



Assemblée générale

Distr.: Limitée
15 décembre 2004

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Septième session
New York, 4-8 avril 2005

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

Note du secrétariat

Additif

[Les chapitres I^{er} à III figurent dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34]

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IV. Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés	1-58	2
A. Remarques générales: stades d'utilisation des moyens électroniques dans le processus de passation des marchés	3-7	2
B. Publication électronique des invitations à participer à une procédure de passation particulière	8-17	5
C. Communication électronique du dossier de sollicitation ou de la documentation de présélection et des sollicitations de propositions ou de prix	18-21	7
D. Soumission électronique des offres, propositions et prix	22-37	8
E. Forme des autres communications échangées pendant le processus de passation ..	38-43	12
F. Valeur juridique des documents électroniques utilisés dans la procédure de passation ou issus de la procédure	44-58	14



IV. Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

1. À sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a noté que les principales questions de fond concernant l'utilisation de modes de communication électroniques dans le cadre de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (dénommée ci-après "la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" ou "la Loi type"¹), étaient les suivantes:

a) La Loi devrait-elle autoriser ou obliger les entités adjudicatrices à utiliser des communications électroniques en accord avec les fournisseurs ou autoriser l'une ou l'autre partie à exiger une telle utilisation; et

b) La Loi devrait-elle soumettre l'utilisation de ce type de communications à certaines conditions pour sauvegarder ses objectifs et, partant, empêcher les moyens électroniques choisis d'entraver l'accès aux marchés, garantir la confidentialité et assurer l'authenticité et la sécurité des opérations, ainsi que l'intégrité des données (A/CN.9/568, par. 30).

2. S'agissant de savoir dans quelle mesure le recours aux communications électroniques (notamment la soumission d'offres par voie électronique) pouvait être exigé ou rendu obligatoire, il a été indiqué au Groupe de travail que, dans la pratique d'un certain nombre de pays, les entités adjudicatrices étaient autorisées à imposer aux soumissionnaires l'utilisation de ce type de communications dans la procédure de passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.31, par. 55). À sa sixième session, le Groupe de travail est généralement convenu qu'il était souhaitable de traiter cette question avec souplesse. De l'avis général, les fournisseurs ne devraient pas être autorisés à imposer un moyen de communication particulier à l'entité adjudicatrice. En ce qui concerne, d'autre part, le droit de l'entité adjudicatrice d'exiger l'utilisation de communications électroniques, il a été généralement jugé inopportun d'élaborer une règle envisageant cette possibilité pour tous les cas et dans toutes les circonstances (A/CN.9/568, par. 33). Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il serait utile de formuler des dispositions qui autoriseraient expressément et, dans des circonstances appropriées, encourageaient l'utilisation des communications électroniques, sous réserve éventuellement d'exiger que les moyens de communication imposés par l'entité adjudicatrice ne restreignent pas indûment l'accès à la procédure de passation. Il faudrait insérer dans le Guide pour l'incorporation des orientations et explications supplémentaires sur les diverses options possibles concernant le type de moyens disponibles et les conditions d'utilisation à imposer éventuellement (A/CN.9/568, par. 39).

A. Remarques générales: stades d'utilisation des moyens électroniques dans le processus de passation des marchés

3. Lorsqu'il examinera le degré de détail approprié des orientations à fournir, le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte des différents stades d'utilisation des communications électroniques dans la pratique actuelle de la passation des marchés. Les études récentes sur l'utilisation d'applications électroniques dans le processus de passation distinguent généralement deux

systèmes: les systèmes d'appel d'offres électronique et les systèmes d'achat électronique².

