et au paragraphe 2 de l'article 36 bis, "appel d'offres public" par "appel d'offres ouvert" (par opposition à l'appel d'offres restreint), et d'ajouter le mot "préalable" après le mot "publicité" au paragraphe 2.

52. M. JAMES (Royaume-Uni) n'est pas sûr, lui non plus, que l'introduction de deux nouveaux articles soit la meilleure façon de traiter des appels d'offres restreints.

53. Si l'article 15 bis devait être adopté, il faudrait y ajouter un alinéa *e* traitant de "tous autres cas exceptionnels". M. James n'est pas convaincu que les alinéas *b* et *c* de l'article 15 bis énoncent des raisons valables de recourir à des appels d'offres restreints. Il ne voit pas non plus pourquoi se référer, à l'alinéa *d*, à "de petites quantités" (ou employer un membre de phrase où il soit question "de la petite quantité ou de la valeur monétaire peu élevée"), étant donné le principe fondamental selon lequel les appels d'offres restreints ne se justifient que si la valeur du marché et le coût de la procédure de passation sont tellement hors de proportion que l'appel d'offres ouvert n'est pas souhaitable.

54. La deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 36 bis devra être examinée compte tenu de la décision déjà prise au cours de la séance au sujet de l'article 6.

55. M. TUVAYANOND (Thaïlande) est d'accord avec le représentant du Royaume-Uni sur la nécessité d'ajouter à l'article 15 bis un alinéa *e* traitant de "tous autres cas exceptionnels".

56. En ce qui concerne l'alinéa *b* de l'article 15 bis, il considère que les mots "dûment justifié" sont superflus; c'est aux autorités nationales qu'il appartiendra de décider ce qu'est un "besoin urgent".

57. Comme l'observateur de l'Australie, M. Tuvayanond n'aime pas la formule "de petites quantités", à l'alinéa *d* de l'article 15 bis; peut-être cet alinéa pourrait-il être modifié pour se lire "le marché est d'importance mineure".

58. En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 36 bis, M. Tuvayanond critique l'emploi, dans la deuxième phrase, des mots "de bonne réputation", qui pourraient conduire à une discrimination à l'encontre de nouvelles entreprises au profit d'entreprises bien établies. Il pense que, dans la troisième phrase, "raisonnable" conviendrait mieux que "suffisant".

La séance est levée à 17 h 5.

Compte rendu analytique de la 508^e séance

Mercredi 14 juillet 1993, 9 h 30

[A/CN.9/SR.508]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 9 h 40.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377, A/CN.9/378 et Add.1, A/CN.9/XXVI/CRP.5)

Projet de Loi type sur la passation des marchés (*suite*)Articles 15 bis et 36 bis (*suite*)

1. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) appuie la proposition de la Banque interaméricaine de développement car l'appel d'offres restreint serait ainsi traité comme une méthode de passation des marchés au chapitre II, au lieu d'être enfoui au chapitre III parmi les procédures d'appel d'offres. En ce qui concerne l'article 15 bis, il propose que les alinéas b, c et d soient remplacés par un nouvel alinéa b rédigé comme suit : "le temps et l'argent nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur des biens ou travaux requis". Ce libellé est tiré du paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (document A/CN.9/375).
2. Quant à l'article 36 bis, il propose de supprimer " , sauf en ce qui concerne les conditions de publicité".
3. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'à l'instar des représentants du Canada et du Royaume-Uni et de l'observateur de l'Australie, qui ont exprimé leur opinion vers la fin de la séance précédente, il se demande s'il est opportun d'incorporer deux articles sur l'appel d'offres restreint; on ne devrait pas lui faire une publicité injustifiée. Il préférerait que les dispositions du paragraphe 3 de l'article 18 soient plus rigoureuses.
4. Si la Commission souhaite adopter les articles proposés, il appuiera toutefois la proposition du représentant du Mexique, relative à la modification de l'article 15 bis, et se réservera le droit de proposer des modifications supplémentaires dans cet article.
5. Il convient que la référence aux conditions de publicité figurant à l'article 36 bis devrait être supprimée, bien qu'il faille spécifier que cette suppression a pour objet d'écartier la nécessité d'une publicité préalable par opposition à une publicité *a posteriori*.
6. M. PARRA-PEREZ (Observateur du Venezuela), appuyant fortement la proposition de la Banque interaméricaine de développement, dit qu'en Amérique latine l'appel d'offres restreint est largement utilisé à titre de méthode de passation des marchés intermédiaire entre la sollicitation d'une source unique et l'appel d'offres totalement ouvert.
7. Si la Loi type ne prévoit pas d'appel d'offres restreint, il est possible que les pays latino-américains recourent de plus en plus à la sollicitation d'une source unique. Par conséquent, la proposition de la Banque interaméricaine de développement encouragerait — et non l'inverse — la concurrence et le libre-échange.
8. Les propositions que vient de formuler le représentant du Mexique devront être étudiées. Pour l'instant, M. Parra Perez estime qu'à l'alinéa d de l'article 15 bis, les mots "sur de petites quantités" doivent être transformés en une expression du type "sur une valeur modique".
9. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine) dit qu'il conviendrait de réduire au maximum l'éventualité du recours à l'appel d'offres restreint par l'entité adjudicatrice. En conséquence, elle soutient les propositions formulées par le représentant du Mexique, et en particulier la suppression du dernier membre de phrase de l'article 36 car la publicité devrait être aussi large que possible dans les cas de marché restreint.
10. M. SHIMIZU (Japon), appuyant aussi la proposition mexicaine tendant à supprimer le dernier membre de phrase de l'article 36, reprend la suggestion du Japon sur l'article 18, énoncée dans le document A/CN.9/376/Add.2, et dit que la publicité est primordiale en cas d'appel d'offres restreint; le dossier est accessible au public, mais *a posteriori* seulement. Il est donc favorable à la publication d'une forme d'avis d'attribution dans un journal officiel ou assimilé, étant entendu que cet avis ne devrait pas paraître trop tard pour avoir un intérêt autre qu'historique.
11. Pour ce qui est de la charge incombant à l'entité adjudicatrice du fait des conditions de publicité, M. Shimizu s'associe aux propos tenus à ce sujet, lors d'une séance antérieure, par le représentant des Etats-Unis selon qui de telles charges étaient dans l'intérêt de la transparence.
12. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) manifeste des réticences devant la proposition d'incorporer deux nouveaux articles à un stade aussi avancé de l'examen du projet de Loi type par la Commission. On risque de ne pas avoir suffisamment de temps pour réfléchir aux conséquences de cette incorporation, et la Commission pourrait se rendre compte après coup qu'elle a fait une erreur.
13. Comme le projet contient déjà des dispositions s'appliquant à l'appel d'offres restreint, la Commission devra s'efforcer de les adapter à ce qu'elle juge nécessaire avec un minimum de modifications.
14. M. JAMES (Royaume-Uni) craint que la discussion ne se transforme en un débat entre les pays où l'appel d'offres restreint est usité et les pays où il ne l'est pas; en fait, l'appel d'offres restreint se pratique dans le monde entier — il est, par exemple, autorisé par les directives des Communautés européennes. Parallèlement, tout le monde s'accorde à trouver que l'appel d'offres restreint est moins souhaitable que l'appel d'offres public et qu'il doit être considéré comme une exception.
15. M. James est séduit par la proposition mexicaine de modification de l'article 15 bis car elle met en lumière un point important, à savoir que l'appel d'offres restreint doit être autorisé dans les cas où, par exemple, le coût d'évaluation d'un grand nombre d'offres est supérieur à celui des biens requis.

16. Pour ce qui est de l'alinéa *b* de l'article 15 *bis* tel que le propose la Banque interaméricaine de développement, M. James dit qu'en cas d'urgence l'appel d'offres restreint ne prendra pas beaucoup moins de temps que l'appel d'offres public et que la Loi type prévoit déjà des procédures de nature à faire face à des cas d'urgence.

17. En ce qui concerne l'alinéa *c*, M. James estime que, lorsqu'un appel d'offres public n'a pas donné de résultat, il est improbable qu'un appel d'offres restreint en donne davantage, à moins que les fournisseurs ou les entrepreneurs n'aient, dans l'intervalle, formé une entente.

18. Quant à l'alinéa *d*, les problèmes soulevés lorsque le coût de l'appel d'offres est disproportionné seront résolus par la formulation proposée par le représentant du Mexique, dans laquelle il suggère d'insérer le mot "très" devant "disproportionné".

19. En ce qui concerne la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 36 *bis*, si la sélection est obligatoire pour toutes les méthodes de passation des marchés, on peut supprimer les mots "de bonne réputation, bien connues dans le secteur et".

20. M. James approuve le commentaire du représentant des Etats-Unis selon lequel il faudrait spécifier que cette suppression du dernier membre de phrase de l'article 36 *bis* a pour objet d'écartier la nécessité d'une publicité préalable, et il suggère de remplacer ce membre de phrase par les termes "sauf en ce qui concerne les conditions de sollicitation énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 18". Il souscrit aussi à l'observation du représentant du Japon au sujet de la publication d'une forme d'avis d'attribution dans un journal officiel ou assimilé.

21. En réponse à une question du Président, M. James dit qu'à la lumière de la proposition faite par le représentant du Mexique pour modifier l'article 15 *bis*, il peut retirer sa proposition — formulée lors de la séance précédente — tendant à ajouter un alinéa *e*.

22. M. TUVAYANOND (Thaïlande), notant que les propositions du représentant du Mexique entraîneraient la disparition de l'alinéa *b* de l'article 15 *bis*, dit qu'il ne peut l'accepter; les pays connaissant une croissance économique rapide doivent souvent faire face à des besoins urgents, que l'appel d'offres public ne peut pas satisfaire assez rapidement.

23. Quant à l'alinéa *d* de l'article 15 *bis*, il répète la suggestion qu'il a faite lors de la séance précédente, à savoir modifier le paragraphe comme suit : "le marché est d'une importance mineure".

24. S'il convient que la publicité peut être souhaitable afin de garantir la transparence, il estime qu'il suffira de conserver un procès-verbal qui serait communiqué au public sur demande.

25. M. ANDERSEN (Danemark) exprime ses craintes concernant les conséquences pratiques de l'adoption des deux articles examinés; il estime qu'il vaudrait mieux conserver l'article 18 tel que proposé par le Groupe de travail.

26. Si l'article 36 *bis* doit être accepté toutefois, il souhaite, au paragraphe 1, que le mot "peut" soit remplacé par "doit".

27. M. MORAN BOVIO (Espagne) dit qu'avec les amendements proposés au cours de la discussion, la Commission semble en passe de parvenir à un consensus sur les deux nouveaux articles.

28. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), approuvant le représentant de l'Espagne, estime que le besoin de publicité va

bien au-delà de la conservation d'un procès-verbal et de sa communication au public sur demande.

29. Il suggère qu'à l'alinéa *a* de l'article 15 *bis*, le mot "seulement" soit ajouté après "un nombre limité" et que les mots "produits ou travaux" soient transformés en "biens ou travaux".

30. M. LEVY (Canada) ne peut appuyer le consensus qui semble se dégager. La Loi type comporte d'autres dispositions s'appliquant à l'appel d'offres restreint et il ne voit pas la nécessité de faire de ce type d'appel d'offres une méthode spéciale de passation des marchés.

31. M. PHUA (Singapour) dit que la référence à des "raisons d'économie et d'efficacité" au paragraphe 3 de l'article 18 doit être incluse dans l'article 15 *bis*, et que l'obligation — mentionnée aussi au paragraphe 3 de l'article 18 — de consigner dans le procès-verbal de la procédure de passation des marchés les motifs et les circonstances du recours à l'appel d'offres restreint doit trouver son expression à l'article 36 *bis*, dont le membre de phrase final sera remplacé par un renvoi aux paragraphes 1 et 2 de l'article 18.

32. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que, si un article relatif à l'appel d'offres restreint est inclus dans le chapitre II, la condition relative au procès-verbal énoncée au paragraphe 2 de l'article 11 sera applicable.

33. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il a du mal à comprendre pourquoi on ne réfléchit pas davantage au danger que représente l'ajournement de projets gouvernementaux et pourquoi la suppression des alinéas *b*, *c* et *d* de l'article 15 *bis* est si sérieusement envisagée.

34. Le PRÉSIDENT rappelle au représentant de la Thaïlande que d'autres méthodes de passation de marchés, telles que la sollicitation d'une source unique, sont prévues dans les cas d'urgence.

35. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) partage l'opinion du représentant du Royaume-Uni selon qui, dans les cas d'urgence, l'appel d'offres restreint ne prendra pas beaucoup moins de temps que l'appel d'offres public.

36. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), répondant à une question soulevée par le représentant des Etats-Unis, dit que l'alinéa *a* de l'article 15 *bis* porte sur la complexité ou la spécialisation des biens ou travaux, tandis que l'alinéa *b*, tel qu'il le propose, vise des situations où le temps et l'argent nécessaires à la procédure d'appel d'offres sont nettement disproportionnés par rapport à la valeur du marché envisagé.

37. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) dit que, dans l'idéal, l'appel d'offres restreint ne devrait être autorisé que dans les circonstances prévues à l'alinéa *a* de l'article 15 *bis*. S'il n'existe, toutefois, qu'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'entité adjudicatrice devrait être tenue de leur adresser des invitations à tous.

38. Si l'alinéa *b*, tel qu'il est proposé par le représentant du Mexique, est adopté, il faudrait sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs invités car la sollicitation d'un grand nombre d'offres se traduirait par des coûts d'évaluation disproportionnés.

39. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) suggère que les mots "sélectionnés par elle" soient supprimés de la première phrase du paragraphe 1 de l'article 36 *bis* car l'idée fondamentale est exprimée par les mots "sélectionnés de manière non discriminatoire" figurant dans la deuxième phrase.

40. Le PRÉSIDENT demande à la Commission si elle souhaite, sous réserve de l'avis du groupe de rédaction, adopter l'article 15 *bis* modifié comme suit :

(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation,)) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation des marchés par appel d'offres restreint, lorsque cela s'avère nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, conformément à l'article 36 *bis*, dans les cas suivants :

a) En raison de la nature hautement complexe ou spécialisée des biens ou des travaux demandés, il n'existe pour ces biens ou ces travaux qu'un nombre limité seulement de fournisseurs ou d'entrepreneurs;

b) Le temps et l'argent nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur des biens ou travaux requis.

41. *Il en est ainsi décidé.*

42. Le PRÉSIDENT demande ensuite à la Commission si elle souhaite, sous réserve de l'avis du groupe de rédaction, adopter l'article 36 *bis* sans les membres de phrase "sélectionnés par elle" et "de bonne réputation, bien connus dans le secteur et" au paragraphe 1, et en remplaçant les mots "les conditions de publicité" du paragraphe 2 par "les conditions de sollicitation énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 18".

43. *Il en est ainsi décidé.*

44. Le PRÉSIDENT demande enfin à la Commission si elle souhaite prier le groupe de rédaction : d'élaborer un libellé reprenant l'idée avancée par l'observateur de la Banque mondiale selon laquelle les invitations à soumettre une offre devraient être envoyées à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dans les circonstances prévues à l'alinéa *a* de l'article 15 *bis*; d'examiner si, au paragraphe 1 de l'article 36 *bis*, les mots "peut solliciter" devraient être remplacés par "doit solliciter"; et d'étudier comment envisager la publication d'une forme d'avis d'attribution dans un journal officiel ou assimilé.

45. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est suspendue à 11 h 25; elle est reprise à 11 h 55.

Articles 38 à 43

46. M. TUVAYANOND (Thaïlande), se reportant au paragraphe 1 de l'article 38, dit que la perte ou le dommage causé ne devrait pas être le principal motif de déclenchement du mécanisme de recours; le recours devrait être autorisé si le fournisseur ou l'entrepreneur a de bonnes raisons de croire que l'entité adjudicatrice viole une obligation aux termes de la Loi type. Il est parfois très difficile de prouver que la perte ou le dommage causé découlent de la violation d'une obligation par l'entité adjudicatrice.

47. M. JAMES (Royaume-Uni) dit qu'il doit, bien sûr, y avoir une violation alléguée d'une obligation de la part de l'entité adjudicatrice pour qu'un recours soit introduit mais, dans la plupart des systèmes de *common law* et, pense-t-il, dans la plupart des juridictions de droit civil, le fournisseur ou entrepreneur doit, pour être à même d'entamer une procédure de recours, déclarer avoir subi une perte ou un dommage — ou être en passe de le subir. On ne devrait pas s'écarter du principe selon lequel une telle déclaration doit s'ajouter à celle de la violation d'une obligation de la part de l'entité adjudicatrice.

48. M. PHUA (Singapour), d'accord avec le représentant du Royaume-Uni, dit que le paragraphe 1 de l'article 38 devrait être laissé tel quel. A ce propos, il note que les commentaires relatifs

à l'article 38, qui figurent dans le projet de Guide (document A/CN.9/375), notent qu'il faut éviter "un risque de perturbation excessif qui pourrait avoir des incidences néfastes sur l'économie et l'efficacité des marchés publics"; il fait aussi valoir que l'importance du préjudice subi pour qu'un recours puisse être introduit est une question qui doit être résolue en application des règles juridiques pertinentes de l'Etat.

49. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) appuie les propos du représentant du Royaume-Uni. Les différentes questions ont été examinées par le Groupe de travail, qui est parvenu à un texte équilibré. Une modification nuirait à la structure du chapitre V de la Loi type.

50. M. KOMAROV (Fédération de Russie) estime qu'il est logique de limiter aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont subi ou risquent de subir une perte, la possibilité de former un recours.

51. M. MORAN BOVIO (Espagne) suggère — à titre de procédure et pour gagner du temps — que, lorsqu'une proposition de modification du texte du Groupe de travail rencontre une opposition et ne bénéficie d'aucun autre appui, il vaudrait mieux y renoncer et décider simplement de laisser le texte tel quel.

52. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) appelle l'attention sur la note de bas de page relative à l'intitulé du chapitre V, qui spécifie que les dispositions sur le droit de recours sont facultatives. Il n'est peut-être pas nécessaire que le texte de ce chapitre fasse l'objet d'un débat approfondi.

53. Le PRÉSIDENT propose que la Commission examine les articles 38 à 43 (chapitre V) comme un tout.

54. M. TUVAYANOND (Thaïlande) déclare qu'il peut appuyer l'adoption du chapitre dans son ensemble, mais qu'il voudrait demander s'il est prévu de laisser dans la version finale les crochets entourant certains membres de phrase.

55. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit qu'il est prévu de maintenir les crochets, l'idée étant de laisser aux Etats le choix entre plusieurs possibilités.

56. Mme CLIFT (Observateur de l'Australie), appuyant l'adoption des articles 38 à 43, dit que le commentaire figurant dans le projet de Guide devrait être plus explicite sur les motifs présidant au choix de l'option I ou II dans le cas de l'alinéa *f* du paragraphe 3 de l'article 40.

57. Le PRÉSIDENT dit qu'il sera tenu compte de ce point lorsque la Commission abordera le projet de Guide.

58. Mme CRISTEA (Observateur de la Roumanie), rappelant que la Commission a décidé de supprimer le paragraphe 3 de l'article 18, demande si l'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article 38 sera supprimé en conséquence.

59. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit qu'à son avis l'alinéa en question devrait être supprimé; la question visée serait maintenant traitée par l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 38.

60. M. JAMES (Royaume-Uni) appuie la modification de l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 38 proposée dans le document A/CN.9/377 par le Secrétariat. Le groupe de rédaction pourrait décider si le paragraphe 2 de l'article 38 doit renvoyer à l'alinéa *s* de l'article 21.

61. Le PRÉSIDENT demande si la Commission est prête à adopter les articles 38 à 43 avec la modification proposée par le Secrétariat en ce qui concerne l'alinéa *d* du paragraphe 2 de

l'article 38, à condition que les renvois soient vérifiés par le groupe de rédaction.

62. *Il en est ainsi décidé.*

Article 32 (suite)

63. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), rappelant qu'à sa 506^e séance la Commission a accepté que le paragraphe 6 de l'article 32 autorise la publication de l'avis d'attribution du marché, mais à condition que cela ne nécessite pas des dépenses excessives pour l'entité adjudicatrice, suggère que le paragraphe 6 de l'article 2 prévoit la détermination d'un chiffre seuil, en deçà duquel il suffirait de publier l'avis dans un journal officiel ou assimilé, ou bien aucune publication ne serait requise, et au-delà duquel l'avis d'attribution serait obligatoire afin d'en garantir la communication à tous les intéressés.

64. M. TUVAYANOND (Thaïlande) pense qu'il serait suffisant de disposer que le public doit avoir accès à des informations sur toutes les décisions prises.

65. M. LEVY (Canada) dit qu'il peut accepter l'idée qui sous-tend la suggestion du représentant des Etats-Unis et propose que l'amendement du paragraphe 6 de l'article 32 prenne la forme d'une nouvelle phrase du type : "Les entités adjudicatrices, conformément à leur réglementation, publient l'avis d'attribution de marché".

66. M. JAMES (Royaume-Uni) pense que cette solution est peut-être trop sommaire; la portée de la publicité requise doit dépendre de la valeur du marché.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 509^e séance

Mercredi 14 juillet 1993, 14 heures

[A/CN.9/SR.509]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 14 h 5.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*) (A/CN.9/371, A/CN.9/375, A/CN.9/376 et Add.1 et 2, A/CN.9/377, A/CN.9/378 et Add.1, A/CN.9/XXVI/CRP.5)

Examen du projet de Loi type sur la passation des marchés (*suite*)

Article 11 bis

1. Le PRÉSIDENT invite la délégation des Etats-Unis à présenter sa proposition.

2. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), rappelant le bref débat sur l'article 32 qui a eu lieu à la fin de la séance précédente, propose d'ajouter un article 11 *bis* libellé comme suit : "*Publication de l'avis d'attribution du marché.* L'entité adjudicatrice publie, dans toutes les procédures de passation des marchés, un avis d'attribution du marché, promptement après l'entrée en vigueur dudit marché et de la manière prévue dans la réglementation des marchés."

3. Mme ZHANG Yuejiao (Chine) serait disposée à accepter la proposition du représentant des Etats-Unis, bien que préférant la proposition formulée par le représentant du Canada à la fin de la séance précédente.

4. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que la Loi type ne devrait pas imposer à l'entité adjudicatrice l'obligation de publier un avis d'attribution du marché pour les marchés de faible valeur. Un avis devrait effectivement être publié pour la plupart des marchés, mais non pour ceux qui ne dépassent pas une certaine valeur monétaire à fixer en fonction de la situation économique des Etats adoptant la Loi type.

5. M. LEVY (Canada), appuyant les observations faites par le représentant du Royaume-Uni, déclare que la proposition formulée par la délégation canadienne à la fin de la séance précédente contient le même piège que la proposition du représentant des Etats-Unis, à savoir que la publication demeure obligatoire dans tous les cas, ce que la délégation canadienne ne souhaitait pas. La réglementation des marchés devrait indiquer comment et dans quelles limites publier les avis d'attribution du marché, et il devrait y avoir un plancher en dessous duquel la publication n'est pas obligatoire.

6. M. Levy propose donc le libellé suivant : "La réglementation des marchés spécifie dans quels cas et de quelle manière l'entité adjudicatrice publie un avis d'attribution du marché."

7. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) propose le libellé modifié suivant : "L'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution du marché, de la manière et dans les limites prévues dans la réglementation des marchés."

8. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) invite à la prudence en ce qui concerne une référence à la réglementation des marchés car la Loi type n'est pas basée sur le principe qu'une telle réglementation existe.

9. M. PHUA (Singapour) suggère que le libellé modifié, proposé par le représentant des Etats-Unis, constitue le paragraphe 1 de l'article 11 *bis*, qui pourrait être suivi d'un paragraphe 2 libellé comme suit : "Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...]". L'Etat adoptant la Loi type pourrait insérer le chiffre approprié.

10. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) demande instamment à la Commission d'imposer dans cette disposition une

obligation et propose le libellé suivant : "L'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution pour tous les marchés."

11. Si l'on estime qu'une telle disposition entraînera des dépenses déraisonnables pour les petits marchés, les journaux officiels pourraient peut-être être utilisés comme support normal pour ces avis.

12. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine), appuyant la proposition du représentant des Etats-Unis, partage l'opinion de l'observateur de l'Australie en ce qui concerne le recours aux journaux officiels.

13. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que sa délégation est prête à accepter la proposition du représentant de Singapour mais, à son avis, la disposition du paragraphe 2 devrait être facultative — "Le paragraphe 1 n'est pas nécessairement applicable ...".

14. En ce qui concerne le paragraphe 1, M. Griffith propose le libellé suivant : "L'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution du marché. La réglementation des marchés peut prévoir la publication."

15. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que les délégations semblent souhaiter que le paragraphe 1 de l'article 11 *bis* énonce que les attributions des marchés doivent faire l'objet d'un avis dans le journal officiel des Etats adoptant la Loi type et que cette règle soit subordonnée au paragraphe 2, dans lequel il serait indiqué que la réglementation des marchés peut fixer une valeur monétaire en dessous de laquelle l'obligation de publication ne s'applique pas.

16. Pour ce qui est de l'idée de rendre optionnelle la disposition du paragraphe 2, M. Sahaydachny fait observer que l'ensemble de la Loi type est, dans un certain sens, optionnel.

17. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que, d'après ce que croit comprendre sa délégation, le libellé pour lequel les membres de la Commission penchent actuellement est à peu près le suivant :

"1. L'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attributions du marché. La réglementation des marchés peut prévoir une publication.

2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...]."

18. Le Guide pourrait mentionner la possibilité de recourir au journal officiel dans les pays qui en possèdent.

19. M. JAMES (Royaume-Uni) propose de modifier comme suit le paragraphe 2 : "Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à celle qui est spécifiée dans la réglementation des marchés". La disposition serait ainsi optionnelle puisqu'elle dépendrait de l'existence dans un Etat d'une réglementation des marchés.

20. M. LEVY (Canada) dit que compte tenu de ce que viennent de déclarer les représentants de l'Australie et du Royaume-Uni, il propose le libellé suivant :

"1. L'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution du marché.

2. Des règles peuvent être établies, énonçant de quelle manière et dans quelles limites les avis sont publiés.

3. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés inférieurs à une certaine valeur spécifiée dans la réglementation des marchés."

21. Le PRÉSIDENT demande à la Commission si elle peut accepter le libellé de l'article 11 *bis* proposé par le représentant du Canada.

22. *Il en est ainsi décidé.*

23. Le PRÉSIDENT dit que la Commission a terminé son examen du projet de Loi type et l'invite à procéder à l'examen du projet de Guide.

Examen du projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (A/CN.9/375)

24. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant à la note du Secrétariat sur les marchés de services (document A/CN.9/378/Add.1), demande si la Commission sera en mesure de traiter cet élément de ses travaux futurs possibles à la présente session. Il demande également si la Commission examinera la possibilité de faire établir par le Secrétariat une courte note sur les échanges de données informatisées (EDI) dans le cadre de la passation des marchés.

25. Le PRÉSIDENT espère que la Commission aura l'occasion d'examiner les deux questions avant la fin de la session, dans le cadre de ses travaux futurs.

26. Mme ZIMMERMAN (Canada) demande si la Commission examinera le rapport du groupe de rédaction avant ou après le projet de Guide.

27. Le PRÉSIDENT dit que le groupe de rédaction terminera bientôt son rapport mais pense que la Commission devrait, en attendant, examiner le projet de Guide.

28. M. MORAN BOVIO (Espagne) propose que les observations portant sur des questions purement linguistiques soient soumises directement au Secrétariat.

29. Le PRÉSIDENT approuve cette proposition.

30. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) rappelle que les membres de la Commission sont, à de nombreuses occasions au cours de l'examen du projet de Loi type, convenus de faire état de certains points dans le Guide, ce qui amène à se demander de quelle manière il faut procéder pour l'examen dudit Guide que la Commission souhaite approuver au cours de sa présente session.

31. M. LEVY (Canada) propose que la Commission examine d'abord le rapport du groupe de rédaction et passe au projet de Guide quand elle aura terminé une section du rapport.

32. Le PRÉSIDENT préférerait que la Commission commence par le projet de Guide.

33. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) partage l'opinion du représentant du Canada. Une section du rapport du groupe de rédaction (document A/CN.9/XXVI/CRP.4) est déjà disponible et les délégations pourraient l'examiner avant la prochaine séance. Il serait ensuite possible de décider combien de temps allouer à l'examen du projet de Guide.

34. Le PRÉSIDENT invite instamment la Commission à examiner le projet de Guide en commençant par l'introduction.

Introduction du projet de Guide et commentaire relatif au préambule

35. M. KOMAROV (Fédération de Russie) rappelle à propos du paragraphe 11 (*Méthodes de passation des marchés prévues par*

la *Loi type*) que la Commission a adopté un article 15 *bis* qui fait de l'appel d'offres restreint une méthode de passation des marchés, ce dont il devrait être fait état dans la deuxième partie du paragraphe 11 de l'introduction, ou dans une autre partie du projet de Guide.

36. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que le Secrétariat tiendra compte dans le projet de Guide de tous les changements que la Commission a apportés au projet de *Loi type*.

37. M. FRIES (Etats-Unis d'Amérique) déclare, à propos des paragraphes 12 à 16 de l'Introduction (*Administration de la passation des marchés*), qu'il faudrait mettre davantage l'accent sur le rôle clef des organes de l'Administration dans l'application de la réglementation des marchés et sur la nécessité de leur donner les moyens d'agir.

38. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) partage l'opinion du représentant des Etats-Unis.

39. Les paragraphes 17 et 18 de l'introduction (*Marchés de services*) devraient être mis à jour compte tenu de la décision de la Commission d'examiner le sujet à une autre occasion.

40. En outre, il conviendrait de mettre davantage l'accent dans le Guide sur les principes fondamentaux qui sous-tendent la *Loi type*, particulièrement le besoin de transparence et d'honnêteté de la part des administrations publiques. La Commission pourrait peut-être donner des instructions au bureau dans ce sens.

41. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), proposant de supprimer la dernière phrase du paragraphe 18, dit que la Commission doit encore décider dans quelle mesure les entités adjudicatrices doivent prendre le prix en considération lorsqu'elles attribuent des marchés de services.

42. Revenant aux questions de procédures, M. Wallace dit qu'il hésite quelque peu à confier au Secrétariat la tâche de reproduire dans le Guide toutes les nuances des conclusions adoptées par la Commission.

43. Le PRÉSIDENT dit que c'est à la Commission de donner des instructions au Secrétariat sur ce que doit contenir le projet de Guide.

44. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) est convaincu que le bureau est capable de faire état des conclusions de la Commission dans le Guide. Cependant, la Commission dispose maintenant de trop peu de temps pour examiner tout le texte du projet.

45. Peut-être pourrait-elle aller le plus loin possible et charger ensuite le bureau d'établir un nouveau projet qui serait distribué aux membres de la Commission pour qu'ils soumettent des observations dans un délai de, disons, quatre-vingt-dix jours.

46. En tout état de cause, la Commission devrait éviter d'avoir à réexaminer ce point à sa prochaine session.

47. M. LEVY (Canada), approuvant cette approche, dit que le représentant des Etats-Unis est peut-être trop pessimiste quant à la capacité du Secrétariat de faire transparaître dans le Guide les conclusions de la Commission.

48. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que le Guide est un document extrêmement important et que la Commission devrait lui accorder toute l'attention qu'il mérite.

49. Une procédure pratique — bien qu'en aucun cas idéale — pourrait consister à suivre la démarche proposée par l'Australie. Ainsi la Commission pourrait adopter le projet de Guide à titre

provisoire; le Secrétariat le réviserait en tenant compte des rapports pertinents du Groupe de travail et des observations faites pendant la présente session; le projet révisé serait distribué aux membres de la Commission aux fins d'observations; le Secrétariat publierait ensuite le texte final en tenant compte des observations qu'il aura reçues.

50. Mme DODSWORTH (Royaume-Uni) déclare que personne ne sous-estime l'importance du Guide. Toutefois, pendant le temps qu'il lui reste à la présente session, la Commission pourrait faire plus que mettre en relief les points clefs, en confiant au Secrétariat le soin de rédiger le texte dans le détail. Tout point oublié pourrait être traité par les membres de la Commission dans le cadre des observations sur le projet révisé.

51. Mme ZIMMERMAN (Canada) demande si la Commission a déjà adopté un document à titre provisoire avant qu'il ne soit vraiment terminé.

52. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que le seul cas qui lui vient immédiatement à l'esprit est celui du Guide juridique pour les opérations internationales d'échanges compensés, mais les questions laissées en suspens étaient alors seulement terminologiques.

La séance est suspendue à 15 h 32 et reprise à 16 h 5

53. Le PRÉSIDENT demande au représentant des Etats-Unis d'Amérique de présenter le compromis adopté pendant la suspension de séance.

54. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que les membres de la Commission sont convenus de ce qui suit : la Commission examinera le projet de Guide aussi complètement que possible dans le temps qui lui reste; le Secrétariat établira ensuite, dans des délais raisonnables, un projet révisé en tenant compte des délibérations de la Commission et des changements qu'elle aura apportés à la *Loi type* et en prenant en considération les divers rapports de la Commission et du Groupe de travail; ce projet révisé sera envoyé aux membres de la Commission aux fins d'observations, qui devront être soumises dans un délai de trente à quarante jours; enfin le Secrétariat sera chargé d'établir le texte final.

55. Le PRÉSIDENT dit que, pour autant qu'il puisse voir, cette approche pose un seul problème, à savoir que les membres de la Commission pourraient présenter des observations opposées.

56. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) ne pense pas que ce soit là un problème; le Secrétariat a suffisamment d'expérience pour trouver une solution dans le cas d'observations antagonistes.

57. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie), qui partage l'opinion du représentant du Mexique, déclare qu'un problème peut se poser si le Secrétariat reçoit une observation demandant une reformulation importante ou l'incorporation d'un élément qui n'a pas été examiné au sein du Groupe de travail ou de la Commission. Mais, là encore, le Secrétariat a suffisamment d'expérience pour juger si une observation doit ou non être reflétée dans le Guide.

58. M. MORAN BOVIO (Espagne) pense qu'il faut faire attention à ne pas surcharger le Secrétariat de travail et que le projet de Guide a seulement besoin d'être mis à jour compte tenu des débats qui ont eu lieu et des décisions qui ont été prises pendant la présente session de la Commission.

59. Le PRÉSIDENT dit que les membres de la Commission semblent d'accord pour que le projet de Guide soit adopté à titre provisoire en attendant l'incorporation, par le Secrétariat, des observations reçues des Etats Membres dans un certain délai.

60. M. TUVAYANOND (Thaïlande) propose d'appeler le Guide "commentaire"; tout ce que le Secrétariat aura alors à faire sera de le mettre à jour.

61. M. MORAN BOVIO (Espagne) exprime quelque appréhension concernant la suggestion du représentant de la Thaïlande.

62. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) ne comprend pas bien si le commentaire auquel fait allusion le représentant de la Thaïlande est le commentaire mentionné au paragraphe 5 de l'introduction au rapport du Groupe de travail sur sa quinzième session (document A/CN.9/371).

63. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que l'on a si souvent évoqué l'adoption provisoire de la Loi type et du Guide qu'il serait utile que la Commission examine quand l'adoption finale doit avoir lieu.

64. S'agissant des travaux futurs du Secrétariat, M. Herrmann déclare que le Groupe de travail a fonctionné de façon informelle, sans établir de rapports et que le Secrétariat pourrait effectivement avoir des problèmes s'il reçoit des observations opposées sur le projet de Guide.

65. M. FRIES (Etats-Unis d'Amérique) croit qu'effectivement la Commission devrait se pencher sur la question de l'adoption finale.

66. Le représentant des Etats-Unis pense que la plupart des observations formulées sur le projet révisé concerneront la forme, quelques-unes seulement portant sur le fond. De toute façon, elles devront avoir un rapport avec les débats qui ont eu lieu pendant la présente session et ne pas soulever de nouvelles questions prêtant à controverse.

67. M. TUVAYANOND (Thaïlande) est convaincu que le Secrétariat a pris note de toutes les observations et de toutes les conclusions devant être reflétées dans le Guide et que la Commission n'aura pas à attendre la prochaine session pour l'adopter.

68. M. KOMAROV (Fédération de Russie) appuyant les déclarations du représentant de la Thaïlande, dit qu'il ne voudrait pas que l'adoption finale de la Loi type soit repoussée parce que la rédaction du projet de Guide avance trop lentement. La Commission pourrait recourir à la même méthode de travail que pour l'établissement et l'adoption du Guide juridique pour les opérations internationales d'échanges compensés.

69. Le PRÉSIDENT déclare que si la Commission souhaite approuver le projet de Guide, à condition qu'il reflète les conclusions qu'elle a adoptées à la présente session, elle devrait le passer en revue pour voir si des points ont été oubliés.

70. *Il en est ainsi décidé.*

71. *L'introduction au projet de Guide et le commentaire relatif au préambule sont approuvés.*

Commentaires relatifs aux articles 1 à 8

72. *Les commentaires relatifs aux articles 1 à 8 sont approuvés.*

Commentaire relatif à l'article 9

73. M. PHUA (Singapour) dit que la dernière phrase du paragraphe 1 présuppose que la législation nationale autorise déjà le recours à l'EDI pour la passation des marchés. Il faudrait bien préciser, dans le commentaire, que le recours à l'EDI dans la passation des marchés est fonction de la législation nationale.

74. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) propose à cet égard d'indiquer que l'article 9 n'a pas été conçu comme une disposition générale habilitant les Etats à utiliser l'EDI dans la passation des marchés et que la Loi type ne contient pas, à l'heure actuelle, une telle disposition habilitante générale.

75. Revenant aux questions de procédure, M. Wallace demande si le Secrétariat a l'intention d'envoyer un projet de Guide révisé aux membres de la Commission pour qu'ils formulent des observations.

76. Le PRÉSIDENT dit qu'il a cru comprendre que la Commission avait renoncé à cette idée et voulait que tout soit décidé à la présente session, sous réserve de mise à jour par le Secrétariat. Toutes les délégations pourraient néanmoins faire ultérieurement des suggestions dont il sera tenu compte dans le rapport.

77. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) n'est pas sûr que ce soit là le consensus qui doit se dégager. Selon lui, la Loi type doit certes être adoptée sous sa forme définitive avant la fin de la présente session, mais, par ailleurs, seul un guide bien révisé permettrait de renforcer l'impact du travail de la Commission. Celle-ci doit disposer de suffisamment de temps pour délibérer, formuler des observations et réfléchir.

78. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit que le plus grand problème concerne indubitablement les articles modifiés ou ajoutés pendant la présente session et il se demande si les membres de la Commission auront la possibilité de voir le nouveau texte avant de quitter Vienne.

79. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) répond que le Secrétariat peut sortir très rapidement un nouveau texte si on le lui demande, mais préférerait ne pas avoir à le faire car il souhaite présenter un travail soigné.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 510^e séance

Jeudi 15 juillet 1993, 9 h 30

[A/CN.9/SR.510]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 9 h 45.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PAS-SATION DES MARCHÉS (suite)

Examen du projet de Guide (A/CN.9/375) (suite)

1. Le PRÉSIDENT espère que la Commission pourra finir d'examiner le Guide dans la matinée, ce qui lui permettrait, dans l'après-midi, d'aborder le rapport du groupe de rédaction. Il demande si les membres de la Commission ont d'autres observations à faire sur la section du Guide relative à l'article 9.

2. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) souhaiterait profiter de cette occasion pour revenir au commentaire sur le préambule ainsi qu'aux commentaires sur certains des premiers articles.

3. Afin de dissiper tout malentendu, il tient à souligner que rien dans ce qu'il a dit le jour précédent ne doit donner à entendre que sa délégation est opposée à l'adoption du projet de Guide à la présente session. Il a simplement voulu faire observer que, en raison du peu de temps disponible, il serait peut-être difficile d'aboutir à un accord sur une version définitive satisfaisante pour tous. Il faudrait laisser au Secrétariat le soin de revoir le Guide à la lumière de l'échange de vues intervenu au cours de la présente session.

4. Le PRÉSIDENT ne voit aucune difficulté à procéder de la manière proposée par le représentant des Etats-Unis.

Commentaire sur le préambule

5. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que la première phrase du commentaire sur le préambule soulève des difficultés, en ce sens que, selon le système juridique du pays concerné, la raison justifiant l'inclusion d'un énoncé des objectifs pourrait être ou pourrait ne pas être de faciliter l'interprétation et l'application de la Loi type. La question de savoir si le préambule a force de loi est une question délicate et il n'est pas sûr que le Guide devrait renfermer un énoncé aussi général.

6. M. TUVAYANOND (Thaïlande) fait valoir que, pour son pays du moins, ce préambule est important et il souhaite qu'il soit maintenu sans changement.

7. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que, bien qu'un certain nombre de pays n'adoptent pas dans les lois qu'ils promulguent des préambules intéressant l'interprétation de ces lois, cette question est visée par la recommandation formulée dans la dernière phrase du commentaire sur le préambule.

8. Il rappelle à la Commission qu'à un moment donné le libellé faisant l'objet du préambule avait été incorporé dans la Loi type proprement dite, en tant qu'article 3. Il avait ensuite été décidé que ce libellé conviendrait mieux pour un préambule car il ne crée pas en soi de droits ou d'obligations. Toutefois, il a sûrement été considéré comme une disposition dont l'objet est d'influencer l'interprétation de la Loi type. M. James estime lui aussi que les principes formulés dans le préambule sont extrêmement importants.

9. M. PHUA (Singapour) reconnaît que la dernière phrase du commentaire sur le préambule devrait suffire pour tenir compte des préoccupations exprimées par le représentant des Etats-Unis. Si elle ne suffit pas, on pourrait peut-être ajouter dans cette phrase après les mots "d'inclure des préambules" l'expression "ou d'utiliser des préambules pour interpréter et appliquer les lois".

10. M. MORAN BOVIO (Espagne) dit que, du moins dans les pays de droit romain — par opposition aux pays de *common law* — le préambule sous sa forme actuelle jouerait un rôle utile, car l'énoncé des objectifs faciliterait effectivement l'interprétation et l'application de la loi et serait pris en considération par les législateurs et les juges. Toutes les difficultés auxquelles risqueraient d'être confrontés les pays de *common law* pourraient être surmontées en adoptant l'amendement proposé par le représentant de Singapour.

11. M. SOLIMAN (Egypte) est d'avis qu'il faudrait maintenir le préambule sans changement.

12. M. LEVY (Canada) appuie la proposition faite par le représentant de Singapour.

13. *Le commentaire sur le préambule est adopté ainsi modifié.*

Commentaire sur l'article premier

14. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'au paragraphe 1 du commentaire sur l'article premier, le membre de phrase "tous les types de passation de marchés seront régis par la Loi type" pourrait donner à entendre que l'acquisition de services est également visée. Il préférerait que ce membre de phrase soit libellé comme suit "les marchés portant sur tous les types de biens et de travaux".

15. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) peut accepter cette modification.

16. S'agissant des deux premières phrases du paragraphe 2 du commentaire, il estime qu'il faudrait les développer afin de traduire les points de vue exposés par la Commission en ce qui concerne la nature des réglementations qui devraient être adoptées et la manière dont elles devraient l'être.

17. M. MORAN BOVIO (Espagne), faisant observer qu'au paragraphe 9 de l'introduction il est indiqué que la Loi type est une loi "cadre" qui doit être complétée par une réglementation, propose qu'il soit fait référence à ce paragraphe dans le paragraphe 2 du commentaire sur l'article premier.

18. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) fait observer qu'il ne serait pas difficile de préciser, peut-être dans le paragraphe 9 de l'introduction, que la réglementation des marchés mentionnée dans la Loi type doit être accessible au public et transparente; ce point pourrait également être mis en évidence dans le commentaire sur l'article premier, par un renvoi. En outre, les types de marchés visés pourraient également être énoncés plus clairement.

19. M. PHUA (Singapour) propose d'insérer, après la deuxième phrase du paragraphe 2, une référence à l'article 5 ("Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés").

20. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend adopter le commentaire sur l'article premier, qui sera finalisé par le Secrétariat à la lumière de l'échange de vues qu'a eu la Commission.

21. *Il en est ainsi décidé.*

Commentaire sur l'article 2

22. M. FRIES (Etats-Unis d'Amérique) estime que le paragraphe 2 devrait donner des indications sur l'importance à accorder aux divers facteurs qui y sont énumérés.

23. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) ajoute que la nature de l'entité mentionnée au paragraphe 2 f n'apparaît pas clairement et que le paragraphe 2 g aborde des questions qui pourraient être sujettes à controverse.

24. M. LEVY (Canada) déclare qu'il y a des limites d'ordre quantitatif aux indications que la Commission pourrait donner à des Etats souverains et doute qu'il soit utile qu'elle cherche à fournir plus d'indications que ce qui figure déjà dans le Guide, notamment en ce qui concerne les décisions à prendre en matière de politique sociale.

25. M. MORAN BOVIO (Espagne) dit que, s'il pense que la Commission ne devrait pas chercher à dicter aux législateurs d'Etats souverains ce qu'ils ont à faire sur le plan interne, il pense également que davantage d'indications aideraient ces Etats à exercer leur souveraineté avec plus d'efficacité.

26. M. KINGA (Cameroun) estime que les indications fournies au paragraphe 2 sont suffisantes. Les législateurs des pays en développement, comme le sien, sont tout à fait capables de décider de ce dont il faut tenir compte en appliquant la Loi type.

27. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique), approuvant le représentant du Cameroun, dit que la Commission ne devrait pas chercher à donner des instructions sur des questions relevant légitimement des affaires intérieures d'Etats souverains. Toutefois, l'idéal serait que les législateurs nationaux disposent de toutes les informations voulues et c'est pourquoi il faudrait trouver un équilibre satisfaisant qui consisterait à fournir le plus d'informations possible sans toutefois donner l'impression de s'ingérer dans les affaires internes des Etats adoptant la Loi type.

28. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit que, tout en reconnaissant le bien-fondé de la question soulevée par la délégation des Etats-Unis, il ne tient pas à ce que la Commission ouvre la boîte de Pandore, par exemple, en abordant des questions relatives à la structure sociale et économique des Etats adoptant la Loi type.

29. A son avis, le paragraphe 2 tel qu'il se présente actuellement devrait suffire pour appeler l'attention des Etats sur les facteurs à prendre en considération. Afin qu'il soit encore plus clair que la liste des facteurs énoncés dans ce paragraphe n'est pas exhaustive, on pourrait peut-être ajouter dans le chapeau les mots "in particular" entre le mot "consider" et le mot "factors" (sans objet en français).

30. Mme CRISTEA (Observatrice de la Roumanie) fait remarquer que la situation envisagée au paragraphe 2 g est visée par le paragraphe 2 b étant entendu que toute entité intégrée à un plan économique centralisé serait entièrement gérée ou administrée par les pouvoirs publics; à son avis, le paragraphe 2 g pourrait donc

être supprimé. Par ailleurs, elle estime que la deuxième partie du paragraphe 2 f devrait être également supprimée car elle manque de clarté.

31. M. TUVAYANOND (Thaïlande) appuie les opinions exprimées par l'observatrice de la Roumanie.

32. Le PRÉSIDENT dit que, mises à part les suppressions envisagées au paragraphe 2 par l'observatrice de la Roumanie, il semble que la Commission puisse accepter le commentaire sur l'article 2 sous sa forme actuelle. Dans la version anglaise, la deuxième virgule apparaissant dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 1 sera supprimée (il s'agit d'une erreur typographique).

33. *Il en est ainsi décidé.*

Commentaire sur l'article 3

34. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que, dans la dernière phrase du paragraphe 1, il faudrait préciser que lorsque les accords internationaux ne s'appliquent pas, le marché est régi non seulement par la Loi type, mais aussi par d'autres branches du droit, comme le droit des contrats. Il propose d'ajouter une référence au paragraphe 10 de l'introduction au Guide.

35. Il propose également que dans la première phrase du paragraphe 1 on harmonise la formule "Communautés européennes" et le sigle CEE.

36. Le PRÉSIDENT dit que ces questions seront réglées par le Secrétariat. Cela étant entendu, il considère que la Commission est disposée à adopter le commentaire sur l'article 3.

37. *Il en est ainsi décidé.*

Commentaire sur l'article 4

38. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime que, à la première ligne du paragraphe 1, il faudrait faire référence non pas "au paragraphe 7" mais "aux paragraphes 7 et 9" et que la dernière phrase du paragraphe 1 devrait être énoncée plus clairement ou supprimée.

39. S'agissant du paragraphe 2, dans la version anglaise de l'exemple "limitation of the quantity of procurement carried out in cases of urgency using a procurement method other than tendering (to what is required to deal with the urgent circumstances)", les mots entre parenthèses devraient être placés après le mot "quantity" afin qu'il soit bien clair que l'entité adjudicatrice ne doit pas tirer parti des situations d'urgence pour passer un marché d'un volume supérieur à ce qui est nécessaire pour faire face à de telles situations.

40. Ce point est très important et le Guide devrait le souligner, de même que d'autres points majeurs qui ne sont pas énoncés clairement dans la Loi type proprement dite.

41. M. TUVAYANOND (Thaïlande), exprimant son accord pour qu'au paragraphe 2 les mots entre parenthèses soient déplacés, dit que, si l'on craint un risque d'abus, une décision des pouvoirs publics prise à un niveau élevé pourrait en l'occurrence être exigée.

42. Le PRÉSIDENT considère que la Commission entend adopter le commentaire sur l'article 4, sous réserve des observations qui ont été faites.

43. *Il en est ainsi décidé.*

Commentaires sur les articles 5 à 10

44. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), mentionnant la dernière phrase du paragraphe 1 du commentaire sur l'article 8, dit que certains groupements économiques régionaux font plus que donner la préférence aux membres du groupement pour la passation des marchés — que l'on songe en l'occurrence aux mesures de boycottage. Pour ce qui est du paragraphe 2 concernant la question problématique de la "marge de préférence", il se demande si ce paragraphe, qui semble donner des conseils aux gouvernements au lieu de simplement préciser les questions visées, ne devrait pas être supprimé. Il n'est pas fait mention de la "marge de préférence" à l'article 8.

45. M. HUNJA (Secrétariat) fait observer qu'un des problèmes auquel s'est heurté le Secrétariat dans ses entretiens avec les délégations d'Etat susceptibles d'adopter la Loi type, en particulier de pays en développement, est que la procédure de passation des marchés à l'échelon international devrait être compatible avec la nécessité de développer l'industrie locale. De l'avis du Secrétariat, il était important de souligner au sujet de l'article 8 qu'il n'était pas nécessaire d'exclure les fournisseurs et entrepreneurs étrangers pour aider les fournisseurs et entrepreneurs locaux. Ces derniers pourraient bénéficier d'un certain avantage sous forme d'une "marge de préférence".

46. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il devrait être possible de donner la préférence à des fournisseurs et entrepreneurs nationaux et qu'il devrait incomber au gouvernement intéressé de décider s'il entend autoriser l'octroi d'une préférence.

47. Mme ZHANG Yuejiao (Chine) fait valoir que l'octroi d'une marge de préférence à des fournisseurs et entrepreneurs locaux est une pratique courante et qu'il faudrait en tenir compte.

48. M. JAMES (Royaume-Uni) estime qu'il est utile de mentionner dans le commentaire sur l'article 8 l'existence de possibilités permettant de protéger de diverses manières les fournisseurs et entrepreneurs locaux. Toutefois, il faudrait peut-être remanier le texte afin de bien préciser que la référence aux articles 17 et 29 n'a pas pour objet d'amoindrir l'importance du principe auquel renvoie la formule "sans distinction de nationalité" et qui sous-tend l'article 8.

49. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale), appuyant le maintien de l'article 2, dit que ce paragraphe explique pourquoi la concurrence étrangère ne devrait pas être complètement exclue. On pourrait peut-être l'améliorer en mettant l'accent sur les inconvénients liés à l'octroi d'une marge de préférence aux fournisseurs et entrepreneurs locaux : premièrement, la majoration du coût si l'offre proposant le prix le plus bas n'est pas sélectionnée et, deuxièmement, la réciprocité de la part d'autres pays.

50. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) et M. SOLIMAN (Egypte) sont également favorables au maintien du paragraphe 2.

51. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que, si le paragraphe 2 doit être maintenu, il faudrait le remanier dans le sens indiqué par le représentant du Royaume-Uni.

52. Le PRÉSIDENT estime qu'il faudrait également prendre en compte les remarques faites par l'observateur de la Banque mondiale en remaniant ce paragraphe.

53. Evoquant le commentaire sur l'article 9, il signale à la Commission que le groupe de rédaction finalise actuellement le libellé des articles 9 et 25 à la lumière des conclusions dégagées au cours de la 501^e séance de la Commission.

54. M. UEMURA (Japon) rappelle que, dans ses observations sur l'article 9 (document A/CN.9/376/Add.2), son gouvernement avait posé la question de savoir si une entité adjudicatrice peut interdire la soumission d'offres par courrier. Il espère que le Guide sera explicite à cet égard.

55. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) est d'accord avec le représentant du Japon. Il importe que la question soit abordée dans le Guide.

56. Il ne pense pas que l'intention soit de faire en sorte qu'il soit permis de recourir à l'échange de données informatisées (EDI) pour transmettre tous les documents intervenant dans un marché conformément à la Loi type. Toutefois, sous sa forme actuelle, l'article 9 pourrait donner à entendre que ce type d'échange peut être appliqué de cette façon. Il estime que le Guide devrait renfermer une mise en garde concernant les limites de l'usage de l'EDI et que les possibilités offertes par ce dernier devraient être examinées lors d'une session ultérieure.

57. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que l'article 9 sous sa forme actuelle n'exclut aucune forme de communication à l'exception des messages uniquement oraux et qu'il n'écarte pas la possibilité de transmettre tous les types de documents au moyen de l'EDI, bien qu'il ait été question de ne pas autoriser l'emploi de l'EDI pour la transmission de certains documents, comme les garanties de soumission. Toutefois, le domaine en question n'a pas été étudié en détail par les auteurs du projet de Loi type.

58. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) fait observer que, à la lumière de ce que vient de dire le Secrétaire de la Commission, le Guide devrait peut-être mettre en garde les Etats susceptibles d'adopter la Loi type contre le risque qu'il y aurait à autoriser, par inadvertance, un usage illimité de l'EDI.

59. Mme WEINMEIR (Autriche) estime qu'on pourrait compter sur les Etats pour résoudre les problèmes liés à l'emploi de l'EDI dans la passation des marchés.

60. M. LEVY (Canada), appuyant l'observation de la représentante de l'Autriche, dit que l'EDI est appelé à être de plus en plus utilisé dans la passation des marchés et que, dans le monde réel, c'est la loi qui doit suivre la technologie et non pas le contraire.