4. Les "systèmes d'appel d'offres électronique" sont des systèmes conçus pour "des procédures d'appel à la concurrence rigoureusement réglementées, qui se basent sur des dossiers d'appel d'offres et des spécifications techniques détaillés"³. Ils conviennent particulièrement à l'acquisition "d'ouvrages publics importants, de capacités de production – par exemple une centrale électrique –, de capacités de rendement – par exemple de vastes systèmes d'information – ou de services complexes – comme la conception et l'administration de réseaux privés virtuels". Pour tous ces types de marchés, les procédures de passation s'appuient sur une documentation abondante et exigent une évaluation soigneuse des aspects qualitatifs, mais aussi des contrats sur mesure et de nombreux services⁴. Les systèmes d'appel d'offres électronique peuvent comporter divers types de fonctions facilitant la conduite de la procédure, par exemple: aide à la préparation du dossier d'appel d'offres grâce à des modèles de documents; publication électronique; contrôle de l'accès aux documents originaux et protection de ces derniers; études de marché; automatisation de toutes les tâches depuis la préparation et l'approbation du dossier d'appel d'offres jusqu'à la réception des biens ou services acquis; aide aux opérations hors-ligne telles que la présélection des soumissionnaires; et évaluation des offres⁵. En fonction du degré d'utilisation de l'informatique dans un pays, ces systèmes peuvent se situer à différents stades d'évolution, à savoir:

a) *Premier stade*: L'utilisation des communications électroniques se limite essentiellement à la diffusion d'avis d'appel d'offres par des moyens électroniques, tels que des sites Web sur Internet. La technologie utilisée ici n'est pas très complexe et n'exige que très peu de modifications législatives, si ce n'est aucune;

b) *Deuxième stade*: Les invitations à présenter une demande de présélection et les dossiers de sollicitation sont diffusés électroniquement et peuvent être soit téléchargés par les fournisseurs à partir d'un site Web désigné, soit transmis, sur demande, par courrier électronique. En outre, plusieurs autres opérations peuvent être effectuées électroniquement, telles que l'inscription en ligne des fournisseurs et des entrepreneurs ainsi que la diffusion d'avis de possibilités de marchés imminentes par courrier électronique en fonction de profils de fournisseurs;

c) *Troisième stade*: Le processus de passation est ici entièrement dématérialisé et exige des technologies, des capacités opérationnelles et une infrastructure légale et réglementaire beaucoup plus complexes. Toutes les étapes qui précèdent la soumission des offres s'effectuent électroniquement: invitation à participer à la passation, inscription, envoi du dossier de sollicitation, fourniture d'éclaircissements, modification de la procédure de passation ou des conditions du marché. La soumission et l'ouverture des offres, l'archivage du procès-verbal de la session d'ouverture, l'enregistrement de la décision d'attribution du marché, la réception et l'archivage des plaintes, ainsi que la notification du résultat de l'examen des plaintes peuvent également être effectués par voie électronique;

d) *Quatrième stade*: Outre qu'ils offrent les possibilités décrites au point c) ci-dessus, les systèmes proposent des fonctions de support et de contrôle extrêmement perfectionnées, telles que le règlement des opérations effectuées par l'intermédiaire de la plate-forme d'appel d'offres; des services avancés d'agrégation de la demande (par lesquels l'opérateur de la plate-forme d'appel d'offres identifie

les possibilités de regroupement des besoins du secteur public en biens ou services déterminés et organise activement des enchères électroniques devant permettre de réaliser des économies d'échelle); ou encore des services avancés de support aux acheteurs (par lesquels l'opérateur conçoit des profils d'achat pour différents organismes publics, en particulier pour les achats récurrents, et élabore des outils sur mesure pour la réalisation d'études de marché et d'opérations, qui améliorent l'efficacité et réduisent le coût de ces achats)⁶.

5. Pour leur part, les "systèmes d'achat électronique", qui peuvent prendre la forme de catalogues électroniques, d'enchères électroniques inversées ou de systèmes d'"acquisition dynamique", sont principalement utilisés pour les achats ponctuels, par unité ou par lot, de produits standard ou de services bien définis. Ils se distinguent par les caractéristiques suivantes:

a) Ils fonctionnent dans le cadre d'une place de marché électronique – qui équivaut juridiquement à un marché physique – où les biens sont présentés virtuellement (catalogue électronique) et où acheteurs et vendeurs sont soumis aux règles internes appliquées par l'opérateur de la place de marché;

b) Ils fournissent des outils de comparaison et des mécanismes électroniques de fixation des prix, mais pas de dispositifs de formation des contrats car les clauses contractuelles sont généralement préétablies⁷.