61. M. PHUA (Singapour) dit que la Loi type ne devrait pas être formulée dans un sens qui limiterait l'emploi de l'EDI, mais il craint que, si le commentaire sur l'article 9 n'est pas modifié, des technocrates prompts à suivre le mouvement lancé par l'EDI pourraient interpréter cet article comme une disposition habilitante. Le Guide pourrait peut-être renfermer — plutôt que la mise en garde envisagée par le représentant des Etats-Unis — un libellé aux termes duquel la Loi type devrait être appliquée en relation avec la législation nationale autorisant l'emploi de l'EDI. Cela permettrait d'attirer l'attention du législateur sur les questions soulevées par l'EDI.

62. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission), exprimant des doutes quant à la proposition faite par le représentant de Singapour, croit comprendre qu'aux termes de l'article 9 de la Loi type toutes les formes de communication à l'exception des messages oraux sont acceptables, autrement dit, toutes les formes y compris l'EDI. Cela étant, il estime qu'il ne serait pas logique d'indiquer dans le Guide que des lois habilitantes particulières sont nécessaires dans le cas de l'EDI.

63. M. PHUA (Singapour) fait observer que la question est de savoir si la législation interne des Etats susceptibles d'adopter la Loi type autorise l'emploi de l'EDI. Si l'emploi de l'EDI est déjà autorisé, les choses iront de soi et la Loi type pourra être intégrée

dans la législation interne sans problèmes. Toutefois lorsque, par exemple, il est indiqué dans la loi interne que les garanties de soumission doivent être communiquées par écrit, il y aura conflit avec la Loi type qui donne à penser que les garanties de soumission peuvent être communiquées sous une forme électronique.

64. M. FRIES (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'il n'est pas nécessaire de parler de "législation habilitante" dans le Guide. On pourrait faire simplement référence à "la législation interne pertinente concernant l'EDI", en appelant l'attention des législateurs sur le lien existant entre la Loi type et l'application des techniques d'EDI dans leur pays.

65. Mme ZIMMERMAN (Canada) avait supposé que l'article 9 prévoyait l'emploi de l'EDI, sous réserve que soit respectée la confidentialité des données ainsi que d'autres conditions. Sa délégation ne comprend maintenant plus très bien quelles sont les intentions de la Commission.

66. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) n'est pas satisfait du libellé de l'article 9 qui mentionne : "ces communications doivent être sous une forme assurant que leur contenu est dûment consigné". Le Guide devrait expliquer ce qu'on entend par "assurant que leur contenu est dûment consigné" en donnant des exemples de cas où le contenu est consigné et où il ne l'est pas.

67. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission), se référant aux observations faites par le représentant de Singapour, dit qu'il n'y a pas nécessairement conflit avec la Loi type lorsque la légis-

lation interne exige, par exemple, que les garanties de soumission soient communiquées par écrit.

68. La Loi type ne prévoit pas la transmission de tous les types possibles de communication au moyen de l'EDI. Par exemple, les lettres de change — énumérées parmi les diverses formes de "garanties de soumission" à l'article 2 — font l'objet de dispositions très strictes dans la plupart des pays et il est peu probable que leur transmission au moyen de l'EDI soit acceptée. Dans une large mesure, il en irait de même dans le cas, par exemple, des documents attestant la nationalité.

69. A son avis, la référence à l'EDI dans le Guide devrait — dans le sens indiqué par le représentant des Etats-Unis — prendre la forme d'une mise en garde précisant que l'adoption de la Loi type ouvrirait la voie à l'emploi de l'EDI en dehors de toute législation habilitante et que les Etats adoptant la Loi type pourraient peut-être avoir présentes à l'esprit diverses considérations d'ordre pratique.

70. M. PHUA (Singapour) s'estimerait satisfait si les observations du Secrétaire étaient prises en considération dans le Guide.

71. Le PRÉSIDENT, indiquant qu'elles le seront, considère que le débat relatif au commentaire sur l'article 9 est achevé.

72. Etant donné qu'aucun commentaire n'a été fait sur l'article 10, il estime que le débat relatif aux commentaires sur les articles 1 à 10 est achevé.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 511^e séance

Jeudi 15 juillet 1993, 14 heures

[A/CN.9/SR.511]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 14 h 15.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS *(suite)*

Examen du projet de Loi type sur la passation des marchés *(suite)*

Rapport du groupe de rédaction (A/CN.9/XXVI/CRP.4)

1. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) explique que le groupe de rédaction a établi son rapport sous forme de rectificatif, en montrant ce qu'il a ajouté et retranché au texte du Groupe de travail (A/CN.9/371, annexe) en application des décisions de la Commission. La première partie porte sur les questions préliminaires et les articles 1 à 10 de la Loi type. Les autres articles feront l'objet d'additifs. Dans le texte final de la Loi type, que rédigera le groupe de rédaction, les articles seront dûment renumérotés et tous les renvois internes vérifiés.

2. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner les modifications apportées au projet de Loi type, article par article, en commençant par le titre.

Titre

3. M. MORAN BOVIO (Espagne) note que dans la version espagnole du rapport le titre contient les mots "la contratación publica" au lieu de la formule correcte qui est "la adjudicación de contratos públicos".

4. *Le libellé du titre proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Préambule

5. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article premier, paragraphe 2 a

6. *La modification proposée est adoptée.*

Article 2 b ii

7. *La modification proposée est adoptée.*

Article 2 c

8. *La modification proposée est adoptée.*

Article 2 g

9. M. LEVY (Canada) préfère la seconde des deux versions proposées par le groupe de rédaction ("variante 2").

10. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) dit qu'il serait préférable de mentionner les "lettres de crédit" plutôt que les "lettres de crédit stand-by", car ces dernières sont inconnues dans de nombreux pays en développement.

11. M. BURMAN (Etats-Unis d'Amérique) pense qu'il convient de mentionner les deux. En effet, les lettres de crédit stand-by sont, comme forme de garantie, différentes des lettres de crédit ordinaires.

12. M. ZIMMERMAN (Canada) dit qu'à sa quatorzième session le Groupe de travail avait décidé "de supprimer la référence aux lettres de crédit dans la liste d'exemples d'instruments susceptibles de servir de garantie de soumission, afin de ne pas mettre indûment l'accent sur ce qui serait une utilisation inhabituelle des lettres de crédit commerciales ordinaires" (A/CN.9/359, p. 31).

13. M. AL NASSER (Arabie saoudite) dit que le verbe "garantir" n'est pas correctement rendu dans la version arabe de la définition.

14. Le PRÉSIDENT dit que la rectification nécessaire sera faite. Il demande si le mot "stand-by" peut être supprimé.

15. M. MORAN BOVIO (Espagne) pense que l'on pourrait mentionner à la fois les lettres de crédit stand-by et les lettres de crédit ordinaires.

16. En réponse à la question de M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale), M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que la lettre de crédit stand-by est une forme particulière de lettre de crédit qui est un équivalent fonctionnel d'une garantie bancaire indépendante.

17. M. PHUA (Singapour) note que les garanties de soumission font l'objet de tout l'article 27 et demande pourquoi il est fait uniquement référence, dans le texte proposé, au paragraphe 1 f dudit article.

18. M. JAMES (Royaume-Uni) explique que cette référence a pour but de définir les obligations qui peuvent être garanties au moyen d'une garantie de soumission et que ces obligations sont énoncées au paragraphe 1 f de l'article 27.

19. *La variante 2 de l'article 2 g, préférée par le groupe de rédaction, est adoptée.*

Article 3 b

20. *Le texte proposé est adopté.*

Article 6, paragraphes 6 et 7

21. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que le groupe de rédaction a eu du mal à appliquer la décision de la Commission concernant l'article 6. La Commission avait décidé que le paragraphe 6 de cet article devait être modifié afin qu'y soient mentionnées les omissions essentielles concernant les qualifications d'un fournisseur ou d'un entrepreneur. La Commission avait aussi décidé que le fournisseur ou l'entrepreneur devait être autorisé,

jusqu'à la date limite de soumission des offres, à corriger des inexactitudes ou les omissions essentielles. Cette décision a posé des problèmes. Selon le paragraphe 7, le droit de rectification est exclu lorsqu'une procédure de présélection a eu lieu. D'un autre côté, en l'absence d'une telle procédure, ce n'est en général qu'au moment de l'ouverture des offres que l'on découvrira que des soumissionnaires ont donné des informations inexacts ou incomplètes, mais alors ces derniers n'auront plus le droit de les rectifier. Il est par conséquent proposé de modifier le paragraphe 7 afin que le fournisseur ou l'entrepreneur puisse fournir pleinement la preuve qu'il est qualifié soit "dans un délai raisonnable après la date limite de soumission des offres ou des meilleures offres définitives" ou "durant la procédure de passation du marché".

22. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) fait observer que, selon le texte proposé pour le paragraphe 6 b, une entité adjudicatrice peut exclure un fournisseur ou un entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions essentielles. Cette disposition devrait s'entendre sous réserve du paragraphe 7.

23. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que le groupe de rédaction a préféré définir le champ d'application du paragraphe 7 par rapport au paragraphe 6.

24. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) pense également que le texte original du paragraphe 7 pose des problèmes, mais a de grandes réticences en ce qui concerne le nouveau texte proposé qui autorisera les soumissionnaires à présenter des informations supplémentaires ou à apporter des corrections après l'ouverture des offres. On court ainsi le risque de voir un soumissionnaire fournir des informations inappropriées de façon à pouvoir, si son offre se révèle trop élevée après l'ouverture des offres, refuser de fournir les informations supplémentaires requises afin d'être exclu sans perdre pour autant la garantie de soumission. En tout état de cause, il serait dangereux de permettre au soumissionnaire "de s'engager" simplement à fournir les informations nécessaires; ce dernier doit les présenter immédiatement. M. Walser préférerait que l'on supprime purement et simplement le paragraphe.

25. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que le renvoi au paragraphe 6 a dans le paragraphe 7 vise à préciser que le droit de compléter les informations ou de corriger des inexactitudes ne s'applique pas lorsque les informations sont fausses. Pour éviter toute ambiguïté, il conviendrait de lier l'application du paragraphe 6 b au paragraphe 7.

26. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) se demande si le paragraphe 7 s'appliquera à un fournisseur ou à un entrepreneur qui a déjà été présélectionné mais dont l'offre contient des inexactitudes ou des informations incomplètes. Le début du paragraphe "Sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection" est peut-être inutile.

27. M. ZIMMERMAN (Canada) pense que les mots "peut exclure" au paragraphe 6 a devraient être remplacés par le mot "exclut", afin de rendre obligatoire l'exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur qui a présenté des informations fausses plutôt que de la laisser à l'appréciation de l'entité adjudicatrice.

28. M. TUVAYANOND (Thaïlande) partage l'opinion du représentant de la Banque mondiale. Permettre aux fournisseurs ou aux entrepreneurs de rectifier des informations incomplètes ou inexacts après le délai de soumission des offres ouvrirait la porte à des abus.

29. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) juge également les observations du représentant de la Banque mondiale très pertinentes. Le problème est de définir la date limite pour la rectification

des inexactitudes ou des informations incomplètes. Pour ce qui est de supprimer la référence à la procédure de présélection, M. Pereznieto Castro pense que les soumissionnaires présélectionnés auront déjà fait la preuve de leur qualification.

30. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'il suffirait peut-être de faire porter le paragraphe 7 uniquement sur la rectification d'inexactitudes ou d'omissions essentielles. En ce qui concerne la question soulevée par l'observateur de l'Australie, M. Wallace fait observer qu'en vertu du paragraphe 8 de l'article 7 il peut être demandé à un soumissionnaire présélectionné d'actualiser les informations données concernant ses qualifications. La référence à la procédure de présélection au paragraphe 7 de l'article 6, qui est intentionnelle, vise à éliminer un fournisseur ou un entrepreneur qui n'a pas été en mesure de se qualifier.

31. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il faudrait peut-être autoriser l'entité adjudicatrice à exclure un soumissionnaire si elle a de bonnes raisons de penser que ce dernier se sert d'une disposition pour échapper à ses responsabilités. Par contre, un fournisseur ou un entrepreneur ne devrait pas être écarté en raison d'erreurs mineures ou involontaires.

32. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que la raison d'être du début du paragraphe 7 est que la question de la présélection est traitée dans une autre partie de la Loi type. Le problème soulevé par l'observateur de la Banque mondiale, par contre, est plus grave. Du fait que l'entité adjudicatrice ne découvrira pas un défaut avant l'ouverture des offres, le groupe de rédaction a estimé que le paragraphe 7, tel que modifié par la Commission, n'avait pas de sens. La Commission a décidé qu'il fallait donner au fournisseur ou à l'entrepreneur la possibilité d'apporter des corrections et elle doit donc choisir l'une des deux variantes proposées entre crochets au paragraphe 7 pour la date limite. M. James a lui-même une légère préférence pour la première variante mais n'a pas d'opinion arrêtée. Si aucune n'est acceptable, il n'y a pas de raison de garder le paragraphe 7.

33. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) pense qu'il faudrait continuer à suivre la démarche adoptée la semaine précédente. En ce qui concerne le début du paragraphe 7, sa question porte sur le cas où un fournisseur ou un entrepreneur présélectionné a soumis une offre dont on s'aperçoit, après ouverture, qu'elle contient des inexactitudes ou des omissions essentielles. Donnera-t-on alors à ce fournisseur ou à cet entrepreneur la possibilité d'apporter des rectifications ? Le problème ne se pose pas dans la version originale du paragraphe 7.

34. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) dit que le paragraphe 7 ouvre la porte à des abus et devrait être supprimé sauf si l'on peut trouver un libellé plus satisfaisant.

35. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) pense, comme le représentant du Canada, que le paragraphe 6 a devrait avoir force obligatoire et que les mots "peut exclure" devraient être remplacés par le mot "exclut". Pour ce qui est du paragraphe 7, le fait qu'une offre qui n'est pas acceptable quand elle est soumise ne peut être rendue acceptable ultérieurement, est un des principes de la passation des marchés publics accepté dans le monde entier. On ouvre sinon la porte à des abus et on a va ainsi à l'encontre de l'intérêt public. Un soumissionnaire pourrait intentionnellement fournir des informations incomplètes afin de pouvoir se retirer ou compléter ces informations s'il juge profitable de maintenir son offre. Dans une procédure de présélection qui n'implique aucun engagement financier ou juridique, une disposition du type du paragraphe 7 se justifie, mais une offre doit être irrévocable et il faut prévoir une sanction — perte de la garantie de soumission — en cas de retrait.

36. M. PEREZNIETO CASTRO (Mexique) appuie cette position. A son avis, le seul cas dans lequel il ne serait pas juste

d'exclure la possibilité de soumettre de plus amples informations est lorsque le fournisseur ou l'entrepreneur ne disposait pas ou ne pouvait obtenir ces informations quand il a présenté son offre. On peut alors lui donner une chance de les soumettre ultérieurement.

37. M. LEVY (Canada) dit que sa délégation est arrivée à la conclusion que la Commission doit cesser d'essayer de se montrer généreuse envers les soumissionnaires et éliminer la possibilité d'apporter quelque correction que ce soit après le délai de soumission des offres. L'autre option serait de supprimer tout le paragraphe.

38. M. TUVAYANOND (Thaïlande) propose de remplacer les deux variantes entre crochets par le mot "promptement". Il faudrait laisser à l'entité adjudicatrice le soin de décider si un soumissionnaire, notamment si c'est le plus intéressant, doit ou ne doit pas demeurer apte à exécuter le marché dans le cas où il a fait une erreur mineure ou involontaire. La Thaïlande ne se place pas sur le plan de la générosité mais tient plutôt compte des intérêts des pays. Au cours des échanges de vues informels a été soulevée la question de la corruption; même si la corruption existe dans de nombreux pays, les gouvernements doivent partir du principe que les soumissionnaires sont de bonne foi.

39. M. KINGA (Cameroun) dit que l'on peut penser que tout soumissionnaire de bonne réputation découvrira ses erreurs entre le moment où il soumet une offre et celui où elle est ouverte et qu'il ne devrait pas être nécessaire de lui donner davantage de temps pour apporter des corrections. La délégation camerounaise se prononce pour la suppression de tout le paragraphe 7.

40. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) pense que le paragraphe 1 a de l'article 29 couvre le cas des erreurs mineures évoqué par le représentant de la Thaïlande.

41. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit que le paragraphe 6 b de l'article 6, qui n'autorise pas l'exclusion pour des erreurs mineures, permet également de répondre aux craintes de la Thaïlande. L'article 22 traite de questions analogues.

42. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que, malgré ces déclarations rassurantes, on n'a pas résolu le problème potentiel d'une conduite inadmissible de l'entité adjudicatrice. Il a été fait observer que les fonctionnaires d'une entité adjudicatrice peuvent examiner minutieusement les dossiers accompagnant les offres qu'ils souhaitent rejeter afin d'y trouver quelque question technique pouvant justifier l'exclusion. M. James pense par contre que le paragraphe 7 est nécessaire même si le libellé du groupe de rédaction doit être plus rigoureux. Il est tout à fait disposé à accepter la proposition tendant à insérer le mot "promptement". Il serait aussi possible de fixer un délai de quatorze ou vingt-huit jours.

43. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) pense qu'il serait possible d'indiquer dans le texte qu'un soumissionnaire ne doit pas être exclu pour des erreurs non essentielles à condition que les informations nécessaires soient présentées promptement ou dans un certain délai, selon celle de ces deux variantes que préférera la Commission.

44. M. MORAN BOVIO (Espagne) dit que la Commission pourrait aussi envisager d'autoriser un soumissionnaire à présenter une documentation incomplète si ce dernier s'engage à la compléter dans un certain délai. Cet engagement pourrait, si nécessaire, être pris par serment, méthode qui est fréquemment utilisée dans les procédures tant administratives que judiciaires et qui serait conforme à d'autres formulations proposées. La Commission devrait, en tout état de cause, essayer de ne pas être trop rigide.

45. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) appuie l'idée avancée par le représentant de la Banque mondiale et propose d'ajouter au paragraphe 6 un alinéa *c* se lisant comme suit : "Une entité adjudicatrice ne peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur au motif que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions non essentielles." Il serait alors possible de supprimer le paragraphe 7.

46. M. LEVY (Canada), appuyé par M. RENGER (Allemagne), dit que sa délégation préfère que l'on supprime le paragraphe 7 car les cas particuliers font de mauvaises lois. Il appuie la proposition de l'observateur de l'Australie tendant à ajouter un alinéa *c* au paragraphe 6.

47. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) appuie également la suppression du paragraphe 7. Il est disposé à accepter la proposition de l'Australie en y ajoutant les mots suivants : "à condition que le fournisseur ou l'entrepreneur remédie promptement à ces erreurs ou omissions sur la demande de l'entité adjudicatrice".

48. M. PHUA (Singapour) se demande s'il ne vaudrait pas mieux garder le libellé original du paragraphe 7 figurant dans le projet de Loi type.

49. M. JAMES (Royaume-Uni) demande s'il est proposé de garder les mots "sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection".

50. Il est également nécessaire d'inclure les mots "sauf dans les cas où l'alinéa *a* du paragraphe 6 du présent article s'applique", car l'entité adjudicatrice doit en tout état de cause être autorisée à exclure un fournisseur ou un entrepreneur qui a donné des informations fausses.

51. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) dit qu'il interprète le mot "fausses" à l'alinéa *a* du paragraphe 6 comme impliquant une erreur délibérée; un fournisseur ou un entrepreneur fournissant de telles informations doit être exclu.

52. M. KOMAROV (Fédération de Russie) se demande si l'application des alinéas *b* et *c* signifiera que toute erreur concernant le fond ou toute inexactitude ou omission relative tant au fond qu'à la forme permettra d'exclure le fournisseur ou l'entrepreneur. Le terme "essentiels" ne donne pas une idée de l'ampleur de l'erreur.

53. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) dit que l'alinéa *b* porte sur les erreurs ou omissions concernant le fond, ce qui englobe même les erreurs de forme relatives au fond.

54. L'alinéa *c* vise les erreurs qui ne concernent pas le fond, afin qu'une entité adjudicatrice ne puisse pas profiter d'une inexactitude ou d'une omission qui n'a, en réalité, aucune importance commerciale pour elle.

55. M. PHUA (Singapour) dit que la Commission n'a pas abordé le cas où les informations sont exactes mais où l'entrepreneur n'a pas apporté de preuves, ce qui était l'objet original du paragraphe 7.

56. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que la question soulevée par le représentant de Singapour est valide. Il se demande si la Commission examine actuellement la question de la preuve ou celle des déclarations concernant les qualifications ou les deux.

57. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) se demande s'il est bien utile d'ajouter les mots "sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection". De l'avis de sa délégation, ils n'ont aucune raison de figurer dans le nouvel alinéa *c* proposé.

58. Si une procédure de présélection a déjà eu lieu et si l'on découvre ultérieurement une omission mineure dans la documentation de présélection, cela ne donne pas motif à exclusion du fournisseur ou de l'entrepreneur.

59. Le PRÉSIDENT demande aux représentants du Royaume-Uni et de la Thaïlande ainsi qu'à l'observateur de l'Australie d'essayer de trouver un libellé approprié pour aider le groupe de rédaction.

La séance est levée à 17 h 5.

Compte rendu analytique de la 512^e séance

Vendredi 16 juillet 1993, 9 h 30

[A/CN.9/SR.512]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 9 h 40.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (suite)

Examen du projet de Loi type sur la passation des marchés (suite)

Rapport du groupe de rédaction (suite) (A/CN.9/XXVI/CRP.4)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen des amendements au projet de Loi type proposés par le groupe de rédaction dans son rapport (A/CN.9/XXVI/CRP.4). L'article 6 ne sera pas examiné pour le moment.

Article 7, paragraphe 1

2. L'amendement proposé par le groupe de rédaction est adopté.

Article 7, paragraphe 2

3. L'ajout proposé est adopté.

Article 7, paragraphe 3, chapeau

4. Le texte proposé est adopté.

Article 7, paragraphe 4

5. *Le texte proposé est adopté.*

Article 7, paragraphe 5

6. *L'amendement proposé est adopté.*

Article 7, paragraphe 8

7. Mme CLIFT (Observatrice de l'Australie) propose qu'à la fin du nouveau texte proposé, on ajoute les mots "à la satisfaction de l'entité adjudicatrice", ce qui éclaircirait le sens de la phrase.

8. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite adopter le nouveau texte du paragraphe 8 avec la modification proposée par l'observatrice de l'Australie.

9. *Il en est ainsi décidé.*

Article 9, paragraphe 1

10. *L'amendement proposé est adopté.*

Article 9, paragraphe 2

11. Le PRÉSIDENT suppose que la Commission voudra corriger la référence figurant à ce paragraphe afin de tenir compte de la suppression proposée du paragraphe 18-3 et de son remplacement par un nouveau libellé.

12. *Il en est ainsi décidé.*

13. Le PRÉSIDENT dit que la Commission reprendra l'examen du rapport du groupe de rédaction à sa prochaine séance.

Examen du projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type (suite) (A/CN.9/375)

14. Le PRÉSIDENT, appelant l'attention sur le commentaire relatif à l'article 11, suppose que la Commission voudra adopter le texte, étant entendu que le Secrétariat y apportera les modifications voulues pour tenir compte des décisions pertinentes adoptées par la Commission.

15. *Il en est ainsi décidé.*

16. Mme CRISTEA (Observatrice de la Roumanie) dit que le nouvel article 11 bis proposé devra sans doute faire l'objet d'un commentaire.

17. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant au commentaire relatif à l'article 12, dit que la dernière phrase du paragraphe 1 n'indique pas clairement si la Commission compte que l'Etat incorporant la Loi type disposera déjà d'un système efficace de sanctions contre la corruption de fonctionnaires, ou si l'Etat est en fait instamment prié de mettre en place un tel système. Peut-être faudrait-il modifier ce libellé afin de préciser que l'Etat disposera déjà d'un système efficace de sanctions dans un autre cadre.

18. M. TUVAYANOND (Thaïlande) propose que le texte mentionne également la prévention de la corruption d'employés d'entreprises publiques chargés des marchés.

19. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite adopter le commentaire sur l'article 12, étant entendu que le Secrétariat y apportera les modifications proposées.

20. *Il en est ainsi décidé.*

21. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant au commentaire sur l'article 13, dit qu'il faudrait préciser, soit à cet endroit du Guide, soit dans l'introduction (par. 11), que le Groupe de travail a décidé de ne pas établir de hiérarchie entre les méthodes de passation des marchés et que la Commission a exprimé une nette préférence pour la procédure d'appel d'offres. Il faudrait souligner à quel point il est important de tenir un procès-verbal.

22. Afin que les diverses méthodes de passation des marchés soient bien comprises, le Guide devrait donner des explications et expliquer aussi quels sont les motifs des décisions en la matière énoncées dans la Loi type.

23. M. JAMES (Royaume-Uni) partage l'avis du représentant des Etats-Unis. En particulier, il considère que l'obtention des meilleures conditions d'économie et d'efficacité n'est pas la seule justification du recours à la procédure d'appel d'offres. Il faudrait faire référence aux principes énoncés dans le Préambule et au fait que l'appel d'offres constitue la méthode la plus conforme à ces principes.

24. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite adopter le commentaire sur l'article 13, étant entendu que le Secrétariat prendra en considération les observations des représentants des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni.

25. *Il en est ainsi décidé.*

26. M. FRIES (Etats-Unis d'Amérique), se référant au commentaire sur l'article 14, note, à propos des mots "le cas où l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications suffisamment détaillées", qu'il faudrait peut-être indiquer que l'entité adjudicatrice peut, si elle n'est pas à même de fournir des spécifications, engager des experts à cette fin. Ainsi, on encouragerait encore le recours à la procédure d'appel d'offres.

27. M. TUVAYANOND (Thaïlande) propose de remplacer les mots "l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications" par les mots "l'entité adjudicatrice n'est pas à même de formuler des spécifications ...".

28. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite adopter le commentaire sur l'article 14, étant entendu que les observations des représentants des Etats-Unis d'Amérique et de la Thaïlande seront prises en compte par le Secrétariat.

29. *Il en est ainsi décidé.*

30. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur les commentaires relatifs aux articles 15, 16 et 17 et considère que la Commission souhaite les adopter.

31. *Il en est ainsi décidé.*

32. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant au commentaire sur l'article 18, note que la deuxième phrase du paragraphe 1 laisse entendre que la législation des marchés spécifiera les publications que devront suivre les fournisseurs ou entrepreneurs intéressés. Il se demande si une telle spécification est réaliste, voire si elle serait sage. A la dernière phrase du paragraphe 3, il lui semble mal venu de suggérer que l'appel d'offres restreint est approprié dans le cas de biens ou travaux de valeur élevée. Cet exemple devrait plutôt être retenu en tant que cas où il serait souhaitable de procéder à une présélection.

33. Le PRÉSIDENT dit que le Secrétariat tiendra compte de ces observations. Cela étant entendu, il considère que la Commission souhaite adopter le commentaire sur l'article 18.

34. *Il en est ainsi décidé.*

35. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur le commentaire relatif à l'article 19 et considère que la Commission souhaite l'adopter.

36. *Il en est ainsi décidé.*

37. Après un bref débat sur le commentaire relatif à l'article 20, le PRÉSIDENT dit que le Secrétariat veillera à ce que la terminologie utilisée pour ce qui est des coûts de "l'impression et de la distribution" des documents soit conforme aux décisions de la Commission. Cela étant entendu, il considère que la Commission souhaite adopter le commentaire sur l'article 20.

38. *Il en est ainsi décidé.*

39. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur le commentaire relatif à l'article 21 et considère que la Commission souhaite l'adopter.

30. *Il en est ainsi décidé.*

41. Le PRÉSIDENT demande s'il y a des observations à propos du commentaire sur l'article 22.

42. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) demande si le titre de l'article doit être modifié. Il estime que l'accent doit maintenant être mis sur l'objectivité et la non-discrimination.

43. Pour ce qui est de la dernière phrase du paragraphe 1, M. Wallace estime que l'argument avancé n'est pas clair et qu'il serait peut-être bon de modifier cette phrase ou de la supprimer.

44. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) note que le groupe de rédaction a convenu de retenir un titre plus bref pour l'article 22.

45. Mme ZIMMERMAN (Canada), se référant au paragraphe 3, dit que l'argument avancé dans ce paragraphe semble être le suivant : dans le cas où les documents sont en deux langues, les fournisseurs et entrepreneurs devront s'assurer que les deux versions linguistiques sont identiques. Au Canada, l'anglais et le français sont langues officielles, et le dossier de sollicitation sera normalement rédigé dans ces deux langues, ce qui ne signifie pas que le fournisseur devra comparer les deux versions. Il peut soumettre son offre dans l'une ou l'autre de ces langues. La délégation canadienne n'accepte donc pas le texte du paragraphe 3.

46. M. KINGA (Cameroun) dit que, dans son pays, l'anglais et le français sont également langues officielles. Il ne peut accepter l'avis selon lequel les deux versions linguistiques ne doivent pas être réunies en un seul document. Les entrepreneurs n'ont pas à comparer les deux versions.

47. M. MORAN BOVIO (Espagne) estime qu'il faudrait préciser que cette observation est sans objet lorsque les langues en question sont des langues officielles du pays. Le Secrétariat pourrait sans doute trouver à cette fin un libellé satisfaisant.

48. M. TUVAYANOND (Thaïlande) estime que, dans de tels cas, on pourrait préciser dans le dossier de sollicitation que les deux versions linguistiques font également foi. On pourrait également faire référence à la nécessité de rédiger le dossier dans une langue normalement utilisée dans le commerce international.

49. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime que le projet de Loi type traite comme il convient de la question des langues aux articles 22-4 et 24. Lorsqu'il y a plusieurs versions linguistiques, l'essentiel est que le soumissionnaire n'encoure aucun risque en se fondant sur une version linguistique sans se référer aux autres.

50. M. LEVY (Canada) propose que l'on supprime la référence à l'indépendance des différentes versions linguistiques.

51. M. GRUSSMANN (Autriche) appuie cette proposition. Quoi qu'il en soit, il estime que la disposition pertinente du projet de Loi type ne sera pas l'article 22, mais plutôt le nouvel article 12 *ter*.

52. Le PRÉSIDENT estime qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit au paragraphe 3. Ce paragraphe pourrait être modifié et la référence à l'indépendance des versions linguistiques supprimée. La dernière phrase du paragraphe 1 pourrait également être modifiée, afin que son sens soit correct.

53. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) note que, pour tenir compte des questions soulevées, il faudra également réexaminer la quatrième phrase du paragraphe 3.

54. Le PRÉSIDENT propose que le commentaire sur l'article 22 soit adopté sous réserve des modifications qui y seront apportées pour tenir compte des observations faites.

55. *Il en est ainsi décidé.*

56. Le PRÉSIDENT demande s'il y a des observations sur le commentaire relatif à l'article 23.

57. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime qu'à la deuxième phrase du paragraphe 1, le mot "essentiel" est trop fort. Il propose de le remplacer par le mot "important".

58. *Il en est ainsi décidé.*

59. Le PRÉSIDENT considère que le commentaire sur l'article 23 est adopté tel que modifié.

60. *Il en est ainsi décidé.*

61. Le PRÉSIDENT demande s'il y a des observations sur le commentaire relatif à l'article 24.

62. M. TUVAYANOND (Thaïlande) estime qu'il serait utile d'indiquer que les documents doivent être rédigés dans une langue normalement utilisée dans le commerce international.

63. Le PRÉSIDENT dit que le groupe de rédaction propose que l'on ajoute à la Loi type un nouvel article 12 *ter* disposant que les documents doivent être publiés dans une langue choisie par l'Etat intéressé et dans une langue habituellement utilisée dans le commerce international. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que le commentaire sur l'article 24 est adopté et que l'observation faite à ce propos sera prise en considération.

64. *Il en est ainsi décidé.*

65. Le PRÉSIDENT demande s'il y a des observations sur le commentaire relatif à l'article 25.

66. M. FRIES (Etats-Unis d'Amérique) dit que la dernière phrase du paragraphe 3 n'est plus conforme à la décision prise par la Commission à propos des techniques d'échange de données informatisées (EDI). Pour ce qui est du paragraphe 4, il ne pense pas qu'il faille faire une recommandation telle que celle qui est énoncée à la dernière phrase, puisque la Commission n'a pris aucune décision sur ce point.

67. Le PRÉSIDENT estime que la dernière phrase du paragraphe 3 devrait être supprimée.

68. M. PHUA (Singapour) dit que le paragraphe 2 devrait indiquer qu'une décision de l'entité adjudicatrice de reporter la date

limite de soumission ne pourra faire l'objet d'un recours en vertu du chapitre V de la Loi type. Il rappelle que le texte de l'article 25-3 a été modifié sur proposition de la délégation australienne et qu'il a été convenu que cette question serait mentionnée dans le Guide.

69. Après un débat sur la teneur de la décision de la Commission à ce propos, Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que, selon ses notes, il a été proposé que le Guide indique que l'exercice par l'entité adjudicatrice d'un pouvoir discrétionnaire dans un tel cas ne pourra faire l'objet d'un recours.

70. Le PRÉSIDENT dit qu'il semble raisonnable qu'une décision discrétionnaire ne puisse faire l'objet d'un recours. Le Guide mentionnera ce point. Il considère que, sous réserve des observations faites, le commentaire sur l'article 25 peut être adopté.

71. *Il en est ainsi décidé.*

72. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'observations à propos du commentaire sur l'article 26, il considérera ce commentaire comme adopté.

73. *Il en est ainsi décidé.*

74. Le PRÉSIDENT demande s'il y a des observations sur le commentaire relatif à l'article 27.

75. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant au paragraphe 1, estime que les mots "une partie au moins" figurant à la deuxième phrase sont plutôt faibles et que ce libellé pourrait être revu. Le paragraphe 6 devra être révisé, afin qu'il soit tenu compte de la décision prise par la Commission à propos du paragraphe pertinent de la Loi type. A la deuxième phrase du paragraphe 6, on pourrait peut-être trouver un meilleur terme que "transférable", qui semble faire référence à un système de contrôle des changes.

76. Le PRÉSIDENT dit qu'il sera tenu compte de ces observations. Cela étant entendu, il considère que la Commission adopte le commentaire sur l'article 27.

77. *Il en est ainsi décidé.*

78. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur le commentaire relatif à l'article 28 et dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera ce commentaire comme adopté.

79. *Il en est ainsi décidé.*

80. Le PRÉSIDENT demande s'il y a des observations sur le commentaire relatif à l'article 29.

81. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant au paragraphe 5, note que la deuxième phrase entre parenthèses de ce paragraphe renvoie le lecteur au paragraphe 4 (cela devrait sans doute être le paragraphe 2) du commentaire relatif à l'article 8 concernant les "avantages" qu'il y a à appliquer une marge de préférence. La délégation des Etats-Unis préférerait remplacer l'expression "avantages qu'il y a à appliquer une marge de préférence" par les mots "les facteurs que fait intervenir l'application d'une marge de préférence".

82. Au paragraphe 6, M. Wallace juge que l'on pourrait supprimer les détails donnés dans la dernière phrase sur les différentes manières possibles d'appliquer la marge de préférence.

83. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit qu'il s'agissait là d'indiquer au législateur les diverses possibilités et d'appeler l'attention sur le fait que la disposition énoncée à l'article 29-4 d

ne suffirait pas en elle-même et qu'il faudrait sans doute adopter une réglementation détaillée.

84. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime que l'on pourrait sans doute se contenter d'indiquer dans le Guide que "ces questions pourront être traitées plus en détail dans la réglementation des marchés".

85. Répondant à une question de M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie), le PRÉSIDENT dit que la référence au paragraphe 4 figurant à la deuxième phrase du paragraphe 5 est une erreur; cette référence devrait se lire comme suit : "le paragraphe 2 des observations relatives à l'article 8".

86. Le Président propose que le paragraphe 5 soit modifié de manière à faire référence aux "motifs de l'application d'une marge de préférence" et que le paragraphe 6 soit conservé à titre d'indication à l'intention du législateur. Cela étant entendu, il considère que le commentaire sur l'article 29 est adopté.

87. *Il en est ainsi décidé.*

88. M. FRIES (Etats-Unis d'Amérique), se référant au commentaire sur l'article 30, dit que la notion d'"abus de droit" mentionnée à la dernière phrase du paragraphe 1 ne s'applique normalement pas dans les juridictions de *common law* et il se demande comment elle serait applicable dans les autres systèmes juridiques.

89. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) note que le texte fait référence à un abus de droit ou une violation des principes fondamentaux de la justice. Il n'a pas été jugé nécessaire de donner une interprétation de ces termes; en effet, il importe peu que l'une ou l'autre de ces variantes ne s'applique pas dans certaines juridictions.

90. Mme CRISTEA (Observatrice de la Roumanie) fait état d'un cas d'abus de droit dans son pays lorsque trois offres ont été soumises et ont toutes été rejetées parce que l'entité adjudicatrice souhaitait empocher les garanties de soumission sous prétexte de couvrir ses frais. Il n'y a pas de législation protégeant les soumissionnaires en Roumanie et ces derniers doivent être protégés contre l'abus du droit de rejeter les offres.

91. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que la notion d'abus de droit existe dans de nombreux pays et qu'il ne devrait pas être difficile de trouver une solution satisfaisant tous les pays.

92. *Le commentaire relatif à l'article 30 est adopté.*

93. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant au commentaire sur l'article 31, propose que l'on ajoute une phrase qui traiterait d'un point qui a été soulevé, à savoir que l'un des motifs de l'interdiction des négociations est d'éviter des prix inutilement élevés. En effet, des soumissionnaires estimant qu'il y aura négociation augmenteront artificiellement leurs prix, sachant qu'ils devront peut-être les baisser ultérieurement.

94. Le PRÉSIDENT considère que le texte peut être adopté étant entendu que cette question y sera mentionnée.

95. *Il en est ainsi décidé.*

96. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant au commentaire sur l'article 32, prie le Secrétariat d'envisager de modifier les troisième, quatrième et cinquième phrases du paragraphe 3. L'article 32 traite uniquement de la question de savoir si un marché est entré en vigueur lors de la notification de l'acceptation ou ultérieurement, alors que la question du complètement des dispositions contractuelles est traitée ailleurs. Le

texte du commentaire semble mélanger ces deux points. Au paragraphe 6, M. Wallace propose que, dans la version anglaise, les mots "should be", à l'avant-dernière phrase, soient remplacés par les mots "shall be".

97. Le PRÉSIDENT considère que le commentaire relatif à l'article 32 est adopté, étant entendu qu'il sera tenu compte de ces observations.

98. *Il en est ainsi décidé.*

99. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant à l'introduction du commentaire relatif au chapitre IV, demande si le verbe "incorporer" figurant dans la troisième phrase signifie "incorporer dans la Loi type". Si c'est le cas, il faudrait que la phrase soit plus explicite.

100. Le PRÉSIDENT considère que le texte est adopté, compte tenu de cette observation.

101. *Il en est ainsi décidé.*

102. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur le commentaire relatif à l'article 33 et dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera qu'il est adopté.

103. *Il en est ainsi décidé.*

104. M. FRIES (Etats-Unis d'Amérique), se référant au commentaire sur l'article 34, dit que la dernière phrase du paragraphe 2 fait état, avec une certaine légèreté, de la charge supplémentaire qui risquerait d'être imposée à l'entité adjudicatrice à un moment où elle est déjà très occupée, et ce afin de justifier le non-recours à une procédure plus large de notification. Il serait peut-être mieux de faire référence à "d'importantes difficultés administratives", ou d'utiliser une formule similaire.

105. Le PRÉSIDENT considère que le texte peut être adopté, étant entendu que cette observation sera prise en compte.

106. *Il en est ainsi décidé.*

107. M. JAMES (Royaume-Uni), se référant au commentaire sur l'article 35, note qu'il est indiqué au paragraphe 1 que cet article est une "disposition-cadre". Ce qui importe, c'est que la négociation avec appel à la concurrence présente l'avantage d'être souple et les dispositions de l'article 35 sont aussi détaillées que nécessaire. En appelant cet article "disposition-cadre", on donne à tort l'impression qu'il devra être complété par une réglementation supplémentaire.

108. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime que le paragraphe 3 devrait également être modifié, car la Loi type doit être elle-même modifiée par l'ajout d'une référence aux "meilleures offres définitives". Si une telle référence est insérée au paragraphe 3, une bonne partie des détails donnés dans ce paragraphe pourraient être supprimés.

109. Le PRÉSIDENT considère que le texte peut être adopté, étant entendu que ces observations seront prises en compte.

110. *Il en est ainsi décidé.*

111. M. KOMAROV (Fédération de Russie), se référant au commentaire sur l'article 36, rappelle que, durant le débat sur cet article, il a été convenu qu'il serait utile d'indiquer dans le Guide que l'entité adjudicatrice peut utiliser des systèmes terminologiques internationalement reconnus tels que les INCOTERMS.

112. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) note que les descriptions données dans le cadre des articles 36 et 37 sont réduites au minimum. Il serait utile d'incorporer dans le Guide une description, dans un langage qui ne soit pas trop technique, des sept ou huit méthodes de passation des marchés traitées par la Loi type, afin que le législateur puisse en être informé comme il convient.

113. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) croit comprendre que la procédure de sollicitation d'une source unique sera soumise aux dispositions de l'article 11 relatives à l'obligation d'établir un procès-verbal et de l'article 11 bis proposé sur la publication d'avis d'attribution de marchés; il faudrait appeler l'attention sur ces articles à propos de l'article 37.

114. M. JAMES (Royaume-Uni) estime que ce n'est pas faire justice à la Loi type que de dire à propos de l'article 37 que la raison pour laquelle on n'a pas énoncé de procédure à suivre dans le cas de la sollicitation d'une source unique est que cette méthode ne doit être utilisée que dans des conditions exceptionnelles. S'il n'a pas été jugé approprié de spécifier les procédures à suivre, c'est parce qu'il n'était pas nécessaire que la Loi type régitte ce qui constituait en fait une négociation contractuelle entre l'entité adjudicatrice et une seule personne. La deuxième phrase devrait donc être modifiée.

115. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat), répondant à une question posée par Mme CRISTEA (Observatrice de la Roumanie), dit que le Guide devrait préciser que les dispositions générales de la Loi type seront applicables, le cas échéant, à la procédure de sollicitation d'une source unique; ainsi, cette procédure ne se situera pas dans un vide juridique.

116. Le PRÉSIDENT considère que les commentaires sur les articles 36 et 37 peuvent être adoptés sous réserve de ces observations.

117. *Il en est ainsi décidé.*

118. M. FRIES (Etats-Unis d'Amérique), se référant à l'introduction du commentaire sur le chapitre V, note que le paragraphe 7 indique que, si le chapitre V ne traite pas de la possibilité de recourir à l'arbitrage pour le règlement des différends, c'est parce que les types de situation envisagés ne se prêtent normalement pas à l'arbitrage. Il y a là une observation générale que l'on pourrait approfondir, soit dans l'introduction du commentaire sur le chapitre V, soit ailleurs, en indiquant que la Loi type traite de la formation du contrat et non de toutes les questions liées à l'exécution ou l'administration du marché, y compris l'importante question du règlement des différends liés à l'exécution du marché.

119. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit qu'il serait utile d'ajouter que le règlement par l'arbitrage de litiges entre l'entité adjudicatrice et l'entrepreneur n'est pas exclu par la Loi type s'il n'est pas interdit par des lois et traités internationaux.

120. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que l'arbitrage n'a pas été traité durant la rédaction des dispositions relatives au recours. Si l'on doit indiquer que l'arbitrage n'est pas exclu, il faudra préciser que l'on ne se réfère qu'aux circonstances dans lesquelles le recours à l'arbitrage est approprié. Il a été délibérément décidé de ne pas faire explicitement référence à l'arbitrage dans la Loi type; aussi le libellé de toute référence à l'arbitrage dans le Guide devrait-il être prudent et précis.

121. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit qu'en cas de litige l'entrepreneur et l'entité adjudicatrice ne devraient pas se voir empêchés de conclure un compromis pour le résoudre. Il serait utile de faire référence dans le commentaire à cette possibilité.

122. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'en réalité le recours à l'arbitrage pour les litiges envisagés est inconcevable. Un règlement par arbitrage n'est possible qu'en cas de violation d'une obligation contractuelle et avec le consentement de toutes les parties au litige. Le paragraphe 7 est approprié tel qu'il est actuellement rédigé.

123. Le PRÉSIDENT dit que le paragraphe 7 sous sa forme actuelle semble répondre à toutes les préoccupations exprimées.

124. *L'introduction du commentaire sur le chapitre V est adoptée.*

125. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), se référant au commentaire sur l'article 38, dit qu'à la deuxième phrase du paragraphe 1 de la version anglaise les mots "as such" pourraient être supprimés. Il faudrait revoir le libellé de la troisième phrase. Enfin, le libellé retenu à l'avant-dernière phrase du paragraphe 1 est moins précis que celui qui a été adopté pour l'article 38 de la Loi type. Il est dangereux de tenter de paraphraser la Loi type dans le Guide, car on risque d'en modifier les concepts. Il est également risqué de faire référence à "d'autres questions liées à la capacité du fournisseur ou entrepreneur", comme si la question du dommage ou du préjudice subi était fonction de la "capacité", qui est un terme technique. Il serait mieux de dire "d'autres questions, par exemple celles liées à la capacité ...".

126. Se référant au commentaire sur l'article 39, M. Wallace propose de remplacer au paragraphe 3 les mots "de permettre que les réclamations soient enregistrées et réglées" par les mots "de permettre que les réclamations soient promptement enregistrées". Au paragraphe 8, la dernière phrase devrait être élargie, afin que la teneur des paragraphes 4 et 5 de l'article 39 soit bien claire pour le législateur.

127. Se référant au commentaire sur l'article 40, M. Wallace propose de supprimer à la première phrase du paragraphe 12 le mot "important" figurant avant le mot "marché", car tout marché entaché de fraude, qu'il soit important ou peu important, devra être annulé.

128. Pour ce qui est du commentaire sur l'article 42, M. Wallace dit qu'il faudrait modifier quelque peu le libellé du paragraphe 4, car la référence à un "délai maximum de trente jours" n'est pas claire.

129. M. JAMES (Royaume-Uni), se référant au commentaire sur l'article 42, dit que le Groupe de travail a longuement débattu la question de savoir s'il était approprié de prévoir une suspension de la procédure : certains membres estimaient que, bien que cette solution présente quelques avantages, elle allait à l'encontre des objectifs de l'économie et de l'efficacité. M. James propose que le paragraphe 1 fasse état de ce débat et précise que le texte adopté constitue un compromis entre, d'une part, la nécessité de donner au fournisseur ou entrepreneur intéressé le droit d'intenter un recours et, d'autre part, la nécessité de permettre à l'entité adjudicatrice d'agir avec diligence, de manière à promouvoir les objectifs de l'économie et de l'efficacité. Il importe que cette question soit bien claire pour les Etats incorporant la Loi type car, dans le cas contraire, le législateur pourra se demander pourquoi on a prévu des délais relativement brefs.

130. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) est disposé à accepter que l'on prenne en compte l'observation du Royaume-Uni, mais il demande instamment au Secrétariat de veiller à ne pas compromettre l'équilibre de cet article, qui est le résultat d'un débat très approfondi au sein du Groupe de travail.

131. Le PRÉSIDENT considère que la section du Guide relative aux articles 38 à 43 peut être adoptée sous réserve de ces observations.

132. *Il en est ainsi décidé.*

133. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) souhaiterait faire quelques observations sur l'introduction du projet de Guide. Cette introduction est en quelque sorte similaire à la synthèse d'un rapport technique et elle revêt donc une grande importance. M. Wallace estime qu'il faudrait l'améliorer encore, car elle ne met pas suffisamment l'accent sur certaines des principales caractéristiques de la Loi type. A de nombreux titres, la Loi type constitue un progrès sensible : par exemple, elle prend pour norme une procédure de passation des marchés internationale, ouverte aux entrepreneurs et fournisseurs de tous les pays; elle comporte des dispositions relatives aux recours qui ont fait l'objet de débats approfondis et ne sont pas connues de tous les systèmes juridiques; et elle offre diverses procédures relatives aux procès-verbaux et aux droits de recours des soumissionnaires lésés. Il faudrait donner davantage d'importance à ces questions dans l'introduction.

134. La section relative à l'administration de la passation des marchés (par. 12 à 16) pourrait être plus concentrée. La délégation des Etats-Unis serait toute disposée à présenter par écrit quelques suggestions quant au remaniement de cette section.

135. De l'avis de la délégation des Etats-Unis, l'introduction devrait avoir pour objet de présenter tous les objectifs du Guide — question qui a fait l'objet d'un long débat au sein du Groupe de travail. Par exemple, il a été noté que le Guide pourrait constituer un moyen d'aider les gouvernements à établir une analyse section par section de la Loi type, indiquant au législateur quels choix ont été effectués durant l'élaboration de la Loi type. Le terme "informations de base" utilisé à la deuxième phrase du paragraphe 5 n'est sans doute pas assez fort.

136. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite adopter le Guide, sous réserve des observations faites durant le débat.

137. *Il en est ainsi décidé.*

138. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que la délégation des Etats-Unis serait heureuse d'envoyer au Secrétariat des observations et suggestions relatives à la rédaction du Guide et il espère que d'autres délégations feront de même. Ces suggestions ne porteront pas sur des questions de fond. Bien que le Guide ait maintenant été adopté, il serait bon que les Etats aient la possibilité de présenter des observations une fois que la version révisée aura été établie par le Secrétariat et distribuée aux Etats Membres.

139. M. MORAN BOVIO (Espagne) croit comprendre qu'il a été convenu qu'une fois que les travaux sur le Guide auraient été achevés les délégations pourraient soumettre leurs observations écrites, de sorte que le texte puisse être encore amélioré. Il ne croit pas que cela aura la moindre incidence sur la décision qui vient d'être prise d'adopter le Guide.

140. M. LEVY (Canada) n'est pas satisfait du tour que prend le débat. Le Secrétariat a déjà bien précisé que, si la Commission adoptait le Guide maintenant, il était entendu que les observations déjà faites seraient prises en compte et que le texte serait remanié en conséquence. M. Levy n'est pas favorable à la suggestion selon laquelle le Secrétariat devrait réviser le Guide une deuxième fois, sur la base des observations écrites soumises après l'adoption du Guide. Cela signifierait qu'en fait la Commission n'a pas adopté le Guide et poursuit simplement ses travaux à ce propos, ce qui est tout à fait inacceptable pour la délégation canadienne.

141. Le PRÉSIDENT souligne que la Commission a adopté le Guide. Les observations seront soumises compte tenu de cette décision.

142. Mme PIAGGI-VANOSI (Argentine) croit comprendre que la procédure à suivre a été convenue la veille. Toutefois,

compte tenu des observations qui ont été faites, il pourrait être décidé d'autoriser la soumission ultérieure d'observations.

143. M. LEVY (Canada) ne comprend pas bien si, une fois que le Secrétariat aura incorporé dans le texte du projet de Guide les observations soumises par les gouvernements, le Guide sera ou non final.

144. M. BURMAN (Etats-Unis d'Amérique) ne partage pas les préoccupations qui ont été exprimées. La procédure proposée est

tout à fait correcte; elle a déjà été utilisée par la Commission lorsqu'elle devait approuver un document auquel des ajustements devaient être apportés. Il ne serait pas raisonnable d'attendre du Secrétariat qu'il soumette un texte entièrement révisé avant la fin de la session, et le document qui vient d'être examiné n'est de toute évidence pas la version définitive. Le Guide ne sera définitif qu'après que le Secrétariat aura soumis le texte révisé pour observations aux gouvernements.

La séance est levée à 12 h 40.

Compte rendu analytique de la 513^e séance

Vendredi 16 juillet 1993, 14 heures

[A/CN.9/SR.513]

Président : M. MOHAMMED (Nigéria)

La séance est ouverte à 14 h 15.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (suite)

Examen du projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type (suite) (A/CN.9/375)

1. M. GRUSSMANN (Autriche) croit comprendre que la Commission a adopté le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type. Si la proposition présentée par le représentant des Etats-Unis d'Amérique lors de la séance précédente, prévoyant la soumission d'observations écrites en vue d'une modification du Guide, était acceptée, le texte qui en résulterait serait un document du Secrétariat plutôt qu'un document de la Commission.

2. M. KOUVSHINOV (Fédération de Russie) partage l'avis exprimé par le représentant de l'Autriche. Le Guide a été adopté, et toute discussion sera une discussion relative à un document adopté. Pour la Fédération de Russie, cette question est d'une importance pratique considérable, car elle est en train d'élaborer et d'adopter une législation sur la passation des marchés. Les travaux de la Commission sont très appréciés par le Ministère des affaires économiques extérieures; ils sont en effet d'une grande importance pratique pour les pays en phase de transition économique.

3. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) partage les avis exprimés par les représentants de l'Autriche et de la Fédération de Russie, ainsi que par le représentant du Canada lors de la séance précédente. La procédure a déjà été convenue. M. Priestley ne souhaite pas que la Commission revienne sur sa décision d'adopter le Guide. Premièrement, la procédure proposée par le représentant des Etats-Unis retarderait considérablement l'adoption du Guide et, deuxièmement, les membres de la Commission ont estimé que la procédure à suivre serait celle qui a été présentée par le Président. Il ne faudrait pas revenir sur cette décision à un stade si avancé des travaux.

4. Le PRÉSIDENT conclut que la Commission ne souhaite pas revenir sur sa décision. Le Guide pour l'incorporation de la Loi

type a été adopté et il le restera. Certains ajouts pourront être faits pour préciser certains points, dans la mesure où ils s'inscrivent dans le cadre de la décision de la Commission. Lorsqu'il sera publié sous sa forme définitive, le Guide pour l'incorporation de la Loi type sera un document de la Commission.

5. M. PHUA (Singapour) demande quand le texte définitif du Guide sera prêt.

6. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que l'on ne saurait escompter que la révision du Guide entreprise afin de tenir compte des décisions prises par la Commission durant la session en cours, y compris les modifications proposées et l'alignement du Guide sur le texte définitif de la Loi type, soit achevée avant octobre. Il serait difficile de donner une date plus précise.

7. M. PHUA (Singapour) souhaiterait qu'il soit garanti que le Guide revêtira exactement la forme qui a été décidée, afin qu'il puisse informer son gouvernement de cette décision.

8. Le PRÉSIDENT dit que le Secrétariat n'apportera aucune modification à ce qui a été adopté. Il considère que la Commission souhaite reconformer son adoption du projet de Guide pour l'incorporation de la Loi type, sous réserve des modifications convenues.

9. *Il en est ainsi décidé.*

Examen du projet de Loi type sur la passation des marchés (suite)

Rapport du groupe de rédaction (suite) (A/CN.9/XXVI/CRP.4/Add.1 à 4)

Document A/CN.9/XXVI/CRP.4/Add.1

10. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner les modifications au projet de Loi type proposées par le groupe de rédaction.