6. Le meilleur moyen pour le Groupe de travail de traiter, comme il le souhaite, la question avec souplesse (voir ci-dessus, par. 2) serait d'avoir à l'esprit le fait que non seulement le niveau d'utilisation des communications électroniques peut varier d'un État à l'autre, mais que, même à l'intérieur d'un État, le degré de sophistication des applications informatiques utilisées dans le processus de passation des marchés peut également varier d'une entité adjudicatrice à l'autre. Il serait également utile de noter que, dans tous les cas, cette situation peut évoluer rapidement à mesure que l'expérience s'accumule et que le recours aux technologies se généralise. Cependant, le Groupe de travail voudra peut-être aussi trouver un juste équilibre entre le souci de traiter la question avec souplesse et celui de fournir aux États les conseils dont ils pourraient avoir besoin pour pouvoir avancer dans la modernisation de leurs processus de passation des marchés. Une approche trop prudente, qui consisterait à ne pas donner d'orientations concrètes sur les mesures à prendre pour éliminer les éventuels obstacles juridiques à l'utilisation des communications électroniques, pourrait elle-même aller à l'encontre de cet objectif de souplesse, puisqu'elle ne conforterait pas les efforts des États souhaitant élargir l'utilisation de ces communications dans le processus de passation.

7. Les sections suivantes traitent des questions liées à l'utilisation des communications électroniques pouvant se poser à l'un des trois premiers stades d'évolution des "systèmes d'appel d'offres électronique" décrits plus haut (voir ci-dessus, par. 4). Les questions juridiques relatives au quatrième stade (voir ci-dessus, par. 4 d)) sortent pour la plupart du champ d'application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, car elles portent sur la planification des achats et sur la gestion des contrats. Les questions concernant l'utilisation des enchères électroniques inversées, en tant qu'exemple de "système d'achat électronique", sont examinées dans une note séparée (A/CN.9/WG.I/WP.35).

B. Publication électronique des invitations à participer à une procédure de passation particulière

8. De nombreux États et entités utilisent aujourd'hui des moyens électroniques pour publier, à l'intention des fournisseurs, des invitations à participer à des procédures de passation particulières (y compris les invitations dont la publication est exigée par la loi)⁸. À sa sixième session, le Groupe de travail a reconnu que les publications électroniques étaient utiles pour accroître la transparence et la concurrence et a été d'avis que la Loi type devrait encourager la publication par voie électronique des informations qu'elle faisait actuellement obligation aux États de publier (A/CN.9/568, par. 21).

9. Le paragraphe 1 de l'article 24 de la Loi type exige la publication des invitations à soumettre une offre ou des invitations à présenter une demande de présélection dans une publication officielle (telle qu'un journal officiel) spécifiée par l'État adoptant au moment de l'incorporation de la Loi. De plus, aux termes du paragraphe 2 de ce même article 24, les invitations doivent également être publiées dans un "journal" ou une "publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle" de grande diffusion internationale. Les dispositions de l'article 24 sont incorporées à l'article 46-1 de la Loi type (Appel d'offres en deux étapes) par un renvoi au chapitre III de la Loi. Des dispositions similaires sont prévues dans les articles 37-1 et 2 (Passation des marchés de services), 47-2 (Appel d'offres restreint) et 48-2 (Sollicitation de propositions). De manière générale, elles suscitent le même type de questions que l'article 24. On trouvera dans les paragraphes suivants un examen des problèmes posés par l'article 24, qui vaut *mutatis mutandis* pour ces autres dispositions.

10. L'article 24 de la Loi type laisse entendre que la publication se fait sur papier. L'approche consistant à présenter dans le Guide pour l'incorporation seulement les avantages de la publication électronique, son intérêt ainsi que ses formes possibles, plutôt que d'ajouter de nouvelles dispositions dans la Loi type elle-même, ne suffira peut-être pas à promouvoir ce type de publication.