Article 11-1, chapeau

11. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 11-1 b

12. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 11-1 e

13. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 11-1 k

14. *Les modifications proposées par le groupe de rédaction sont adoptées.*

Article 11-1 l

15. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 11-2

16. Mme ZIMMERMAN (Canada) demande pourquoi cette disposition est soumise à l'article 28-3.

17. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 11 concernant la divulgation de certaines parties du procès-verbal après l'acceptation d'une offre ne sont, telles qu'elles sont actuellement libellées, pas conformes au paragraphe 3 de l'article 28, qui dispose que le prix soumissionné sera annoncé lors de l'ouverture des offres. La décision prise par la Commission d'exiger une notification plus large, qui ne soit pas limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation des marchés, a rendu cette référence nécessaire.

18. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) dit que les mots "est communiquée à toute personne qui le demande après qu'une offre ... a été acceptée" ne sont pas clairs, du moins dans la version arabe. Il se demande si l'on ne pourrait pas modifier le texte comme suit : "... après l'acceptation de son offre ...".

19. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que le texte tel qu'il est rédigé est correct, du moins dans la version anglaise. Ce paragraphe indique que la partie du procès-verbal pertinente doit être à la disposition du public et non simplement des fournisseurs ou entrepreneurs. En remplaçant "une offre" par "son offre", on en modifierait le sens.

20. Le PRÉSIDENT dit que la version arabe sera modifiée si nécessaire et que l'on vérifiera ultérieurement toutes les versions linguistiques, afin d'en assurer la conformité.

21. *Le nouveau texte de l'article 11-2 proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 11-3, chapeau

22. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 11-3 b

23. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 11-4

24. Mme ZIMMERMAN (Canada) propose de remplacer les mots "au présent article" à la dernière ligne, par les mots "à cet article".

25. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que l'on préfère à l'ONU utiliser "le présent article" dans un tel cas, car les mots "cet article" pourraient induire en erreur si, comme c'est souvent le cas, la disposition en question fait référence à un autre article.

26. *Le nouveau texte de l'article 11-4 proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 12

27. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 13-2

28. *Les modifications proposées par le groupe de rédaction sont adoptées.*

Article 14-1, chapeau

29. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 14-1 a

30. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 14-1 c

31. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 14-1 d

32. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 14-2, chapeau

33. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 14-2 a

34. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 14-2 b

35. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 15-1

36. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 15-2

37. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 16, chapeau

38. *Les modifications proposées par le groupe de rédaction sont adoptées.*

Article 16 b

39. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 16 c

40. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 16 e

41. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 16 f

42. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 16 g

43. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 17 b

44. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que les mots "de la petite quantité et de la faible valeur" donnent à penser qu'un marché portant sur de grandes quantités de faible valeur n'entrera pas dans le champ d'application de l'article 17, ce qui exclura les appels d'offres nationaux pour les grandes quantités de biens de faible valeur. Il serait préférable de supprimer la référence à la quantité et de ne mentionner que la "faible valeur".

45. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que le libellé proposé par le groupe de rédaction visait les articles peu nombreux mais de très forte valeur unitaire. Après réflexion, il convient avec le représentant du Canada qu'il faudrait supprimer la référence à la "petite quantité".

46. Le PRÉSIDENT considère qu'il est convenu que les mots "du faible montant ou de la valeur peu élevée" figurant dans le texte original de l'article 17 *b* présenté par le Groupe de travail seront remplacés par les mots "de la faible valeur", plutôt que par les mots "de la petite quantité et de la faible valeur" qui étaient proposés par le groupe de rédaction.

47. *Il en est ainsi décidé.*

Article 17, dernier paragraphe

48. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 19-1, chapeau

49. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 19-1 b

50. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 19-1 d

51. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 19-2

52. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 21 g

53. Mme ZIMMERMAN (Canada) demande qu'on lui confirme si l'amendement proposé par le Secrétariat a été accepté par la Commission.

54. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) croit comprendre que l'amendement n'a pas été adopté.

55. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) répond que, selon ses notes, un certain nombre d'orateurs ont appuyé le texte du Secrétariat.

56. Le PRÉSIDENT croit savoir qu'il n'y a pas de véritable objection à ce texte.

57. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 21 l

58. *L'ajout proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 21 n

59. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 22, titre

60. *Les modifications proposées sont adoptées.*

Article 22-1

61. *Les modifications proposées sont adoptées.*

Article 22-2

62. *La modification proposée est adoptée.*

Article 22-3 a

63. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit que les amendements proposés à l'article 22 se fondent sur la décision prise par la Commission de déplacer cet article au chapitre premier de la Loi type et de modifier le libellé de ses paragraphes afin qu'ils s'appliquent à la fois à l'appel d'offres et aux autres méthodes de passation des marchés. Conformément à cette décision, les mots "Pour la formulation des spécifications", au début de l'article 22-3 *a* tel qu'il figure dans le document A/CN.9/371, devraient être modifiés comme suit : "Pour la formulation de toutes spécifications".

64. *Il en est ainsi décidé.*

65. *La modification à l'article 22-3 a proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 22-3 b

66. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Nouvel article 12 ter (ancien article 22-4)

67. M. LEVY (Canada) dit que, tel qu'il est rédigé, l'article semble exiger de pays tels que le Canada, dont les deux langues officielles sont d'usage courant dans le commerce international, qu'ils fournissent les documents dans une troisième langue. Il propose que des mots soient ajoutés entre parenthèses après les mots "d'usage courant dans le commerce international" afin de préciser le sens de cette disposition.

68. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que l'intention était de laisser entre parenthèses les mots "et dans une langue d'usage courant dans le commerce international", comme c'était le cas dans le texte original figurant dans le document A/CN.9/371.

69. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que la parenthèse devra se fermer à la fin de l'alinéa *b* pour que ce libellé ait le sens voulu.

70. Mme CLIFT (Observateur de l'Australie) propose que l'on supprime à l'alinéa *b* les mots "de la petite quantité et".

71. *Il en est ainsi décidé.*

72. *Compte tenu de ces modifications, le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Document A/CN.9/XXVI/CRP.4/Add.2

Article 6-1 et 2

73. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) se demande si le nouveau libellé impératif de l'alinéa *1 b* est compatible avec la disposition énoncée à l'article 34-9 *d*.

74. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que, si l'on rend la qualification impérative pour toutes les procédures de passation des marchés, il n'est plus nécessaire d'énoncer à l'article 34 le critère fondé sur la non-fiaabilité ou l'incompétence et que, par conséquent, l'article 34-9 *d* peut être supprimé.

75. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie) approuve cette suggestion.

76. M. LEVY (Canada) dit que l'article 34-9 *d* est peut-être redondant pour les juristes et autres experts, mais qu'il n'est en rien incompatible avec l'article 6-1 *b*. Il précise plutôt quelles sont les règles; aussi devrait-il être conservé.

77. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'il ne serait pas bon de conserver l'article 34-9 *d*, car son sens pourrait faire l'objet de controverses.

78. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections fermes, il considérera que la Commission accepte de supprimer l'article 34-9 *d*.

79. *Il en est ainsi décidé.*

80. *Le texte proposé par le groupe de rédaction pour les paragraphes 1 et 2 de l'article 6 est adopté.*

Article 6-3

81. Mme ZIMMERMAN (Canada) dit qu'une nouvelle modification doit être apportée au texte tel qu'il figure dans le document A/CN.9/371, afin que cette disposition s'applique aux autres documents sollicitant des propositions ou des prix, ainsi qu'à la documentation de présélection et au dossier de sollicitation.

82. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) estime que l'on pourrait répondre à cette préoccupation en modifiant comme suit le texte : "... documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix et s'applique également ...".

83. Mme ZIMMERMAN (Canada) estime que le libellé du paragraphe pourrait également suivre celui de l'article 22-3 *a* qui vient d'être adopté.

84. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que la même modification devra être apportée à l'article 6-4.

85. *Il est convenu que le groupe de rédaction décidera du libellé le plus approprié.*

86. *Cela étant entendu, l'article 6-3 est adopté.*

Article 11-1 i

87. *La Commission convient de supprimer cet alinéa.*

Article 11 bis

88. *Le texte proposé est adopté.*

Article 13-2

89. *La modification proposée est adoptée.*

Article 13 bis

90. M. JAMES (Royaume-Uni) estime que la fin de l'alinéa *a* devrait être libellée comme suit : "des fournisseurs ou entrepreneurs; ou".

91. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique), appuyé par M. LEVY (Canada), dit qu'il avait cru comprendre que le mot "sensiblement" devrait être inséré avant le mot "disproportionnés" à l'alinéa *b*.

92. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que le groupe de rédaction a envisagé cet ajout, mais ne l'a pas retenu.

93. *Le texte proposé par le groupe de rédaction est adopté.*

Article 18-3

94. *Il est convenu de supprimer ce paragraphe.*

Article 19-1 d

95. *La modification proposée est adoptée.*

Article 25

96. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner l'article 25-3 qui n'est pas traité dans le rapport du groupe de rédaction.

97. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) rappelle à la Commission qu'elle a décidé de faire référence, au paragraphe 3, au "gré" de l'entité adjudicatrice, question qui a été oubliée par le groupe de rédaction. Le paragraphe 3 devrait commencer comme suit : "L'entité adjudicatrice peut, à son gré, ...".

98. *Il en est ainsi décidé.*

99. M. PRIESTLEY (Observateur de l'Australie), se référant à l'article 25-1, rappelle que sa délégation a proposé que soit incluse dans ce paragraphe une référence à l'endroit où doivent être soumises les offres. La délégation canadienne a présenté une proposition à cet effet qui a été adoptée par la Commission.

100. M. LEVY (Canada) dit que sa délégation a proposé le libellé suivant : "L'entité adjudicatrice fixe une date et une heure précises, qui constituent la date limite pour la soumission des offres, ainsi que le lieu de la soumission des offres".

101. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) propose le libellé suivant pour la fin de la phrase, dans sa version anglaise : "deadline for, and the place for, the submission of tenders".

102. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) estime qu'il serait mieux de mentionner le lieu avant la date et l'heure.

103. Le PRÉSIDENT considère qu'il est convenu que le libellé de l'article 25-1 sera modifié conformément auxdites propositions.

104. *Il en est ainsi décidé.*

105. *Le texte proposé par le groupe de rédaction pour l'article 25-5 est adopté.*

Article 26-1

106. *La modification proposée est adoptée.*

Article 26-2 b

107. *La modification proposée est adoptée.*

Article 26-3

108. *La modification proposée est adoptée.*

Article 27-1 b

109. *Le texte proposé est adopté.*

Article 27-1 c

110. *La modification proposée est adoptée.*

Article 27-1 d

111. *La modification proposée est adoptée.*

Article 27-1 e

112. *Les modifications proposées sont adoptées.*

Article 27-1 f i

113. *La modification proposée est adoptée.*

Article 27-2

114. *La modification proposée est adoptée.*

Article 27-2 b

115. *La modification proposée est adoptée.*

Article 27-2 d

116. M. JAMES (Royaume-Uni) estime qu'il faudrait remplacer "qu'aucun retrait n'est autorisé" par les mots "qu'un tel retrait n'est pas autorisé".

117. *Le nouveau texte proposé est adopté.*

Article 29-1 b

118. *Le texte proposé est adopté.*

Article 29-4 d

119. *La modification proposée est adoptée.*

Article 29-5

120. Mme CRISTEA (Observateur de la Roumanie) croit savoir qu'il a été proposé que le texte soit libellé comme suit : "Aux fins de la comparaison et de l'évaluation des offres, tous les prix soumissionnés sont convertis dans la même monnaie".

121. M. OLIVENCIA RUIZ (Espagne) dit que ce libellé a été examiné par le groupe de rédaction, qui a préféré le texte indiqué.

122. *La modification proposée par le groupe de rédaction est adoptée.*

Article 29-6

123. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) se demande si la modification proposée a des incidences sur d'autres articles.

124. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) note, pour ce qui est de la version anglaise, que les mots "to demonstrate again" ont déjà été adoptés à l'article 7-8.

125. *Les modifications proposées à l'article 29-6 sont adoptées.*

Article 29-7

126. *La modification proposée est adoptée.*

Article 31

127. *La modification proposée est adoptée.*

Article 32-3

128. *La modification proposée est adoptée.*

Article 32-6

129. *La modification proposée est adoptée.*

Article 32 bis

130. *Le texte proposé est adopté.*

Article 34

131. *Les modifications proposées sont adoptées.*

Article 35-4

132. *La modification proposée est adoptée.*

Article 36-3

133. *Le texte proposé est adopté.*

Article 38-2 c

134. *Il est convenu de supprimer cet alinéa.*

Article 38-2 d

135. *La modification proposée est adoptée.*

Article 38-2 e

136. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que le texte du nouvel alinéa *f* proposé devrait être libellé comme suit : "une omission visée à l'article 21 *s*".

137. *L'ajout proposé est adopté.*

Document A/CN.9/XXVI/CRP.4/Add.3

138. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) se demande si les dispositions de l'article 6 régissent également la présélection. Si l'entité adjudicatrice a exclu un soumissionnaire au stade de la présélection sur la base de ce qu'elle jugeait être des erreurs ou omissions essentielles, auxquelles il n'a pas été promptement remédié, le soumissionnaire aurait-il un recours au stade ultérieur de la sollicitation ?

139. M. JAMES (Royaume-Uni) estime qu'il n'y a pas véritablement de problème. Le paragraphe 6 de l'article 6 s'applique à toutes les procédures de qualification, y compris la présélection. En application du nouvel alinéa *c*, dans le cadre d'une procédure de présélection, un fournisseur ou entrepreneur potentiel ne pourra être éliminé pour avoir présenté des informations compor-

tant des erreurs ou omissions non essentielles à condition qu'il remédie promptement, sur demande, à ces erreurs ou omissions. Si l'entité adjudicatrice, examinant les réponses à son invitation à présenter une demande de présélection, constate que les qualifications d'un fournisseur potentiel comportent des erreurs ou omissions essentielles, il peut l'exclure en vertu de l'alinéa 6 b. Toutefois, si les informations comportent des erreurs ou omissions non essentielles, l'entité adjudicatrice ne pourra exclure le fournisseur si ce dernier remédie promptement à ces erreurs ou omissions. L'entité adjudicatrice doit donc demander au fournisseur, en temps utile, de donner les informations manquantes. S'il ne le fait pas, l'alinéa 6 c ne s'appliquera pas; aussi n'y a-t-il aucune chance qu'un fournisseur affirme deux ans plus tard que les informations qu'il a données étaient complètes, sauf sur des points non essentiels. Théoriquement, il pourra se poser un problème si l'entité adjudicatrice ne se rend pas compte en temps utile de l'erreur ou de l'omission, encore que, dans un tel cas, elle puisse demander au fournisseur de se requalifier.

140. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que, si les informations comportent des erreurs ou omissions non essentielles, personne ne prendra la peine d'y remédier. Tel qu'il est rédigé, l'alinéa 6 c ne peut s'appliquer au cas où l'entité adjudicatrice ne demande pas au fournisseur de remédier aux erreurs ou omissions. Dans ce cas, il n'est pas possible d'exclure le fournisseur. Toutefois, il n'est pas nécessaire que le texte traite de manière exhaustive des erreurs ou omissions non essentielles et on pourrait peut-être supprimer cette disposition.

141. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) dit que l'alinéa 6 c a pour objet d'énoncer la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice ne peut exclure un fournisseur ou entrepreneur en cas d'erreurs ou d'omissions non essentielles dans les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications, étant entendu que le fournisseur ou l'entrepreneur est tenu de remédier à ces erreurs ou omissions si l'entité adjudicatrice le lui demande. Pour plus de clarté, M. Sahaydachny propose de remplacer les mots "à condition qu'il remédie" par les mots "à moins qu'il ne remédie pas".

142. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que le nouveau texte semble traiter de deux questions à la fois : l'obligation imposée au fournisseur ou entrepreneur de remédier aux erreurs ou omissions si on le lui demande et l'interdiction de toute exclusion pour des erreurs ou omissions non essentielles. Ces deux aspects devraient faire l'objet de phrases séparées. M. Griffith propose d'ouvrir, après les mots "non essentielles", une nouvelle phrase qui serait libellée comme suit : "Le fournisseur ou entrepreneur remédie promptement à ces erreurs ou omissions sur la demande de l'entité adjudicatrice".

143. M. LEVY (Canada) dit qu'il se posera un problème d'interprétation au cas où le fournisseur ou entrepreneur ne remédierait pas à ces erreurs ou omissions. Apparemment, il ne sera pas exclu dans un tel cas. M. Lévy propose de remplacer les mots "à condition qu'il" par les mots "s'il", sans séparer la phrase en deux.

144. Mme CRISTEA (Observateur de la Roumanie) propose que l'on retienne la formule suivante : "... non essentielles, auquel cas le fournisseur ou entrepreneur est tenu de remédier promptement à ces erreurs ou omissions sur la demande de l'entité adjudicatrice".

145. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) dit que le paragraphe devrait alors être complété comme suit : "et il est disqualifié s'il ne le fait pas".

146. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que les deux règles énoncées dans cet alinéa doivent rester séparées. Même si l'entité adjudicatrice ne présente pas de demande, la question de la disqualification peut néanmoins se poser.

147. M. JAMES (Royaume-Uni) convient que le projet ne parle pas des conséquences d'un défaut de réponse de la part du fournisseur ou de l'entrepreneur à une demande de rectification d'erreurs ou d'omissions présentée par l'entité adjudicatrice. Toutefois, la Commission semble estimer que, même en cas d'erreurs ou d'omissions non essentielles, l'entité adjudicatrice devrait pouvoir exclure un fournisseur ou entrepreneur n'ayant pas remédié promptement sur demande auxdites erreurs ou omissions. On pourrait à cette fin ouvrir, après les mots "non essentielles" une nouvelle phrase libellée comme suit : "Le fournisseur ou entrepreneur est disqualifié s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions sur la demande de l'entité adjudicatrice".

148. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) propose de remplacer "est disqualifié" par les mots "peut être disqualifié". En effet, l'entité adjudicatrice devrait être libre de disqualifier ou non.

149. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite adopter la modification proposée par la délégation du Royaume-Uni, telle que modifiée par la délégation australienne.

150. *Il en est ainsi décidé.*

151. *Les modifications proposées par le groupe de rédaction dans le document A/CN.9/XXVI/CRP.4/Add.3, telles que modifiées, sont adoptées.*

152. Mme ZIMMERMAN (Canada) remercie le groupe de rédaction, au nom de la Commission, pour les efforts qu'il a déployés.

Dispositions relatives à la publication de la Loi type et du Guide pour l'incorporation de la Loi type

153. M. KOMAROV (Fédération de Russie) note que la Commission n'a pas encore décidé comment rattacher le texte de la Loi type et le texte du Guide.

154. Le PRÉSIDENT dit que la Commission doit décider si la Loi type sera publiée conjointement avec le Guide, ou séparément, et comment les textes devront être présentés.

155. M. MORAN BOVIO (Espagne) demande au Secrétariat s'il a des idées sur ce point.

156. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que le texte intégral de la Loi type sera soumis à la Commission à la fin de la session, en tant qu'annexe au projet de rapport. Le projet de guide révisé sera publié ultérieurement en tant que document ordinaire.

157. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'il peut être utile que le texte de la Loi type comporte en préface des parties du Guide tel qu'il a été établi par le Secrétariat, notamment les paragraphes 1 à 4 et 9 à 20 faisant l'historique de la Loi type et en décrivant l'objet. Le Guide pourrait toutefois faire l'objet d'une publication séparée.

158. Mme DODSWORTH (Royaume-Uni) apprécierait que la Loi type et le Guide fassent l'objet de deux documents des Nations Unies distincts, conformément à la pratique.

159. M. SOLIMAN (Egypte) propose que le Guide figure en annexe à la Loi type.

160. M. MORAN BOVIO (Espagne), appuyé par M. GRUSSMANN (Autriche), estime que l'on pourrait laisser au Secrétariat

le soin de déterminer s'il faudrait combiner les deux textes et, dans l'affirmative, de quelle manière il faudrait procéder.

161. M. KOMAROV (Fédération de Russie) dit que l'on peut escompter que les utilisateurs de la Loi type auront recours au Guide. Il s'agit donc de savoir comment faire en sorte qu'il soit aisément disponible.

162. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que le Secrétariat ajoutera sur la page de couverture de la Loi type une note de bas de page mentionnant l'existence du Guide. Il souligne qu'en raison des graves contraintes financières que connaît actuellement l'Organisation des Nations Unies on ne dispose pas de fonds pour les publications spéciales, à moins que les gouvernements ne souhaitent verser une contribution à cette fin.

163. M. KOUVSHINOV (Fédération de Russie) dit que le Guide ne donne pas une interprétation de chaque article de la Loi type; aussi pourrait-il être publié séparément.

164. M. WALLACE (Etats-Unis d'Amérique) propose que le Guide fasse l'objet d'un simple document agrafé. Il convient toutefois que c'est au Secrétariat de décider de la forme que prendra la publication de la Loi type et du Guide.

165. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite que la Loi type et le Guide soient publiés en tant que documents des Nations Unies, étant entendu que chacun fera référence à l'autre.

166. M. SAHAYDACHNY (Secrétariat) avance que la Commission voudra peut-être adopter la Loi type au moyen d'une résolution formelle. Le Secrétariat pourrait élaborer un projet de résolution qui sera soumis ultérieurement à la Commission durant la session en cours.

167. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 h 5.

IV. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI : NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/402) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
I. QUESTIONS GÉNÉRALES	443
II. VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES	444
III. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION	447
IV. TRANSPORTS INTERNATIONAUX	449
V. PAIEMENTS INTERNATIONAUX	451
VI. LETTRES DE GARANTIE	452
VII. PASSATION DES MARCHÉS	452
<i>Annexe.</i> Liste récapitulative des titres abrégés des textes juridiques de la CNUDCI cités dans cette bibliographie avec les titres complets correspondants	453

I. Question générales

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) : numero monográfico [destinado] a conmemorar el vigésimoquinto aniversario de [su] creación. *Revista de derecho mercantil* (Madrid, Espagne) 207:1-410, enero-marzo, 1993.

Contenu de ce numéro, entièrement consacré aux travaux de la CNUDCI : Hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI / M. Olivencia, p. 9-35. — El derecho uniforme del derecho internacional y su sistemática / R. Illescas Ortiz, p. 37-91. — La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Transferencias Internacionales de Crédito / I. Lojendio Osborne, p. 95-114. — EDI (Electronic Data Interchange) : estado de la cuestión en UNCITRAL / A. Madrid Parra, p. 115-149. — Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales / A. Díaz Moreno, p. 151-205. — La unificación de la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte (ETT) : una presentación / D. Morán Bovio, p. 207-230. — Convenciones y leyes modelo de la CNUDMI/UNCITRAL, p. 231-397. — Jurisprudencia [reproduction du document de la CNUDCI A/CN.9/312, espagnol], p. 399-408. — Bibliografía de UNCITRAL [il s'agit principalement d'une revue bibliographique de l'Annuaire de la CNUDCI, qui comprend également une courte liste d'autres publications de la CNUDCI], p. 409 à 410.

Jornadas de Derecho Internacional Privado (3rd : 1991 : San Lorenzo de El Escorial, Espagne)
España y la codificación internacional del derecho internacional privado : Terceras Jornadas de Derecho internacional privado : San Lorenzo de El Escorial 13 y 14 de diciembre de

1991 / Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande. Madrid : Eurolex, Editorial Beramar, S.L., c1991. 397 p. : *ill.* (Publicaciones Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande)

Articles relatifs aux travaux de la CNUDCI :

La participación de España en la tarea codificadora de la CNUDMI (UNCITRAL) / C. Esplugues Mota, p. 73-90. — La labor de la UNCITRAL en la contratación internacional y su relación con otras experiencias de la codificación internacional / J. Carrascosa González, p. 91-106. — Las normas de aplicación del Convenio de la UNCITRAL sobre la Compraventa Internacional de Mercancías (Viena, 1980) / A. Quiñones Escamez, 107-153. D'autres articles traitent du travail de codification d'autres institutions internationales, par exemple : Conférence de La Haye, Communauté européenne, Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé, etc.

Katz, S. UNCITRAL : el trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para la unificación del derecho mercantil internacional en 1992. *Anuario de derecho marítimo* : Instituto Vasco de Administración Pública, Escuela de Administración Marítima (Barcelona, Espagne) 10:613-620, 1992.

UNCITRAL : el trabajo de las Naciones Unidas para la unificación del derecho mercantil internacional en 1989. *Anuario de derecho marítimo* : Gobierno Vasco, Departamento de Política Territorial y Transportes, Escuela de Administración Marítima (Barcelona, Espagne) 9:473-481, 1991.

Koto, Y. Transactions commerciales et droit international : l'œuvre de la CNUDCI.

En japonais. Manuscrit.

Lacoursière, M. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : annuaire. *Revue générale de droit* : Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (Ottawa, Canada) 24:3:447-449, 1993.

Revue bibliographique de l'Annuaire de la CNUDCI; XXI:1990, éd. française.

Nacionalidad e internacionalidad del derecho mercantil : discurso leído el día 16 de mayo de 1993 en el acto de su recepción pública por M. Olivencia Rufz; y contestación de G. J. Jiménez Sánchez. Sevilla : Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993. 72 p.

Au-dessus du titre : Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Racine, G. P. La CNUDCI : ce qu'elle est, ce qu'elle fait. *Bulletin SDIE* : Société de droit international économique — Canada (Montréal, Québec) 6:1:19-21, printemps-été 1993.

Titre parallèle de la revue : *SDIE bulletin* : International Economic Law Society — Canada.

Report on the work done by the United Nations Commission on International Trade Law at its twenty-sixth session (1993). In Asian-African Legal Consultative Committee. Progress report concerning the legislative activities of the United Nations and other international organisations in the field of international trade law / prepared by the Secretariat of the Committee. New Delhi, Inde : The Secretariat, 1994. p. 1 à 25.

The United Nations Commission on International Trade [Law] : second edition. *Evropské a mezinárodní právo* (Brno, République tchèque) 2:1:30-31, císlo 1993.

En anglais.

Il s'agit d'une revue de l'ouvrage sur la CNUDCI, version préliminaire de sa deuxième édition à paraître, 1992.

II. Vente internationale de marchandises

Adame Goddard, J. El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional. *Revista de derecho privado* : Instituto de Investigaciones Jurídicas (Mexico, D.F.) 3:8:257-295, mayo-agosto 1992.

Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías. 1a. ed. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. 221 p. (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie H: Estudios de derecho internacional público ; núm. 17)

Recueil de dix articles du même auteur traitant des principaux aspects de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), comparée avec le droit mexicain. Comprend également le texte espagnol de la Convention, p. 185 à 220.

Allemagne. Landgericht Aachen.

[Décision judiciaire concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, 14 mai 1993. Italie.]

Deutsch-italienischer Kaufvertrag nach dem UN-Kaufrecht : LG Aachen, Urteil vom 14.5.1993 — 43 O 136/92; rechtskräftig. *Recht der internationalen Wirtschaft* : Betriebs-Berater international (Heidelberg, Allemagne) 39:9:760-761, September 1993.

Allemagne. Oberlandesgericht Düsseldorf.

[Décision judiciaire concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, 8 janvier 1993. Turquie.]

Zum räumlich-internationalen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts und zur Mängelrüge : EGBGB Art. 27; CISG Art. 1 (Abs. 1b), 38, 39, 53 / von U. Magnus. *IPRax: Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (Bielefeld,

Allemagne) 13:6:390-392 et 412-414, November/Dezember 1993.

Note concernant une décision judiciaire du 8 janvier 1993 (17 U 82/92); résumé de la décision / par M. Strohn, juge, p. 412 à 414.

Allemagne. Oberlandesgericht Frankfurt am Main.

[Décision judiciaire concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, 18 janvier 1994. Italie.]

UN-Kaufrecht [CISG Art. 49, Abs. 1a] : Voraussetzungen für Vertragsaufhebung wegen Mängeln. Höhe des Zinsanspruchs : OLG Frankfurt a.M., Teilurteil vom 18.1.1994 - 5 U 15/93; rechtskräftig. *Recht der internationalen Wirtschaft* : Betriebs-Berater international (Heidelberg, Allemagne) 40:3:240-241, März 1994.

Allemagne. Oberlandesgericht Köln.

[Décision judiciaire concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, 16 octobre 1992. France.]

Anwendung der "Vorschaltlösung" im internationalen Kaufrecht : Anwendbarkeit des einheitlichen Kaufgesetzes / Anmerkung von F. Diedrich. *Recht der internationalen Wirtschaft* : Betriebs-Berater international (Heidelberg, Allemagne) 39:9:758-760, September 1993 et 39:2:143-144, Februar 1993.

Note concernant une décision judiciaire du 16 octobre 1992 (19 U 118/92); résumé de la décision / [s.n.], 39:2:143-144, Februar 1993.

Babik, A. Defining "fundamental breach" under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Temple international and comparative law journal* : Temple University School of Law (Philadelphia, Pa.) 6:1:113-143, spring 1992.

Batram, S. P. Sales transactions in Latin America : the fundamental issues. *University of Miami Inter-American law review* : University of Miami School of Law (Coral Gables, Fla.) 21:2:311-355, winter 1989-90.

Le chapitre VI traite de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), p. 349 à 354.

Bonell, M. J. Rassegna giurisprudenziale in tema di vendita internazionale. *Diritto del commercio internazionale : pratica internazionale e diritto interno* (Milano, Italie) 7:3:651-659, luglio-settembre 1993.

UN-Kaufrecht und das Kaufrecht des Uniform Commercial Code im Vergleich. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* : Max-Planck-Institut (Tübingen, Allemagne) 58:1:20-39, 1994.

Titre anglais tiré du sommaire, p. 39 : Droit international uniforme des ventes et Code commercial uniforme : comparaison de deux modèles.

Brandi-Dohrn, [s. n.]. Das UN-Kaufrecht : Entstehungsgeschichte und Grundstruktur. *Computer und Recht : Forum für die Praxis des Rechts der Datenverarbeitung, Information und Automation* (Köln, Allemagne) 7:12:705-708, 1991.

Comprend un tableau comparatif des articles du Code civil et de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) relatifs à la contravention au contrat.

Cabrillac, R. Etude comparée de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et du droit interne français. In Gemeinsames Seminar der Juristischen Fakultäten von Montpellier und Heidelberg (24th : 1992 : Montpellier, France; Heidelberg, Allemagne) — Internationale vertragliche Beziehungen = Les relations contractuelles internationales. Heidelberg : Juristische Fakultät, 1993. p. 115 à 128.

Chambre de commerce internationale. Cour d'arbitrage.

[Sentence arbitrale concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, 1992, Autriche : Bulgarie]

Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : sentence rendue en 1989 dans l'affaire 7197 (traduction de l'allemand) / D. Hascher. *Journal du droit international : Clunet* (Paris, France) 120:4:1028-1040, octobre-novembre-décembre 1993.

Résumé d'une sentence arbitrale et d'un commentaire à ce sujet traitant de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Chambre de commerce internationale. Cour d'arbitrage.

[Sentence arbitrale concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, 1992, Autriche : Yougoslavie (Croatie)]

Laudo del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Contrato de compraventa. Ley aplicable al fondo de la controversia — Convenio de Viena sobre contratos de venta internacional de mercancías — Obligaciones del comprador — Intereses de demora : asunto no. 7153 [1992] / M. Checa Martínez. *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (Madrid, Espagne) 8:249-252, 1992.

Résumé d'une décision judiciaire et commentaire à ce sujet traitant de l'application des articles 1^{er}, 53, 78 de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Voir aussi la bibliographie précédente, A/CN.9/382, Section II, sous Chambre de commerce internationale (même affaire que celle dont rend compte D. Hascher).

Chambre de commerce internationale. Cour d'arbitrage.

[Sentence arbitrale concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, 1993. République arabe syrienne : Allemagne] Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises : sentence finale rendue dans l'affaire 6653 en 1989 / J.-J. A. *Journal du droit international : Clunet* (Paris, France) 120:4:1040-1053, octobre-novembre-décembre 1993.

Résumé d'une sentence arbitrale et commentaire à ce sujet traitant de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Choi, J.-S. Rechtsvergleichende Untersuchung der Gefährungsregeln im anglo-amerikanischen und im UN-Kaufrecht. Marburg : [s.n.], 1991 (printed by Görlich & Weiershäuser GmbH in Marburg). xxx, 151, 11 p.

Thèse de doctorat — Université Phillips de Marburg, Allemagne.

Comprend une bibliographie et un tableau des affaires.

Annexes contenant des textes juridiques, dont les articles 66 à 70 et 82 de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Conetti, G. Rapporti tra convenzioni di diritto materiale ed internazionale privato uniforme : il caso de la vendita internazionale. In *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale : studi in memoria de Mario Giuliano*. Padova, Italie : CEDAM, 1989. (Studi e pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato e processuale ; 30) p. 361 à 371.

Diedrich, F. Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge : zugleich ein Beitrag zur Methode autonomer Auslegung von internationalem Einheitsrecht. *Recht der internationalen Wirtschaft : Betriebs-Berater international* (Heidelberg, Allemagne) 39:6:441-452, Juni 1993.

Dong Suk, K. La Convention de Vienne et son adaptabilité en Corée. *Korean forum on international trade and business law* : Korea International Trade Association (Seoul, République de Corée) 2:157-193, 1993.

En coréen.

Traduction du titre tirée de la table des matières en anglais.

Esplugues Mota, C. A. Compraventa internacional de mercaderías : informe / preparado por C. A. Esplugues Mota. 1a. ed. Valencia, Espagne : IMPIVA, c1993. 130 p. (Informes del Instituto de la Mediana y Pequeña Industria Valenciana)

Au-dessus du titre : Generalitat Valenciana. Conselleria d'Industria, Comerc i Turisme [et] IMPIVA.

Comprend le texte espagnol de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), p. 92 à 127.

Fisher, S. et M. Hains. Futures market law and practice and the Vienna Sales Convention. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (London, Royaume-Uni) 4:531-556, November 1993.

Frigo, M. L'efficacia delle condizioni generali di contratto alla luce delle Convenzioni di Roma e di Vienna del 1980. *Diritto del commercio internazionale : pratica internazionale e diritto interno* (Milano, Italie) 7:3:521-537, luglio-settembre 1993.

Galgano, F. Il diritto uniforme : la vendita internazionale. In *Atlante di diritto privato comparato* / F. Galgano, ed. Bologna : Zanichelli, 1992. p. 211 à 220.

Geldsetzer, A. Einvernehmliche Änderung und Aufhebung von Verträgen : eine rechtsvergleichende Darstellung des deutschen, des amerikanischen Rechts und des Einheitskaufrechts. 1. Aufl. Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., c1993. 182 p. (Arbeiten zur Rechtsvergleichung ; Bd. 159)

Thèse de doctorat — Université de Fribourg im Breisgau, Allemagne, 1991.

Comprend des tableaux et une bibliographie.

Ghestin, J. et B. Desche. *Traité des contrats : la vente*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990. 1 146 pages.

Cet ouvrage est une analyse par sujet de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Goode, R. Why compromise makes sense. *Times* (London, United Kingdom)

Tuesday, 22 May 1990. (Section : Features)

L'auteur demande qu'un plein appui soit donné à la Convention internationale sur les ventes de marchandises. — Sous-titre de la rédaction.

Suivant l'auteur, il s'agit d'une réponse à une note du 27 mars 1990 intitulée : *The law* / by D. Wheatley.

Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés / préparé par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). New York : Nations Unies, 1993. ix, 192 pages.

Table des matières:

Introduction — Chapitres : 1^{er}. Portée et terminologie du Guide — II. Approche contractuelle — III. Engagement d'échanges compensés — IV. Remarques générales sur la rédaction — V. Type, qualité et quantité des marchandises — VI. Etablissement du prix des marchandises — VII. Participation de tiers — VIII. Paiement — IX. Restrictions à la revente des marchandises — X. Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales — XI. Garantie de bonne exécution — XII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés — XIII. Choix de la loi applicable — XIV. Règlement des litiges — Annexe : Textes juridiques mentionnés dans le Guide — Index.

La Commission a approuvé et adopté le Guide juridique pour les opérations d'échanges compensés à sa vingt-cinquième session (New York, 4-22 mai 1992) — Introduction.

Doc. n°: A/CN.9/SER.B/3; Numéro de vente : F.93.V.7.

- Hartweg, O. Prozessuale Aspekte einheitlicher Anwendung der Wiener UN-Konvention über den internationalen Warenkauf (CISG) : eine komparative Fall-Studie zur einheitlichen Rechtsanwendung. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft : Archiv für internationales Wirtschaftsrecht* (Heidelberg, Allemagne) 92:3:282-325, August 1993.
- Hellner, J. The United Nations Convention on the International Sale of Goods : its influence on national sales and contract law. In R. Cranston and R. Goode, eds. *Commercial and consumer law : national and international dimensions*. Oxford : Clarendon Press, c1993. p. 41 à 59.
- Réimpression dans son Julskrift 1993. Edsbruk, Suède : Akademtryck, 1993. p. 5 à 19.
- Hongrie. Hauptstadtgericht Budapest.
[Décision judiciaire concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, 24 mars 1992. Allemagne.]
Zur Anwendung des UN-Kaufübereinkommens in Ungarn : zu Hauptstadtgericht Budapest, Urteil vom 24.3.1992, AZ 12.G.41.471/1991, rechtskräftig / von A. Vida. *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (Bielefeld, Allemagne) 13:4:263-264, Juli/August 1993.
- Il s'agit d'une traduction et d'une adaptation de commentaires initialement rédigés en hongrois par Székely sous le titre : A Bécsi Vételi Egyezmény és a német anyagi jog együttes alkalmazása, *Friss Hírek a nemzetközi kereskedelmi jog világból* ; Nr. 3/1992, 29 et sequ. — Note de bas de page.
- Inter-American Bar Association Conference (29th : 1991 : San José, Costa Rica). Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, San José, Costa Rica, 22-26 Noviembre 1991. Comité IV: Derecho civil y procesal civil, Comité V: Derecho comercial y procedimiento.
- Documents concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) : La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías / P. F. Silva-Ruiz. — Estudio comparado del derecho latinoamericano y la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías / A. Sierralta et L. F. Barroso.
Tirés à part.
- Irlande. Law Reform Commission.
Report on United Nations (Vienna) Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980. Dublin, Irlande : The Commission, May 1992. xii, 129 p. (Report LRC ; 42-1992).
Au-dessus du titre : The Law Reform Commission = An Coimisiún um Athchóiriú an Dlí.
- Jornadas de Derecho Internacional Privado (3rd : 1991 : San Lorenzo de El Escorial, Espagne)
España y la codificación internacional del derecho internacional privado : Terceras Jornadas de Derecho internacional privado : San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991 / Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande. Madrid : Eurolex, Editorial Beramar, S.L., c1991. 397 p. : ill. (Publicaciones Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande)
Communication traitant de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) : Las normas de aplicación del convenio de la UNCITRAL sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) / A. Quiñones Escamez, 107-153.
Pour les autres communications traitant des travaux de la CNUDCI, voir sous I. Questions générales.
D'autres communications traitent de la codification par d'autres organisations, par exemple : Conférence de La Haye, Communauté européenne, Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé, etc.
- Kappus, A. "Lex mercatoria" in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980 : "conflict avoidance" in Theorie und Praxis schiedsrichterlicher und ordentlicher Rechtsprechung in Konkurrenz zum Einheitskaufrecht der Vereinten Nationen. Frankfurt am Main : Peter Lang, 1990. 232 pages.
Thèse de doctorat — Université d'Innsbruck, Autriche, 1990.
- Karollus, M. Der Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts im Überblick. *Juristische Schulung : Zeitschrift für Studium und Ausbildung* (München, Allemagne) 5:378-382, 1993.
- UN-Kaufrecht : erste Gerichtsentscheidungen. *Österreichisches Recht der Wirtschaft* (Wien, Autriche).
En deux livraisons :
I in 11:319-320, 1991;
II in 5:168-169, 1992. Titre de la livraison II : Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht (II).
- Kolter, M. Zur rechtlichen Einordnung typischer Handelsklauseln unter besonderer Berücksichtigung des EAG, EKG und UN-Kaufrecht. Marburg : [s.n.], 1991 (printed by Göerich & Weiershäuser GmbH in Marburg). xviii, 117 pages.
Thèse de doctorat — Université Philipps de Marburg, Allemagne.
Comprend une bibliographie.
- Leete, B. A. Contract formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code : pitfalls for the unwary. *Temple international and comparative law journal* : Temple University School of Law (Philadelphia, Pa.) 6:193-215, fall 1992.
- Lehtinen, L. Vastakauppa ja sopimussakko. Helsinki : Laki-miesliiton Kustannus, 1993. 115 p.
Traduction du titre : Echanges compensés et dommages-intérêts libératoires.
Comprend une bibliographie.
Cet ouvrage est essentiellement une étude du Guide juridique pour les opérations d'échanges compensés (1992) et des Règles uniformes relatives aux dommages-intérêts libératoires (1983).
- Lookofsky, J. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In *International encyclopedia of laws : contracts, international*. Deventer, Pays-Bas : Kluwer Law and Taxation Publishers, July 1993. 156 pages.
Comprend une bibliographie et un index.
- Magnus, U. Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (München, Allemagne) 1:79-99, 1993.
- Mazzoni, A. Cause di esonero nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili e "force majeure" nei contratti internazionali. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (Roma, Italie) 89:539-573, settembre-ottobre 1991.
- Neumayer, K. H. Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf. *Recht der internationalen Wirtschaft : Betriebs-Berater international* (Heidelberg, Allemagne) 40:2:99-109, Februar 1994.
- et C. Ming. Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : commentaire / édité par

- F. Dessemontet. Lausanne : Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne, 1993. 763 pages. (Publication CEDIDAC; 24)
Comprend une bibliographie et un index.
Il s'agit d'un commentaire par article de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).
- Ng'ong'ola, C. The Vienna Sales Convention of 1980 in the Southern African legal environment : formation of a contract of sale. *African journal of international and comparative law : The African Society of International and Comparative Law* (Londres, Royaume-Uni) 4:4:835-853, 1992.
Communication présentée à la quatrième Conférence annuelle de la Société africaine de droit international et comparé, 10-13 avril 1992, Dakar, Sénégal. Titre parallèle de la revue : *Revue africaine de droit international et comparé*.
- Patti, S. Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (Roma, Italie) 89:135-147, marzo-aprile, 1991.
- Piltz, B. Internationales Kaufrecht : das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung. München : Beck, 1993. xxi, 381 p. (Aktuelles Recht für Praktiker)
Comprend une bibliographie.
Annexes : 1,2,3. Texte de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) en allemand, anglais et français, respectivement, p. 297 à 357 — 4. Droits de garantie, p. [359].
- Sierralta Ríos, A. et L. O. Baptista. Compraventa internacional. Dans leur ouvrage Aspectos jurídicos del comercio internacional ; prólogo de E. Jiménez de Arechaga. Lima : Fondo Editorial de la Fundación Academia Diplomática del Perú, c1992. xxv, 332 p.
Le chapitre III traite de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), du point de vue du droit de l'Allemagne et de certains pays d'Amérique latine en matière de ventes, p. 73-144.
- Sono, K. et M. Yamate. Le droit des ventes internationales. Tokyo : Seirin-shoin, February 1993. 2 v. (Séries de jurisprudence contemporaine; No. 60)
Transcription du titre : Kokusai baibai ho.
Contenu :
— Vol. 1. Monographie en japonais.
— Vol. 2. Annexes avec textes juridiques pertinents, en anglais; notamment textes juridiques de la CNUDCI suivants : Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), p. 2 à 59, avec glossaire, p. 60-62; en anglais et en japonais, en regard sur deux colonnes. — Projet de convention sur les ventes (1978), p. 62 à 82. — Convention sur la prescription (1974), p. 122 à 132, et son Protocole de modification (1980), p. 133 à 136.
- Stahl, H. Standard business conditions in Germany under the Vienna Convention. *Comparative law yearbook of international business* : Centre for International Legal Studies (Salzburg, Autriche) 15:381-389, 1993.
- Thieffry, J. La Convention de Vienne et les contrats de distribution. *Droit et pratique du commerce international* (Paris) 19:1:62-68, 1993.
Titre parallèle de la revue : *International trade law and practice*.
- _____ et Ch. Granier. La vente internationale. 2^e éd., mise à jour. Paris : Centre français du commerce extérieur, 1992. 285 pages.
- Thorn, K. Die UN-Verjährungskonvention und ihre Geltung in Deutschland. *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (Bielefeld, Allemagne) 13:4:215-216, Juli/August 1993.
- Veneziano, A. La Convenzione di Vienna vista attraverso le opere di commento a carattere generale e le prime applicazioni giurisprudenziali. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (Roma, Italie) 90:925-946, settembre-ottobre 1992.
- Zhang, Y., gen. ed. International economic and trade treaties. 1^{re} éd., mars 1993. Beijing : Editions des relations économiques et du commerce extérieur, c1993-. v.1 (907 p).
En chinois et en anglais.
Transcription du titre : Guoji Jingmao Tiaoyue Ji.
Contenu : Vol. 1 : 1. Termes commerciaux — 2. Contrats commerciaux; ventes de marchandises (y compris, entre autres, les textes bilingues de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) et les Principes d'UNIDROIT en matière de contrats commerciaux internationaux (1992)) — 3. Agence commerciale — 4. Application du droit.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

Alangoya, Y. UNCITRAL tahkim yoenetmeligi hakkinda. In Ilhan E. Postacioglu' na armagan / Istanbul Ueniversitesi. Istanbul : Bayrak Matbaacilik, 1990. p. 1 à 39.

En turc.

Traduction du titre de l'article : Sur les règles d'arbitrage de la CNUDCI.

Traduction du titre de l'ouvrage : Festschrift for Ilhan E. Postacioglu.

Arbitration notes : Bermuda adopts UNCITRAL Model Law. *International arbitration report* (Wayne, Pa.) 8:7:16, July 1993.

Titre tiré de la table des matières : Les Bermudes adoptent la Loi type de la CNUDCI en appliquant la Loi type promulguée le 29 juin [1993].

Böckstiegel, K.-H. Expériences d'un arbitre dans l'utilisation des Règles d'arbitrage de la CNUDCI. In Ch. Dominice, R. Patry et C. Reymond, eds. *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive* : recueil. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, c1993. p. 423 à 436.

Chukwumerije, O. The enforcement of international commercial awards : Schreter v. Gasmac Inc. *Canadian business law journal* (Agincourt, Ont.) 22:296-307, September 1993.

Titre parallèle de la revue : *Revue canadienne du droit de commerce*.

Davidson, F. P. International commercial arbitration : Scotland and the UNCITRAL Model Law. Edinburgh : W. Green/Sweet & Maxwell, 1991. xviii, 266 pages (Greens practice library).

Comprend des tableaux des affaires et de la législation.

_____ International commercial arbitration in Scotland. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres, Royaume-Uni) 3:376-394, August 1992.

Dispute resolution and arbitration : UNCITRAL Arbitration Rules and the Model Law. In *Debt and financial management : legal*

- aspects / United Nations Institute for Training and Research (UNITAR). Geneva : UNITAR, 1993. (Module 8, chapter 2) p. 31 à 55.
- L'ensemble du matériel de formation a été publié sous forme de dix modules, chaque brochure distincte étant paginée séparément : chaque module est divisé en chapitres.
- Dore, I. I. The UNCITRAL framework for arbitration in contemporary perspective. London : Graham & Trotman, c1993. ix, 222 p. (International arbitration law library.)
- Herrmann, G. Die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit im gegenwärtigen politischen und wirtschaftlichen Umfeld. In K.-H. Böckstiegel, ed. *Schiedsgerichtsbarkeit im Umfeld von Politik, Wirtschaft und Gerichtsbarkeit / mit Beiträgen von K. Kinkel ... [et al.] und mit den wichtigsten Texten und Materialien*. Köln : Heymanns, c1992. p. 13 à 15. (Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit; Bd. 9 = German Institution of Arbitration ; 9)
- Hong Kong. Supreme Court.
[Décision judiciaire concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, 29 octobre 1991, Chine.]
Fung Sang Trading Ltd v. Kai Sun Sea Products & Food Co. Ltd : Hong Kong : Supreme Court of Hong Kong (High Court), Kaplan J., 29 October 1991. *Arbitration and dispute resolution law journal* (London, Royaume-Uni) 2:93-102, June 1992.
- Note introductive de la décision : Loi type de la CNUDCI — article 1^{er} — arbitrage national ou international — lieu où une part substantielle des obligations de la relation commerciale doit être exécutée — litige concernant la formation du contrat — le tribunal doit-il statuer immédiatement — situation si un arbitrage national est envisagé — relation entre un arbitre proposé et l'une des parties.
- Un résumé de cette décision a été publié antérieurement, voir A/CN.9/369, p. 12, sous Hong Kong.
- Hong Kong. Supreme Court.
[Décision judiciaire concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, 24 septembre 1992. [s.n.]]
Guangdong Agriculture Company Ltd v. Conagra International (Far East) Ltd : Supreme Court of Hong Kong (High Court), Barnett J., 24 September 1992 / [case] reported by the editors [of journal] from transcripts of the judgments. *Arbitration and dispute resolution law journal* (London, Royaume-Uni) 2:100-108, June 1993.
- Note introductive de la décision : accord d'arbitrage international — demande d'ordonnance en référé et de surseoir à l'arbitrage — certitude suffisante du compromis d'arbitrage — existence d'un litige — Examen de l'Article 8(1) de la Loi type de la CNUDCI — article 6A de l'*Arbitration Ordinance* et article 1^{er} de l'*Arbitration Act* de 1975 — l'absence de reconnaissance est-elle un motif suffisant pour surseoir.
- Hong Kong. Supreme Court.
[Décision judiciaire concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, 6 juillet 1992. Singapour.]
Pacific International Lines (Pte) Ltd and Another v. Tsinlien Metals and Minerals Co. Ltd : Hong Kong: High Court, Kaplan J., 6 July 1992. *Arbitration and dispute resolution law journal* (London, Royaume-Uni) 4:240-244, December 1992.
- Note introductive de la décision — Loi type — désignation d'un arbitre en vertu de l'article 11(4) — existence d'un accord écrit en vertu de l'article 7-2.
- Hurlburt, W. H. New legislation for domestic arbitrations. *Canadian business law journal* (Agincourt, Ont.) 21:1:229-253, November 1992.
- Titre parallèle de la revue : *Revue canadienne du droit de commerce*.
- Kallel, S. The Tunisian Law on International Arbitration : introductory note. *Arbitration materials* (Geneva, Switzerland) 5:3 & 4:369-390, September & December 1993.
- L'Annexe reproduit la traduction d'une nouvelle loi tunisienne sur l'arbitrage (Loi n° 93-42 du 26 avril 1993), p. 376 à 390, qui reprend la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985).
- Kaplan, N. et T. Bunch. Hong Kong. In *International handbook on commercial arbitration / A. J. van den Berg, gen. ed., with the cooperation of the T.M.C. Asser Instituut, Institute for International and European Law, The Hague. Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990-. (Suppl. 15, 45 p., August 1993).*
- Kramer, K. M. UNCITRAL session in Vienna considering rules for evidence : International Bar Association [Supplementary] Rules [of Evidence] seek to provide balance between legal systems but certainty not achieved. *ITA news and notes* : Institute for Transnational Arbitration (Richardson, Tex.) 8:3:1,4, July 1993.
- L'auteur se réfère à la vingt-sixième session plénière de la CNUDCI, Vienne, 5-23 juillet 1993.
- Lionnet, K. Die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung aus der Sicht der Parteien. *Betriebsberater : Zeitschrift für Recht und Wirtschaft / Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* (Heidelberg, Allemagne) Beilage 17 zu Heft 27:9-12, 30.9.1993.
- Version légèrement modifiée d'une conférence donnée à une réunion de l'Institution allemande d'arbitrage à Brême (Allemagne), avril 1991 — Note de base de page**.
- Malouche, H. A brief survey of the Tunisian arbitration code. *ICC International Court of Arbitration bulletin* : International Chamber of Commerce (Paris, France) 4:2:63-69, October 1993.
- Mattson, R. New Finnish Arbitration Act 1992. *International business lawyer* : International Bar Association, Section on Business Law (London, Royaume-Uni) 21:7:325-328, July/August 1993.
- Mexico : arbitration law enacted [based on the UNCITRAL Model]. *International financial law review* (London, United Kingdom) 13:2:40-41, February 1994.
- Meziou, K. et A. Mezghani. Le Code tunisien de l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage* (Paris, France) 4:521-541, octobre-décembre 1993.
- L'annexe reproduit le texte de la nouvelle loi tunisienne sur l'arbitrage (Loi n° 93-42 du 26 avril 1993), p. 721 à 747, qui reprend la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985).
- New Zealand. Law Commission.
Arbitration. Wellington, New Zealand : The Commission, October 1991. x, 366 p. (New Zealand Law Commission Report Series ; Report No. 20)
- Publié aussi comme Parliamentary Paper E 31 O.
- Paterson, R. K. Canadian developments in international arbitration law : a step beyond Mauro Rubino-Sammartano's International Arbitration Law. *Willamette law review* : Willamette University College of Law (Salem, Ore.) 27:3:573-593, summer 1991.
- Implementing the UNCITRAL Model Law : the Canadian experience. *Journal of international arbitration* (Geneva, Suisse) 10:2:29-45, June 1993.

Pechota, V. Russia embraces international standards on commercial arbitration. *SEEL : survey of East European law* : Parker School of Foreign and Comparative Law (New York, N.Y.) 4:8-6-7, October 1993.

_____ The future of the law governing the international arbitral process : unification and beyond. *American review of international arbitration* : Parker School of Foreign and Comparative Law (New York, N.Y.) 3:1-4:17-29, 1992.

_____ UNCITRAL Rules as applied in arbitrations under the optional clause in contracts in USA-Russian trade investment, 1992 [03.13] / principal contributor, V. Pechota. In H. Smit and V. Pechota, eds. *World arbitration reporter* / Parker School of Foreign and Comparative Law. Irvington-on-Hudson, N.Y. : Transnational Juris Publications, Inc., 1986-. (Service Issue 5) Volume 3:3313-3322, October 1993.

Feuillets mobiles pour mise à jour.

Comprend le texte de la clause, p. 3317-3318, et une bibliographie, p. 3321.0-3321.1.

Report to the Washington Foreign Law Society on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration / C. A. Hunnicutt, et al. *Ohio State journal on dispute resolution* : Ohio State University College of Law (Columbus, Ohio) 3:2:303-360, 1988.

Appendices reproduisant les textes suivants : A. UNCITRAL Model Arbitration Law (1985), p. 331-345. — B. United States Arbitration Act, p. 347 à 353. — C. 1958 New York Convention, p. 355 à 360.

Russian Federation. Parliament.