11. Une solution apparemment simple pour permettre la publication électronique des invitations à soumettre une offre serait d'inclure dans l'article 24 une indication supplémentaire semblable à celle proposée pour l'article 5 (voir A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 24 à 28), du type "y compris éventuellement au moyen de systèmes d'information électroniques accessibles au public", assortie d'explications appropriées qui seraient insérées dans le Guide pour l'incorporation. Cependant, le choix de tel ou tel moyen de publication ayant inévitablement un impact sur le groupe de fournisseurs potentiel, ce type de modification minimale risque de ne pas répondre au souhait exprimé par le Groupe de travail, à savoir que les moyens de communication choisis par l'entité adjudicatrice ne devraient pas restreindre abusivement l'accès à la procédure de passation et ne pas donner lieu à une discrimination entre fournisseurs (A/CN.9/568, par. 34, 41 et 42). Aussi importerait-il de préciser si et dans quelle mesure la publication par voie électronique remplacerait la publication sur papier, et dans quelles circonstances elle pourrait ou non être utilisée par une entité adjudicatrice.

12. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être déterminer quel type de dispositions supplémentaires seraient souhaitables en vue à la fois de permettre

l'utilisation des publications électroniques et d'éviter toute discrimination entre fournisseurs. À sa sixième session, il est généralement convenu de l'utilité de formuler des dispositions qui autoriseraient expressément et, dans des circonstances appropriées, encourageaient l'utilisation des communications électroniques, sous réserve éventuellement d'exiger que les moyens de communication imposés par l'entité adjudicatrice ne restreignent pas indûment l'accès à la procédure de passation (A/CN.9/568, par. 39).

13. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail voudra peut-être assortir le libellé proposé ci-dessus pour autoriser la publication par voie électronique (voir par. 11) d'une exigence selon laquelle les moyens de publication ne devraient pas porter atteinte au principe général d'accessibilité, sans toutefois spécifier les moyens techniques à utiliser, afin que la neutralité technologique soit préservée⁹.

14. Le Groupe de travail pourrait par conséquent envisager d'apporter les modifications suivantes aux articles 24, 37, 47 et 48 de la Loi type:

a) Préciser que la notion de "publication" peut aussi désigner la publication électronique facultative ou obligatoire. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner la possibilité d'indiquer, entre parenthèses dans le texte de la Loi, que les États adoptants pourraient, le cas échéant, spécifier un moyen électronique;

b) Fixer des conditions d'utilisation des publications électroniques de sorte que celles-ci soient effectuées par des moyens électroniques accessibles; et

c) Exiger éventuellement que les entités adjudicatrices justifient l'utilisation de publications électroniques dans le procès-verbal de la procédure de passation.

15. On trouvera des propositions de modifications aux articles 24, 37, 47 et 48, qui tiennent compte des considérations exposées ci-dessus, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Le Groupe de travail pourrait examiner si ces modifications reflètent bien les délibérations qu'il a eues jusqu'à présent et si elles sont suffisantes pour permettre l'utilisation des publications électroniques ou si des précisions supplémentaires seraient nécessaires. Il pourrait aussi examiner en temps voulu, lorsqu'il étudiera les améliorations susceptibles d'être apportées à l'économie de la Loi type (voir A/CN.9/568, par. 123 à 126), si ces dispositions pourraient être regroupées en un seul et unique article qui s'appliquerait éventuellement aux différentes méthodes de passation envisagées dans la Loi.

16. Le Groupe de travail voudra peut-être en outre examiner s'il faudrait fournir des orientations détaillées, soit dans la Loi type soit dans le Guide pour l'incorporation, sur certaines questions par exemple: quel degré de souplesse faut-il adopter quant à l'utilisation d'un moyen de publication, qui devrait décider du moyen de publication à utiliser, la décision d'imposer la publication électronique uniquement ou de ne pas utiliser de moyens électroniques devrait-elle être justifiée, sur quels motifs peut se fonder ce type de décisions, une telle décision est-elle susceptible de recours et qui devrait être responsable en cas d'omission.