[Laws etc. implementing the UNCITRAL Model Arbitration Law (1985)]

Law on International Commercial Arbitration, of July 7, 1993 / English translation by the Parker School of Foreign and Comparative Law. In J. N. Hazard and V. Pechota, eds. *Russia and the Republics legal materials* : Russian Federation. Irvington-on-Hudson, N.Y. : Transnational Juris Publications, 1993. 22 pages (Loose-leaf release 13 A 9/93).

Original russe publié in *Rossiskaia Gazeta* of 14 August 1993. — Note de bas de page relative au titre.

Cette loi régit de manière exhaustive la plupart des questions institutionnelles et procédurales de l'arbitrage commercial international [...]. Les dispositions de la loi sur toutes ces questions sont basées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. — Note de l'éditeur.

Schwartz, E. A. The ICC Arbitration Rules and the UNCITRAL Model Law. *Arbitration international* : London Court of International Arbitration (London, Royaume-Uni) 9:3:231-248, 1993.

Semple, W. G. The UNCITRAL Model Law and provisional measures in international commercial arbitration. *Revue de droit des affaires internationales* : Forum Européen de la communication (Paris, France) 6:765-781, 1993.

Titre parallèle de la revue : *International business law journal*.

Steyn, J. England's response to the UNCITRAL Model Law of Arbitration. *Arbitration international* : London Court of International Arbitration (London, United Kingdom) 10:1:1-16, 1994.

Un projet de loi sur l'arbitrage a été préparé en Angleterre. Ce projet a été principalement influencé par la Loi type, p. 1, par. 1.

Tetley, W. Arbitration and the choice of law. *European transport law : journal of law and economics* (Antwerpen, Belgique) 27:2:149-179, 1993.

Cet article traite des principes, conventions et instruments concernant l'arbitrage, notamment de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985).

Titres parallèles de la revue : *Droit européen des transports* = *Derecho europeo de transportes*. Autres titres parallèles en néerlandais, allemand et italien.

Revue de l'article : *Evropské a mezinárodní právo* (Brno, République tchèque) 2:5:29, 1993.

UNCITRAL Model Arbitration Law (1985)

New arbitration statutes adopting the Model Law enacted in Bermuda, Mexico, and Russia : Singapore committee [of 11 prominent lawyers] recommends its adoption. *World arbitration & mediation report : covering dispute resolution in the United States and around the world* (London, Royaume-Uni)

Titres originaux de courtes notes :

— Adoption de la Loi de la CNUDCI en Russie et aux Bermudes; 4:7:175-176, juillet 1993.

— Les Bermudes incorporent la Loi type de la CNUDCI dans leur droit interne; 4:8:197-198, août 1993.

— La Russie adopte la Loi type de la CNUDCI pratiquement sans modification; 4:9:219-220, septembre 1993.

— Un Comité de Singapour recommande l'adoption de la Loi type; 4:10:245-246, octobre 1993.

— La nouvelle loi sur l'arbitrage au Mexique; 4:12:307-310, décembre 1993.

UNCITRAL Model Arbitration Law (1985)

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. [Vienna, Autriche] : United Nations, 1994. iv, [25] p.

Accompagné d'une note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, p. 15-[25]. Textes authentiques de la Convention (anglais, arabe, chinois, espagnol, français, russe) in Annexe I à A/40/17.

Cette brochure sera aussi disponible en arabe, espagnol et français.

UNCITRAL will draft guidelines on prehearing conferences, including provisions on multiparty arbitrations and the taking of evidence. *World arbitration & mediation report : covering dispute resolution in the United States and around the world* (London, Royaume-Uni) 4:10:243-244, October, 1993.

Titre de cette courte note tiré de la table des matières.

Woo, S.-k. Applicability of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *Journal of commercial arbitration* : Korean Commercial Arbitration Board (Seoul, République de Corée).

En six livraisons :

I in 14:6:11-17, June 1990;

II in 14:7:18-25, July 1990;

III in 14:8:16-19, August 1990;

IV in 14:9:17-21, September 1990;

V in 14:10:20-29, October 1990;

VI in 14:11:9-16, November 1990.

En coréen.

Traduction du titre tirée de la table des matières en anglais. L'annexe à la dernière livraison contient un sommaire en anglais, p. 38-39.

Zhang, Y. Towards the UNCITRAL Model Law : a Chinese perspective. *Journal of international arbitration* (Geneva, Suisse) 11:1:87-123, March 1994.

IV. Transports internationaux

Basedow, J. Seefrachtrecht : die Hamburger Regeln sind in Kraft. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (München, Allemagne) 1:100-119, 1993.

Carriage of Goods by Sea Act 1991 : possible implementation of the Hamburg Rules / submission [to the Australian Department of Transport] by the Australian Chamber of Shipping Ltd. [Sydney?] : The Chamber, 1994; 20 p. (Australian Chamber of Shipping issues paper)

Appendix: Hamburg Rules — some of the apparent areas of uncertainty.

Chao, A., F. Odier et M. Guerin. Règles de Hambourg : les commentaires du Bulletin des transports Lamy, 1992, n° 2496. In H. Lesguillons. Lamy contrats internationaux. Paris : Lamy S. A. Editions juridiques et techniques, 1986-. Vol. 3, Annexe 4-010/15-10 à 4-010/15-20, mai 1993.

Feuilles mobiles.

L'article est précédé du texte des Règles de Hambourg en français, annexe 4-010/15-1 à 4-010/15-9.

Chatterjee, S. K. The United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade : the end of the Himalaya clause? *Journal of business law* (London, Royaume-Uni) 109-120, March 1994.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) : numero monográfico [destinado] a conmemorar el vigésimoquinto aniversario de [su] creación. *Revista de derecho mercantil* (Madrid, Espagne) 207:1-410, enero-marzo, 1993.

Article traitant de la Convention sur les exploitants de terminaux (1991) :

La unificación de la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte (ETT) : una presentación / D. Morán Bovio, p. 207 à 230.

Pour les autres communications, voir sous I. Questions générales.

Entry into force of the Hamburg Rules — Reopening talks on Hamburg Rules within the European Economic Community — Meetings on the Hamburg Rules in Europe. *Multimodal transport newsletter* : UNCTAD Services Development Division (Geneva, Suisse) 5:5-6, June 1993.

The Hamburg Rules : notice to members / by the International Group of P&I Clubs. *BIMCO bulletin* : Baltic & International Maritime Council (Kolding, Denmark) 2:13-16, March/April 1993.

Cette lettre circulaire contient des recommandations auxquelles souscrit aussi le BIMCO. — Avant-propos à la reproduction.

Harter Act (1893) and the Hamburg Rules (1978) : the law of carriage of goods by sea. Commemoration of the centenary of the Harter Act and the entry into force of the Hamburg Rules [1 November 1992]. *Journal of maritime law and commerce* (Cincinnati, Ohio) 24:1:1-247, January 1993.

Titre tiré de la note du responsable de la publication.

Articles traitant principalement des Règles de Hambourg : Conflit des régimes de responsabilité : Règles de La Haye-Visby contre Règles de Hambourg : une analyse par affaire / R. G. Bauer, p. 53 à 74. — Transporteurs maritimes et marchandises : transparence et équité — La Haye ou Hambourg / J. O. Honnold, p. 75 à 109. — Effet des Règles de Hambourg sur l'assurance de la responsabilité des armateurs / C. W. H. Goldie, p. 111 à 117. — Changement des règles de responsabilité en assurance maritime : opposition des arguments empiriques concernant La Haye, Visby et Hambourg dans un vide d'expérience empirique / M. F. Sturley, p. 119 à 149. — Les Règles de Hambourg sont-elles adaptées à une économie dominée par les chargeurs ? / C. C. Nicoll, p. 151 à 179. — Bibliographie choisie sur le droit du

transport des marchandises par mer [y compris Règles de Hambourg], 1975-1992 / J. Pratter, p. 191 à 219.

Iberoamerican Institute of Maritime Law International Conference (2nd : 17-20 October 1993 : Santo Domingo, Dominican Republic)

Charterparties, carriage of goods by sea and insurance : an overall perspective. *CMI news letter* : Comité Maritime International (Antwerpen, Belgique) 4:2, 1992.

Trois des principaux thèmes concernent des textes de la CNUDCI :

Le partage des risques en transport maritime sous le régime des Règles de La Haye-Visby et des Règles de Hambourg / W. Tetley. — La responsabilité des transporteurs et des chargeurs : le régime des Règles de Hambourg / M. Faghfour. — L'évolution de la législation du transport maritime dans le contexte de la vente internationale de marchandises : incidences réciproques / M. Remond-Gouilloud.

La photocopie de la communication de M. Faghfour a été envoyée par l'auteur au secrétariat de la CNUDCI avec un titre légèrement différent : la responsabilité du transporteur : effet des Règles de Hambourg, 23 pages.

Les autres communications ne sont pas disponibles actuellement.

Implementation of the Hamburg Rules : submission [to the Australian Department of Transport] by the Australian Peak Shippers Association for the introduction of the Hamburg Rules in October 1994. [Sydney?] : The Association, March 1994. 29 pages.

Comprend une annexe avec un tableau comparatif, p. 17 à 21 : Règles de La Haye contre Règles de La Haye-Visby contre Règles de Hambourg.

Appendices avec discussion sous forme de questions et réponses, p. 22 à 29 : 1. Uniformité des régimes de responsabilité — 2. Expérience des parties contractantes des Règles de Hambourg — 3. Dispositions essentielles des Règles de Hambourg — 4. Incidence sur le coût de l'assurance responsabilité et du transport — 5. Implications pour l'assurance sur facultés, les sinistres et les recours — 6. Considérations juridiques — 7. Documentation.

Levingston, J. Implementation of the Hamburg Rules / prepared by J. Levingston on behalf of the NSW Shipper's Association. Sydney : The Association, March 1994. 66 pages [diverse pagination].

Par-dessus le titre : NSW Shippers' Association.

Comprend un glossaire et des définitions.

Appendices : 1. New South Wales Shippers Association (membership list, mission statement, statement of objectives, functional statement) (6 pages). — 2. Survey of international sea carriage regimes (6 pages).

Murphy, P. Toying with the golden thread of justice. *Daily commercial news* (Sydney, Australie) 14, Wednesday, 27 May 1992.

Cet article traite des Règles de Hambourg (1978).

Terminal Operators Convention (1991)

United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade. [Vienna, Autriche] : United Nations, 1994. iv, [21] p.

Accompagné d'une note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, p. 13 à [21].

Textes authentiques de la Convention (anglais, arabe, chinois, espagnol, français, russe) in Annexe à A/CONF.152/13.

Cette brochure sera aussi disponible en arabe, espagnol et français.

V. Paiements internationaux

Bergsten, E. E. The work of the United Nations Commission on International Trade Law in electronic funds transfers. In R. C. Effros, ed. *Current legal issues affecting central banks*. Vol. 1. Washington : International Monetary Fund, 1992. p. 447-460.

Comprend le texte du projet de Loi type sur les virements, p. 541 à 554.

Bischoff, J. Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr. *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht* : Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (Zürich, Suisse) 3:285-323, 1993.

L'annexe reproduit le texte anglais de la Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992), p. 312 à 323.

Titre parallèle de la revue : *Revue suisse de droit international et de droit européen = Swiss review of international and European law = Rivista svizzera di diritto internazionale e di diritto europeo*.

Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr : ein Kurzporträt. *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Zürich, Suisse) 65:5:217-222, 1993.

Titres parallèles de la revue : *Swiss review of business law = Revue suisse de droit des affaires*.

Bloch, P. Un espoir déçu ? : la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et billets à ordre internationaux. *Journal du droit international : Clunet* (Paris, France) 119:4:907-919, octobre-novembre-décembre 1992.

Boer, J. de. Nieuwe regels inzake girering. *Nederlands juristenblad* : Nederlandse Juristen-Vereeniging (Zwolle, Pays-Bas) 40:1289-1293, 12 November 1992.

En néerlandais.

Traduction du titre : Nouvelles règles concernant les virements.

Boss, A. H. The emerging law of international electronic commerce. *Temple international and comparative law journal* : Temple University School of Law (Philadelphia, Pa.) 6:293-309, fall 1992.

Bülow, P. UNCITRAL-Konvention über internationale Wechsel und Genfer Wechselrechtsabkommen. *Bankarchiv : Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen* (Wien, Autriche) 41:8:591-508, 1993.

Checa Martínez, M. Hacia una letra de cambio internacional. *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (Madrid, Espagne) 8:77-92, 1992.

Comprend aussi le texte espagnol de la Convention de la CNUDCI sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux. (1988), p. 296 à 321.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) : numero monográfico [destinado] a conmemorar el vigésimoquinto aniversario de [su] creación. *Revista de derecho mercantil* (Madrid, Espagne) 207:1-410, enero-marzo, 1993.

Articles traitant de la Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992) et du projet de la CNUDCI sur l'échange des données informatisées : La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Transferencias Internacionales de Crédito / I. Lojendio Osborne, p. 95 à 114. — EDI (Electronic Data Interchange) : estado de la cuestión en UNCITRAL / A. Madrid Parra, p. 115 à 149.

Pour les autres articles, voir sous I. Questions générales.

Erfani, M. Droit de commerce international. Vol. I. Lettre de change et billet à ordre internationaux et chèque : étude comparative sur les conventions de Genève et de la CNUDCI du 9 décembre 1988 et le droit français, allemand, anglais, américain et iranien, avec la traduction en persan de la Convention du 9 décembre 1988 (CNUDCI) sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux. 1^{re} éd. Téhéran : [s.n.], 1993. 310 pages.

En persan avec un peu d'anglais et de français.

Traduction du titre en français tirée de la page 4 de couverture et de la page 310.

Comprend une traduction en persan de la Convention de la CNUDCI, sur les lettres de change et les billets à ordre (1988), p. 109 à 165, ainsi que le texte français de la même Convention, p. 225 à 304.

Comprend aussi un glossaire multilingue de termes commerciaux et juridiques (Persan-français-anglais; Français-anglais-persan; Anglais-français-persan), p. 167 à 217.

Goldsworth, J. Electronic data interchange — EDI : slow progress in answering legal questions. *Offshore investment* (Douglas, Ile de Man, Royaume-Uni) 34-36, mars 1994.

Gómez Araújo, L. A. Introducción al estudio del proyecto de Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito. *Revista Superintendencia Bancaria* (Bogotá, Colombie) 8:28-42, julio 1990.

Comprend une annexe avec le texte espagnol du projet de Loi type sur les virements (1990), p. 35 à 42.

Une version abrégée de cet article a été publiée dans : *Revista FELABAN* : Federación Latinoamericana de Bancos (Bogotá, Colombie) 1:2:8-10, julio-septiembre 1990.

Heinrich, G. UNCITRAL und EDI-Einheitsrecht : aktuelle Entwicklungen. *Computer und Recht : Forum für die Praxis des Rechts der Datenverarbeitung, Information und Automation* (Köln, Allemagne) 10:2:118-121, 1994.

Lim, C. A. C. The UNCITRAL Model Law on International Credit Funds [sic]

Transfers. *Singapore journal of legal studies : Faculty of Law, National University of Singapore* (Singapour) 538-556, December 1993.

Cet article basé sur une communication présentée aux séminaires de la CNUDCI sur le droit commercial international à Bangkok (3-5 novembre 1992) et à Jakarta (9-10 novembre 1992) respectivement. — Note de bas de page 1.

Schinnerer, E. Zum UNCITRAL Model Law on International Credit Transfer : einige Überlegungen auf der Grundlage des in Österreich von den Banken entwickelten Datenträger (austausch) verfahrens. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht* (Wien, Autriche) 34:6:239-245, November/Dezember 1993.

Schneider, U. H. Erster Entwurf für den Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur "Transparenz der Konditionen und zur Leistungsfähigkeit der Systeme für grenzüberschreitende Fernzahlungen" : einführende Bemerkungen zur praktischen Bedeutung und zum Inhalt. *Wertpapier Mitteilungen (Teil 4) : Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (Frankfurt, M., Allemagne) 48:11:478-483, vom 19. März 1994.

L'annexe reproduit le texte d'un projet de directive de l'Union européenne sur les virements internationaux de fonds, basé sur la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992), p. 481 à 483.

European and global harmonization of the law of banking transactions. *Georgia State University law review* : College of Law (Atlanta, Ga.) 8:511-538, 1992.

- Versions en allemand antérieures intitulées :
Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts. *Neue Juristische Wochenschrift* (München, Allemagne) 32:1985-1993, 1991. — Zur europäischen und internationalen Angleichung im Privatrecht — dargestellt am Beispiel des Bankvertragsrechts. Bonn : Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, 1992. 34 p. (Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht. Vorträge und Berichte ; no. 10)
- Slakoper, Z. UNCITRAL Model zakona za medjunarodne doznake : temeljne odredbe. *Privreda i pravo : casopis za privredno-pravnu teoriju i praksu* (Zagreb, Croatie) 33:1/2:47-56, siječanj-veljaca 1994.
En croate.
Comprend un sommaire en anglais avec titre, p. 56 : La Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux : [dispositions essentielles].
- Sorieul, R. Die Behandlung von Rechtsfragen im internationalen Handelsrecht in der Kommission der Vereinten Nationen. *Austriapro Nachrichten* : Verein zur Förderung der elektronischen Datenübermittlung im Geschäftsverkehr (Wien, Autriche) 8:22, 24-26, Oktober 1993.
Il s'agit d'une traduction de l'article cité ci-dessous.
- _____ Le traitement par la CNUDCI des questions juridiques liées à l'EDI. *Edi magazine* (Paris, France) 3:9-10, août-septembre 1993.
- Spanogle, J. A. The proposed UNCITRAL Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes. In R. C. Effros, ed. *Current legal issues affecting central banks*. V. 1. Washington : International Monetary Fund, 1992. p. 461 à 472.
Comprend le texte du projet de loi sur les lettres de change et les billets à ordre (1988), p. 555 à 590.
- Sung Tae, K. The United Nations International Convention on Bills and Notes and International Transactions [sic]. *Korean forum on international trade and business law* : Korea International Trade Association (Seoul, Corée (Sud)) 2:195-215, 1993.
En coréen.
Traduction du titre tirée de la table des matières.
- UNCITRAL Convention on Bills and Notes (1988)
United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes. [Vienna, Autriche] : United Nations, 1994. vi, 44 pages.
Accompagné d'une note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, p. 37 à 45.
Textes authentiques de la Convention (anglais, arabe, chinois, espagnol, français, russe) dans la résolution 43/165 de l'Assemblée générale, annexe.
Cette brochure sera aussi disponible en arabe, espagnol et français.
- UNCITRAL Credit Transfer Law (1992)
UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers. [Vienna, Autriche] : United Nations, 1994. iv, 24 pages.
Accompagné d'une note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, p. 14 à 24.
Textes authentiques de la Convention (anglais, arabe, chinois, espagnol, français, russe) in Annexe I à A/47/17.
Cette brochure sera aussi disponible en arabe, espagnol et français.
- United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers [November 25, 1992]. *International legal materials* : American Society of International Law (Washington, D.C.) 32:2:587-597, November 1993.
Il s'agit d'une reproduction de l'annexe I au Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-cinquième session, 4-22 mai 1992. *Assemblée générale des Nations Unies, Documents officiels, quarante-septième session, Supplément n° 17, A/47/17*, p. 48 à 60.
- Vion, A.-S. et R. Sorieul. Droit de l'EDI : mais où sont les banques ? *Technologies bancaires magazine* (Nanterre, France) 39:59-60, juillet-août 1993.
Notes relatives à une conférence sur "Le droit face à la révolution de l'Echange des Données Informatisées (E.D.I.)" / de R. Sorieul, faite à l'Association Française des Banques (AFB), avril 1993.

VI. Lettres de garantie

Bergsten, E. E. A new regime for international independent guarantees and stand-by letters of credit : the UNCITRAL Draft Convention on Guaranty Letters. *International lawyer* : American Bar Association, Section of International Law and Practice (Chicago, Ill.) 27:4:859-879, winter 1993.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) : numero monográfico [destinado] a conmemorar el vigésimoquinto aniversario de [su] creación. *Revista de derecho mercantil* (Madrid, Espagne) 207:1-410, enero-marzo, 1993.

Document relatif au projet de Convention sur les lettres de garantie internationales (1993) :
Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales / A. Díaz Moreno, p. 151 à 205.

Pour les autres articles, voir sous I. Questions générales.

Harfield, H. Guaranties, standby letters of credit, and ugly ducks. *Uniform commercial code law journal* (New York, N.Y.) 26:3:195-203, winter 1994.

Issues clarified at UNCITRAL session [nineteenth, of its Working Group on International Contract Practices, New York, 24 May-4 June 1993]. *Letter of credit update* : Government Information Services (Arlington, Va.) 9:7:3-5, June 1993.

Au bas de la page du titre de la revue : International Chamber of Commerce.

Jones, G. W. UNCITRAL Draft Convention on International Guaranty Letters. *International business lawyer* : *Journal of the Section on Business Law of the International Bar Association* (London, Royaume-Uni) 22:1:28-34, January 1994.

Seminar on Planning and Contracting for International Construction Projects (1993 : Tokyo)
Independence of guaranty letters and UNCITRAL's Uniform Law / Z. Shishido. London : International Bar Association, 1993. 10 pages. (Doc. No.: TO11)

Photocopie de manuscrit.

VII. Passation des marchés

Bock, C. UNO : UNCITRAL Model Law on Procurement. In his *Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge : unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf das schweizer-*

rische Submissionsrecht. Basel : Helbing und Lichtenhahn, 1993. (Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Reihe B, Oeffentliches Recht ; Bd. 43) p. 74 à 76.

UNCITRAL Model Law on Procurement and Guide to Enactment. *Commonwealth law bulletin* : Commonwealth Secretariat (London, Royaume-Uni) 19:4:1631-1634, October 1993.

United Nations : Draft Model Law on Procurement. *EU public contract law* (Bonn, Allemagne) 3:4:57, 1993.

Titres parallèles d'une courte note : ONU : Loi-type sur les achats = UNO : Mustergesetz über Beschaffung.

Titres parallèles de la revue : *Droit européen des marchés publics* = *Europäisches Vergaberecht*.

ANNEXE

Liste récapitulative des titres abrégés des textes juridiques de la CNUDCI cités dans cette bibliographie avec les titres complets correspondants

<i>Titre abrégé</i>	<i>Titre complet</i>
Règles de Hambourg (1978)	Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)
Guide juridique pour le commerce compensé (1992)	Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations internationales d'échanges compensés (1992)
Convention sur la prescription (1974)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)
Convention sur la prescription (1974/1980)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974, telle qu'amendée par le Protocole de Vienne de 1980)
Convention sur les exploitants de terminaux (1991)	Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991)
—	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)
Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et les billets à ordre (1988)	Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988)
—	Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)
Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992)	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)
Règles uniformes relatives aux dommages-intérêts libératoires (1983)	Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution (1983)
Convention des Nations Unies sur les ventes (1980)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)

V. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
A. Liste des documents dont la Commission était saisie à sa vingt-sixième session		
1. Documents à distribution générale		
A/CN.9/370	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/371	Passation des marchés : rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa quinzième session	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/372	Lettres de garantie internationales : rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa dix-huitième session	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/373	Echange de données informatisées : rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-cinquième session	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/374	Lettres de garantie internationales : rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa dix-neuvième session	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/375	Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Loi type sur la passation des marchés : compilation des observations des gouvernements	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/377	Modifications proposées au projet de loi type sur la passation des marchés	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/378	Propositions relatives aux travaux futurs possibles présentées lors du Congrès de la CNUDCI	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/378/Add.1	Marchés de services	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/378/Add.2	Directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures d'arbitrage	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/378/Add.3	Cession de créances	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/378/Add.4	Aspects transnationaux de l'insolvabilité	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/378/Add.5	Les problèmes juridiques de la privatisation	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/379	Formation et assistance technique	Deuxième partie, VII
A/CN.9/380	Activités actuelles des organisations internationales en ce qui concerne l'harmonisation et l'unification du droit commercial international	Deuxième partie, V
A/CN.9/381	Etat des conventions	Deuxième partie, VI
A/CN.9/382	Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI	Troisième partie, IV

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
2. Documents à distribution restreinte		
A/CN.9/XXVI/CRP.1 et Add.1 à 13	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session	Non reproduit
A/CN.9/XXVI/CRP.2	Projet de loi type sur la passation des marchés — Proposition des Etats-Unis d'Amérique relative à l'article 4	Non reproduit
A/CN.9/XXVI/CRP.3	Projet de loi type sur la passation des marchés — Propositions du Canada relatives aux articles 9-1 et 25-5	Non reproduit
A/CN.9/XXVI/CRP.4 et Add.1 à 3	Rapport du groupe de rédaction	
A/CN.9/XXVI/CRP.5	Projet de loi type sur la passation des marchés — Proposition de la Banque interaméricaine de développement concernant les appels d'offres restreints	Non reproduit
A/CN.9/XXVI/CRP.6	Projet de loi type sur la passation des marchés — Adoption de la Loi type et recommandation	Non reproduit
3. Documents d'information		
A/CN.9/XXVI/INF.1/ Rev.1	Liste des participants	Non reproduit
B. Liste des documents dont le Groupe de travail du nouvel ordre économique international était saisi à sa quinzième session		
1. Documents de travail		
A/CN.9/WG.V/WP.35	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.36	Passation des marchés : projets d'articles révisés de la Loi type sur la passation des marchés	Deuxième partie, I, B
2. Documents à distribution restreinte		
A/CN.9/WG.V/XV/CRP.1 et Add.1 à 7	Projet de rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa quinzième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XV/CRP.2 et Add.1 à 3	Rapport du Groupe de rédaction	Non reproduit
3. Documents d'information		
A/CN.9/WG.V/XV/INF.1	Liste des participants	Non reproduit
C. Liste des documents dont le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux était saisi à sa dix-huitième session		
1. Documents de travail		
A/CN.9/WG.II/WP.75	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : articles révisés du projet de convention sur les lettres de garantie internationales	Deuxième partie, II, B, 1

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
A/CN.9/WG.II/WP.77	Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : proposition des Etats-Unis d'Amérique	Deuxième partie, II, B, 2
2. Documents à diffusion restreinte		
A/CN.9/WG.II/XVIII/CRP.1 et Add.1 à 9	Projet de rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa dix-huitième session	Non reproduit
3. Documents d'information		
A/CN.9/WG.II/XVIII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

D. Liste des documents dont le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux était saisi à sa dix-neuvième session

1. Documents de travail

A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : articles révisés du projet de convention sur les lettres de garantie internationales	Deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.77	Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : proposition des Etats-Unis d'Amérique	Deuxième partie, II, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.78	Ordre du jour provisoire	Non reproduit

2. Documents à diffusion restreinte

A/CN.9/WG.II/XIX/CRP.1 et Add.1 à 7	Projet de rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa dix-neuvième session	Non reproduit
-------------------------------------	---	---------------

3. Documents d'information

A/CN.9/WG.II/XIX/INF.1	Liste provisoire des participants	Non reproduit
------------------------	-----------------------------------	---------------

E. Liste des documents dont le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées était saisi à sa vingt-cinquième session

1. Documents de travail

A/CN.9/WG.IV/WP.54	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Echange de données informatisées : ébauche de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI)	Deuxième partie, III, B

2. Documents à distribution restreinte

A/CN.9/WG.IV/XXV/CRP.1 et Add.1 à 12	Projet de rapport du Groupe de travail sur les paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-cinquième session	Non reproduit
--------------------------------------	---	---------------

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
A/CN.9/WG.IV/XXV/ CRP.2	Texte d'une proposition de la délégation française	Non reproduit

3. Documents d'information

A/CN.9/WG.IV/XXV/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit
----------------------------	------------------------	---------------

VI. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'ANNUAIRE

On indique dans la présente liste dans quels volumes précédents de l'*Annuaire* les documents relatifs aux travaux de la Commission ont été reproduits en donnant les précisions ci-après : année, partie, chapitre et page; les documents qui ne sont pas mentionnés ici sont des documents qui n'ont pas été reproduits dans l'*Annuaire*. Les documents se répartissent dans les catégories suivantes :

1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI
2. Résolutions de l'Assemblée générale
3. Rapports de la Sixième Commission
4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)
6. Documents soumis aux Groupes de travail :
 - a) Groupe de travail I : Délais et prescription
 - b) Groupe de travail II : Vente internationale des objets mobiliers corporels (1968 à 1978 : première à onzième session); pratiques en matière de contrats internationaux (1981 à 1989 : à partir de la quatorzième session)
 - c) Groupe de travail III : Réglementation internationale des transports maritimes
 - d) Groupe de travail IV : Effets de commerce internationaux (1974 à 1987 : septième à vingtième session); paiements internationaux (1988 à 1992 : vingt et unième à vingt-quatrième session); échanges de données informatisées (1993 à — : à partir de la vingt-cinquième session)
 - e) Groupe de travail V : Nouvel ordre économique international
7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI
8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI.

Cote du document	Volume, année	Partie, chapitre, section	Page
------------------	---------------	---------------------------	------

1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI

A/7216 (première session)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, A	77
A/7618 (deuxième session)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, A	101
A/8017 (troisième session)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, III, A	138
A/8417 (quatrième session)	Volume II : 1971	Première partie, II, A	12
A/8717 (cinquième session)	Volume III : 1972	Première partie, II, A	11
A/9017 (sixième session)	Volume IV : 1973	Première partie, II, A	13
A/9617 (septième session)	Volume V : 1974	Première partie, II, A	13
A/10017 (huitième session)	Volume VI : 1975	Première partie, II, A	9
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII : 1976	Première partie, II, A	11
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII : 1977	Première partie, II, A	14
A/33/17 (onzième session)	Volume IX : 1978	Première partie, II, A	14
A/34/17 (douzième session)	Volume X : 1979	Première partie, II, A	14
A/35/17 (treizième session)	Volume XI : 1980	Première partie, II, A	7
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII : 1981	Première partie, A	3
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII : 1982	Première partie, A	3
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV : 1983	Première partie, A	3
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV : 1984	Première partie, A	3
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI : 1985	Première partie, A	3
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII : 1986	Première partie, A	3
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII : 1987	Première partie, A	3
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX : 1988	Première partie, A	3
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX : 1989	Première partie, A	3

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>	<i>Page</i>
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI : 1990	Première partie, A	3
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII : 1991	Première partie, A	3
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII : 1992	Première partie, A	3

2. Résolutions de l'Assemblée générale

2102 (XX)	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, A	19
2205 (XXI)	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, E	70
2421 (XXIII)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3	98
2502 (XXIV)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3	135
2635 (XXV)	Volume II : 1971	Première partie, I, C	10
2766 (XXVI)	Volume III : 1972	Première partie, I, C	10
2928 (XXVII)	Volume IV : 1973	Première partie, I, C	10
2929 (XXVII)	Volume IV : 1973	Première partie, I, C	10
3104 (XXVIII)	Volume V : 1974	Première partie, I, C	10
3108 (XXVIII)	Volume V : 1974	Première partie, I, C	10
3316 (XXIX)	Volume VI : 1975	Première partie, I, C	7
3317 (XXIX)	Volume VI : 1975	Troisième partie, I, B	328
3494 (XXX)	Volume VII : 1976	Première partie, I, C	9
31/98	Volume VIII : 1977	Première partie, I, C	10
31/99	Volume VIII : 1977	Première partie, I, C	10
31/100	Volume VIII : 1977	Première partie, I, C	10
32/145	Volume IX : 1978	Première partie, I, C	11
32/438	Volume IX : 1978	Première partie, I, C	11
33/92	Volume X : 1979	Première partie, I, B	10
33/93	Volume X : 1979	Première partie, I, C	10
34/142	Volume XI : 1980	Première partie, I, C	4
34/143	Volume XI : 1980	Première partie, I, C	4
34/150	Volume XI : 1980	Troisième partie, III	177
35/166	Volume XI : 1980	Troisième partie, III	177
35/51	Volume XI : 1980	Première partie, II, D	32
35/52	Volume XI : 1980	Première partie, II, D	32
36/32	Volume XII : 1981	Première partie, D	21
36/107	Volume XII : 1981	Troisième partie, I	285
36/111	Volume XII : 1981	Troisième partie, II	286
37/103	Volume XIII : 1982	Troisième partie, III	463
37/106	Volume XIII : 1982	Première partie, D	23
37/107	Volume XIII : 1982	Première partie, D	23
38/128	Volume XIV : 1983	Troisième partie, III	279
38/134	Volume XIV : 1983	Première partie, D	23
38/135	Volume XIV : 1983	Première partie, D	23
39/82	Volume XV : 1984	Première partie, D	24
40/71	Volume XVI : 1985	Première partie, D	50
40/72	Volume XVI : 1985	Première partie, D	50
41/77	Volume XVII : 1986	Première partie, D	39
42/152	Volume XVIII : 1987	Première partie, D	43
42/153	Volume XVIII : 1987	Première partie, E	44
43/165 et annexe	Volume XIX : 1988	Première partie, D	20
43/166	Volume XIX : 1988	Première partie, E	21
44/33	Volume XX : 1989	Première partie, E	39
45/42	Volume XXI : 1990	Première partie, D	18
46/56	Volume XXII : 1991	Première partie, D	49
47/34	Volume XXIII : 1992	Première partie, D	26

3. Rapports de la Sixième Commission

A/5728	Volume I : 1968-1970	Première partie, I, A	5
A/6396	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, B	19
A/6594	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, D	62
A/7408	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2	94
A/7747	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2	129
A/8146	Volume II : 1971	Première partie, I, B	5
A/8506	Volume III : 1972	Première partie, I, B	5
A/8896	Volume IV : 1973	Première partie, I, B	5
A/9408	Volume V : 1974	Première partie, I, B	3
A/9920	Volume VI : 1975	Première partie, I, B	3
A/9711	Volume VI : 1975	Troisième partie, I, A	328

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>	<i>Page</i>
A/10420	Volume VII : 1976	Première partie, I, B	5
A/31/390	Volume VIII : 1977	Première partie, I, B	5
A/32/402	Volume IX : 1978	Première partie, I, B	5
A/33/349	Volume X : 1979	Première partie, I, B	5
A/34/780	Volume XI : 1980	Première partie, I, B	4
A/35/627	Volume XI : 1980	Première partie, II, C	31
A/36/669	Volume XII : 1981	Première partie, C	21
A/37/620	Volume XIII : 1982	Première partie, C	22
A/38/667	Volume XIV : 1983	Première partie, C	22
A/39/698	Volume XV : 1984	Première partie, C	24
A/40/935	Volume XVI : 1985	Première partie, C	49
A/41/861	Volume XVII : 1986	Première partie, C	38
A/42/836	Volume XVIII : 1987	Première partie, C	41
A/43/820	Volume XIX : 1988	Première partie, C	19
A/C.6/43/L.2	Volume XIX : 1988	Troisième partie, II, A	195
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX : 1988	Troisième partie, II, B	196
A/44/453 et Add.1	Volume XX : 1989	Première partie, C	35
A/44/723	Volume XX : 1989	Première partie, D	38
A/45/736	Volume XXI : 1990	Première partie, C	18
A/46/688	Volume XXII : 1991	Première partie, C	48
A/47/586	Volume XXIII : 1992	Première partie, C	25

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

A/7214	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 1	92
A/7616	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1	129
A/8015/Rev.1	Volume II : 1971	Première partie, I, A	5
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II : 1971	Deuxième partie, IV	151
A/8415/Rev.1	Volume III : 1972	Première partie, I, A	5
A/8715/Rev.1	Volume IV : 1973	Première partie, I, A	5
A/9015/Rev.1	Volume V : 1974	Première partie, I, A	5
A/9615/Rev.1	Volume VI : 1975	Première partie, I, A	5
A/10015/Rev.1	Volume VII : 1976	Première partie, I, A	5
TD/B/617	Volume VIII : 1977	Première partie, I, A	5
TD/B/664	Volume IX : 1978	Première partie, I, A	5
A/33/15/Vol.II	Volume X : 1979	Première partie, I, A	5
A/34/15/Vol.II	Volume XI : 1980	Première partie, I, A	3
A/35/15/Vol.II	Volume XI : 1980	Première partie, II, B	31
A/36/15/Vol.II	Volume XII : 1981	Première partie, B	20
TD/B/930	Volume XIII : 1982	Première partie, B	22
TD/B/973	Volume XIV : 1983	Première partie, B	22
TD/B/1026	Volume XV : 1984	Première partie, B	24
TD/B/1077	Volume XVI : 1985	Première partie, B	49
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII : 1986	Première partie, B	37
A/42/15	Volume XVIII : 1987	Première partie, B	41
TD/B/1193	Volume XIX : 1988	Première partie, B	19
TD/B/1234/Vol.II	Volume XX : 1989	Première partie, B	18
TD/B/1277/Vol.II	Volume XXI : 1990	Première partie, B	18
TD/B/1309/Vol.II	Volume XXII : 1991	Première partie, B	48
TD/B/39(1)/6 Vol.II	Volume XXIII : 1992	Première partie, B	25

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)

A/C.6/L.571	Volume I : 1968-1970	Première partie, I, B	5
A/C.6/L.572	Volume I : 1968-1970	Première partie, I, C	14
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, III, B	273
A/CN.9/18	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1	221
A/CN.9/19	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1	255
A/CN.9/21 et Corr.1	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, IV, A	278
A/CN.9/30	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, D	232
A/CN.9/31	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1	169
A/CN.9/33	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, B	215
A/CN.9/34	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2	230
A/CN.9/35	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/38	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2	259

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>	<i>Page</i>
A/CN.9/L.19	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, V, A	305
A/CN.9/38/Add.1	Volume II : 1971	Deuxième partie, II, 1	124
A/CN.9/41	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, II, A	249
A/CN.9/48	Volume II : 1971	Deuxième partie, II, 2	125
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, C, 2	96
A/CN.9/52	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, A, 2	55
A/CN.9/54	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, B, 1	73
A/CN.9/55	Volume II : 1971	Deuxième partie, III	145
A/CN.9/60	Volume II : 1971	Deuxième partie, IV	151
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 5	85
A/CN.9/63 et Add.1	Volume III : 1972	Deuxième partie, IV	272
A/CN.9/64	Volume III : 1972	Deuxième partie, III	210
A/CN.9/67	Volume III : 1972	Deuxième partie, II, 1	159
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, B, 1	105
A/CN.9/73	Volume III : 1972	Deuxième partie, II, B, 3	115
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 1	151
A/CN.9/75	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, A, 3	69
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 4 et 5	222
A/CN.9/77	Volume IV : 1973	Deuxième partie, II, 1	114
A/CN.9/78	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, B	89
A/CN.9/79	Volume IV : 1973	Deuxième partie, III, 1	143
A/CN.9/82	Volume IV : 1973	Deuxième partie, V	239
A/CN.9/86	Volume V : 1974	Deuxième partie, II, 1	99
A/CN.9/87	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 1	29
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 2 à 5	51
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V : 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2	115
A/CN.9/91	Volume V : 1974	Deuxième partie, IV	199
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V : 1974	Deuxième partie, V	203
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI : 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2	209
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI : 1975	Deuxième partie, III	182
A/CN.9/98	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 6	128
A/CN.9/99	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 1	135
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 1 à 5	67
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 3 et 4	152
A/CN.9/102	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 5	178
A/CN.9/103	Volume VI : 1975	Deuxième partie, V	285
A/CN.9/104	Volume VI : 1975	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/105	Volume VI : 1975	Deuxième partie, IV, 3	248
A/CN.9/105, annexe	Volume VI : 1975	Deuxième partie, IV, 4	274
A/CN.9/106	Volume VI : 1975	Deuxième partie, VIII	314
A/CN.9/107	Volume VI : 1975	Deuxième partie, VII	311
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII : 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3	196
A/CN.9/110	Volume VII : 1976	Deuxième partie, IV, 4	278
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII : 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2	157
A/CN.9/113	Volume VII : 1976	Deuxième partie, III, 3	184
A/CN.9/114	Volume VII : 1976	Deuxième partie, III, 4	194
A/CN.9/115	Volume VII : 1976	Deuxième partie, IV, 5	322
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII : 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3	89
A/CN.9/117	Volume VII : 1976	Deuxième partie, II, 1	143
A/CN.9/119	Volume VII : 1976	Deuxième partie, VI	327
A/CN.9/121	Volume VII : 1976	Deuxième partie, V	326
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, D	119
A/CN.9/126	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, E	158
A/CN.9/127	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, III	256
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, A à C	79
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, VI, A et B	327
A/CN.9/131	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, II, A	191
A/CN.9/132	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, II, B	244
A/CN.9/133	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, IV, A	257
A/CN.9/135	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, F	184
A/CN.9/137	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, V	324
A/CN.9/139	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, IV, B	300
A/CN.9/141	Volume IX : 1978	Deuxième partie, II, A	168
A/CN.9/142	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/143	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, C	121
A/CN.9/144	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, D	123
A/CN.9/145	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, E	136

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>	<i>Page</i>
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, F	143
A/CN.9/147	Volume IX : 1978	Deuxième partie, II, B	183
A/CN.9/148	Volume IX : 1978	Deuxième partie, III	204
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX : 1978	Deuxième partie, IV, A	206
A/CN.9/151	Volume IX : 1978	Deuxième partie, V	225
A/CN.9/155	Volume IX : 1978	Deuxième partie, IV, B	223
A/CN.9/156	Volume IX : 1978	Deuxième partie, IV, C	223
A/CN.9/157	Volume X : 1979	Deuxième partie, II, A	68
A/CN.9/159	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, A	41
A/CN.9/160	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/161	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, C	44
A/CN.9/163	Volume X : 1979	Deuxième partie, II, B	85
A/CN.9/164	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, D	54
A/CN.9/165	Volume X : 1979	Deuxième partie, II, C	88
A/CN.9/166	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, A	95
A/CN.9/167	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, B	99
A/CN.9/168	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, C	108
A/CN.9/169	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, D	117
A/CN.9/170	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, E	118
A/CN.9/171	Volume X : 1979	Deuxième partie, IV	121
A/CN.9/172	Volume X : 1979	Deuxième partie, V	131
A/CN.9/175	Volume X : 1979	Deuxième partie, VI	140
A/CN.9/176	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, A	123
A/CN.9/177	Volume XI : 1980	Deuxième partie, II	39
A/CN.9/178	Volume XI : 1980	Deuxième partie, III, A	45
A/CN.9/179	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, A	101
A/CN.9/180	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, B	104
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI : 1980	Deuxième partie, III, B et C	56
A/CN.9/183	Volume XI : 1980	Deuxième partie, I	37
A/CN.9/186	Volume XI : 1980	Deuxième partie, III, D	92
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, C	113
A/CN.9/189	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, D	119
A/CN.9/191	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, B	128
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI : 1980	Deuxième partie, VI	145
A/CN.9/193	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, C	142
A/CN.9/194	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, D	143
A/CN.9/196	Volume XII : 1981	Deuxième partie, II, A	53
A/CN.9/197	Volume XII : 1981	Deuxième partie, I, A	27
A/CN.9/198	Volume XII : 1981	Deuxième partie, IV, A	99
A/CN.9/199	Volume XII : 1981	Deuxième partie, II, B	74
A/CN.9/200	Volume XII : 1981	Deuxième partie, II, C	75
A/CN.9/201	Volume XII : 1981	Deuxième partie, I, C	50
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII : 1981	Deuxième partie, V, A	203
A/CN.9/203	Volume XII : 1981	Deuxième partie, V, B	252
A/CN.9/204	Volume XII : 1981	Deuxième partie, VIII	279
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII : 1981	Deuxième partie, VI	273
A/CN.9/206	Volume XII : 1981	Deuxième partie, VII	275
A/CN.9/207	Volume XII : 1981	Deuxième partie, III	79
A/CN.9/208	Volume XII : 1981	Deuxième partie, V, C	271
A/CN.9/210	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 1	47
A/CN.9/211	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 3	117
A/CN.9/212 (S = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 5	199
A/CN.9/213	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 4	131
A/CN.9/214	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 6	211
A/CN.9/215	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, B, 1	270
A/CN.9/216	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, III, A	308
A/CN.9/217	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, IV, A	339
A/CN.9/218	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/219 et Add.1 (F = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, I, B	37
A/CN.9/220	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, B, 3	290
A/CN.9/221 (F = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, C	292
A/CN.9/222	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, III, C	334
A/CN.9/223	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 7	268
A/CN.9/224	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, V	427
A/CN.9/225 (F = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VI, B	433
A/CN.9/226	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VI, A	433

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>	<i>Page</i>
A/CN.9/227	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VII	451
A/CN.9/228	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VIII	453
A/CN.9/229	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VI, C	447
A/CN.9/232	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, A	37
A/CN.9/233	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, C	65
A/CN.9/234	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, IV, A	107
A/CN.9/235	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, I	29
A/CN.9/236	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, C	183
A/CN.9/237 et Add.1 à 3	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, B	145
A/CN.9/238	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, D	190
A/CN.9/239	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, A	143
A/CN.9/240	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, VII	207
A/CN.9/241	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, VI	205
A/CN.9/242	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, II	35
A/CN.9/245	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 1	151
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 1 et 2	186
A/CN.9/247	Volume XV : 1984	Deuxième partie, III, A	235
A/CN.9/248	Volume XV : 1984	Deuxième partie, I, A, 1	29
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV : 1984	Deuxième partie, I, A, 2	100
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV : 1984	Deuxième partie, I, B	109
A/CN.9/251	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, B	321
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV : 1984	Deuxième partie, IV, A et B	251
A/CN.9/253	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, C	330
A/CN.9/254	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, D	335
A/CN.9/255	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, A	319
A/CN.9/256	Volume XV : 1984	Deuxième partie, VII	341
A/CN.9/257	Volume XV : 1984	Deuxième partie, VI	339
A/CN.9/259	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, A, 1	209
A/CN.9/260	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IV, A	341
A/CN.9/261	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, II, A	147
A/CN.9/262	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, B, I	261
A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, I, A	55
A/CN.9/264	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, I, B	106
A/CN.9/265	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, V	365
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, II, B	157
A/CN.9/267	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IX	401
A/CN.9/268	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, C	339
A/CN.9/269	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, VI	381
A/CN.9/270	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, VIII	399
A/CN.9/271	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, VII	395
A/CN.9/273	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 1	43
A/CN.9/274	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 2	61
A/CN.9/275	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, III, A	187
A/CN.9/276	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, II, A	89
A/CN.9/277	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, II, C	173
A/CN.9/278	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, B	83
A/CN.9/279	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, V	247
A/CN.9/280	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, IV	230
A/CN.9/281	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, VI	263
A/CN.9/282	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, VIII	309
A/CN.9/283	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, VII	303
A/CN.9/285	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 4	81
A/CN.9/287	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, III, A	115
A/CN.9/288	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, I, 1	49
A/CN.9/289	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 1	105
A/CN.9/290	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 4	112
A/CN.9/291	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, B	113
A/CN.9/292	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, IV	141
A/CN.9/293	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, VI	153
A/CN.9/294	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, V	147
A/CN.9/297	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, I, A, 1	25
A/CN.9/298	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, II, A	67
A/CN.9/299	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, X, B	171
A/CN.9/300	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, X, A	169
A/CN.9/301	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, I, B	49
A/CN.9/302	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, III	93
A/CN.9/303	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, IX	155

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>	<i>Page</i>
A/CN.9/304	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, A	131
A/CN.9/305	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, B	136
A/CN.9/306	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, IV	109
A/CN.9/307	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, V, A	115
A/CN.9/308	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, V, B	119
A/CN.9/309	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VI	123
A/CN.9/310	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, D	146
A/CN.9/311	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VIII	149
A/CN.9/312	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, C	142
A/CN.9/315	Volume XX : 1989	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/316	Volume XX : 1989	Deuxième partie, IV, A	197
A/CN.9/317	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/318	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, C	73
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX : 1989	Deuxième partie, III, A	161
A/CN.9/320	Volume XX : 1989	Deuxième partie, III, B	188
A/CN.9/321	Volume XX : 1989	Deuxième partie, III, C	193
A/CN.9/322	Volume XX : 1989	Deuxième partie, V	223
A/CN.9/323	Volume XX : 1989	Deuxième partie, VIII	267
A/CN.9/324	Volume XX : 1989	Deuxième partie, VI	233
A/CN.9/325	Volume XX : 1989	Deuxième partie, VII	261
A/CN.9/328	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, A	28
A/CN.9/329	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, D	72
A/CN.9/330	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, IV, A	237
A/CN.9/331	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, II, A	123
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, III	193
A/CN.9/333	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, V	265
A/CN.9/334	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, VI	279
A/CN.9/335	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, IX	311
A/CN.9/336	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, VII	281
A/CN.9/337	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, VIII	305
A/CN.9/338	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, X	315
A/CN.9/341	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, C	152
A/CN.9/342	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, A	329
A/CN.9/343	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, II, A	277
A/CN.9/344	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, E	206
A/CN.9/345	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, C	359
A/CN.9/346	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, A	53
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, B	107
A/CN.9/348	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, V, B	421
A/CN.9/349	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, VIII	471
A/CN.9/350	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, IV	403
A/CN.9/351	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, VII	467
A/CN.9/352	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, V, A	421
A/CN.9/353	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, VI	459
A/CN.9/356	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, A	211
A/CN.9/357	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, II, A	39
A/CN.9/358	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, IV, A	310
A/CN.9/359	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, C	263
A/CN.9/360	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, V, A	369
A/CN.9/361	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, IV, C	348
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, II, C	97
A/CN.9/363	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, VIII	419
A/CN.9/364	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, VI, A	407
A/CN.9/367	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, I, A	31
A/CN.9/368	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, VII	411

6. Documents soumis aux Groupes de travail

a) Groupe de travail I : Délais et prescription

A/CN.9/WG.1/WP.9	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, C, 1	81
------------------	------------------	--------------------------	----

b) Groupe de travail II

i) Vente internationale des objets mobiliers corporels

A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, A, 1	41
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 1	35

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>	<i>Page</i>
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 2	47
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 3	61
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 4	77
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, A, 1	35
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 3	61
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, A, 2	40
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 4	66
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 4	66
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 4	97
A/CN.9/WG.2/WP.21 et Add.1 et 2	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 3	75
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, C	99
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, B	100
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, B	100

ii) Pratiques en matière de contrats internationaux

A/CN.9/WG.2/WP.33 et Add.1	Volume XII : 1981	Deuxième partie, I, B, 1 et 2	33
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, III, B	325
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, B, 1	56
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, B, 2	62
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, D, 1	87
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, D, 2	94
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, D, 3	101
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 2, a	175
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 2, b	180
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 2, c	184
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 3, a	217
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 3, b	225
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 3, c	229
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IV, B, 1	355
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IV, B, 3	362
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, III, B, 1	202
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, III, B, 2	217
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, III, B	132
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, II, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX : 1989	Deuxième partie, IV, B, 1	215
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX : 1989	Deuxième partie, IV, B, 2	218
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, IV, B	250
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, B, 1	342
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, B, 2	349
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, D, 1	373
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, D, 2	393
A/CN.9/WG.II/WP.73	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, IV, B	333

c) Groupe de travail III : Réglementation internationale des transports maritimes

A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 2	161
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 3	171
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V : 1974	Deuxième partie, III, 3	173

d) Groupe de travail IV

i) Effets de commerce internationaux

A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV : 1973	Deuxième partie, II, 2	130
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 2	151
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 a	79
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 b	85
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 c	87
A/CN.9/WG.IV/WP.24, Add.1 et 2	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 d à f	89
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2, g et h	105
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, B, 2	281
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 3	74

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>	<i>Page</i>
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, I, 2	69
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, I, 3	102
<i>ii) Paiements internationaux</i>			
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, I, A, 2	37
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, B	60
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, D	94
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, C	62
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, E	95
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, D, 1	170
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, D, 2	204
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, F	226
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, II, B	50
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, V, B	389

e) Groupe de travail V : Nouvel ordre économique international

A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII : 1981	Deuxième partie, IV, B, 1	107
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII : 1981	Deuxième partie, IV, B, 2	201
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, IV, B	352
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, IV, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV : 1984	Deuxième partie, III, B	247
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, A, 2	225
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, B, 2	281
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, II, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 2	108
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 3	109
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX : 1989	Deuxième partie, II, B	125
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, II, B	145
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, II, C	159
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, II, B, 1	299
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, II, B, 2	308
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, B, 1	236
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, B, 2	259
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, D, 1	291
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, D, 2	291

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI

A/CN.9/SR.93 à 123	Volume III : 1972	Supplément	1
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV : 1983	Troisième partie, I, A	211
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV : 1983	Troisième partie, I, B, 1	216
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV : 1983	Troisième partie, I, B, 2	239
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV : 1984	Troisième partie, I	339
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI : 1985	Troisième partie, II	415
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII : 1986	Troisième partie, II	327
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII : 1987	Troisième partie, III	175
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX : 1989	Troisième partie, II	279
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII : 1991	Troisième partie, II	483
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII : 1992	Troisième partie, III	443

8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires

A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V : 1974	Troisième partie, I, A	217
A/CONF.63/15	Volume V : 1974	Troisième partie, I, B	218
A/CONF.63/17	Volume X : 1979	Troisième partie, I	155
A/CONF.89/13, annexes I à III	Volume IX : 1978	Troisième partie, I, A à D	241

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>	<i>Page</i>
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI : 1980	Troisième partie, I, A à C	159
A/CONF.152/13	Volume XXIII : 1992	Troisième partie, I	429
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI			
(Sans cote)	Volume I : 1968-1970	Troisième partie	320
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II : 1971	Deuxième partie	155
(Sans cote)	Volume II : 1971	Deuxième partie	161
(Sans cote)	Volume III : 1972	Deuxième partie	339
(Sans cote)	Volume IV : 1973	Deuxième partie	255
A/CN.9/L.25	Volume V : 1974	Troisième partie, II, A	223
(Sans cote)	Volume V : 1974	Troisième partie, II, B	224
(Sans cote)	Volume VI : 1975	Troisième partie, II, A	329
(Sans cote)	Volume VII : 1976	Troisième partie, A	345
(Sans cote)	Volume VIII : 1977	Troisième partie, A	351
(Sans cote)	Volume IX : 1978	Troisième partie, II	250
(Sans cote)	Volume X : 1979	Troisième partie, II	178
(Sans cote)	Volume XI : 1980	Troisième partie, IV	179
(Sans cote)	Volume XII : 1981	Troisième partie, III	287
(Sans cote)	Volume XIII : 1982	Troisième partie, IV	464
(Sans cote)	Volume XIV : 1983	Troisième partie, IV	280
(Sans cote)	Volume XV : 1984	Troisième partie, II	387
A/CN.9/284	Volume XVI : 1985	Troisième partie, III	531
A/CN.9/295	Volume XVII : 1986	Troisième partie, III	409
A/CN.9/313	Volume XVIII : 1987	Troisième partie, III	201
A/CN.9/326	Volume XIX : 1988	Troisième partie, III	223
A/CN.9/339	Volume XX : 1989	Troisième partie, III	367
A/CN.9/354	Volume XXI : 1990	Troisième partie, I	333
A/CN.9/369	Volume XXII : 1991	Troisième partie, III	579
A/CN.9/382	Volume XXIII : 1992	Troisième partie, V	497