17. Dans la pratique interne, l'objectif est apparemment de remplacer les publications papier entièrement par des publications électroniques¹⁰. La plupart des pays semblent toutefois accepter la coexistence de ces deux types de publications pendant une certaine période de transition. À cet égard, le Groupe de travail

souhaitera peut-être également déterminer si le Guide pour l'incorporation devrait exposer les facteurs susceptibles d'être pris en compte par les États lorsqu'ils évaluent à quel moment il est ou devient possible de passer entièrement à une publication électronique, par exemple lorsqu'un certain seuil d'utilisation des communications électroniques a été atteint.

C. Communication électronique du dossier de sollicitation ou de la documentation de présélection et des sollicitations de propositions ou de prix

18. L'article 26 de la Loi type n'indique pas expressément sous quelle forme le dossier de sollicitation doit être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs. Il exige seulement que celui-ci soit fourni "conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'invitation à soumettre une offre". Cependant, la mention dans ce même article du "coût de l'impression" laisse entendre que ce dossier se présente sous forme papier. Cette disposition est incorporée par renvoi au chapitre III de la Loi type dans les articles 46-1 (Appel d'offres en deux étapes) et 47-3 (Appel d'offres restreint). Des dispositions analogues se trouvent dans les articles 7-2 (Procédure de présélection) et 37-4 (Passation des marchés de services). L'article 25-1 f) exige quant à lui que les invitations à soumettre des offres indiquent "les modalités d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu". Cette disposition est sans doute suffisamment neutre pour permettre la communication sous forme électronique. Toutefois, si des termes comme "dossier" et "lieu" sont pris au sens strict, la Loi type risque alors d'être interprétée comme visant uniquement les dossiers de sollicitation imprimés sur un support matériel.

19. Certains pays autorisent expressément les entités adjudicatrices à transmettre le dossier de sollicitation, y compris les spécifications, la description du projet, le projet de contrat et d'autres informations complémentaires par voie électronique, sous réserve que soient respectées un certain nombre de conditions, par exemple que la date et l'heure de la transmission et de la réception soient enregistrées, que le contenu du message transmis soit conservé et que l'expéditeur et le destinataire soient identifiés de manière fiable¹¹. Un autre mode de communication du dossier de sollicitation qui, selon la technologie utilisée pour dématérialiser les procédures de marchés, pourrait se généraliser, consiste à placer le dossier sur une base de données ou un système d'information accessibles – par exemple un site Web spécial – d'où les fournisseurs peuvent le télécharger. L'entité adjudicatrice peut même incorporer ce dossier par référence dans l'invitation à soumettre une offre, comme le font les entreprises privées pour leurs conditions générales contractuelles communiquées par Internet.

20. Pour éviter tout doute, il serait peut-être utile d'indiquer clairement dans l'article 26 de la Loi type qu'une entité adjudicatrice peut s'acquitter de son obligation de fournir le dossier de sollicitation en le diffusant par l'intermédiaire d'un système d'information électronique accessible au public d'où il pourra être téléchargé ou imprimé par les fournisseurs, possibilité que la législation de certains pays admet déjà¹².

21. Des propositions de modifications aux articles 7, 26 et 37, qui reflètent les considérations exposées ci-dessus, sont présentées dans le document

A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Le Groupe de travail pourrait les examiner et envisager également d'ajouter des dispositions sur la question dans les articles 48 à 50 de la Loi type en tenant compte du caractère souple des méthodes de passation prévues dans ces articles. Il pourrait également envisager, en temps utile, comme cela a été suggéré en rapport avec les propositions de modifications à l'article 24 (voir plus haut, par. 15) de fusionner ces dispositions supplémentaires en un seul et même article qui s'appliquerait, éventuellement, à toutes les méthodes de passation prévues par la Loi type.

D. Soumission électronique des offres, propositions et prix

22. L'article 30-5 a) de la Loi type prévoit que les offres "sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée". Cette disposition est incorporée par renvoi au chapitre III de la Loi type dans les articles 46-1 (Appel d'offres en deux étapes) et 47-3 (Appel d'offres restreint). Les articles 45 (Passation des marchés de services) et 48-6 (Sollicitation de propositions) contiennent des dispositions similaires qui vont implicitement dans le même sens.

23. L'alinéa a) du paragraphe 5 de l'article 30 et les dispositions analogues énoncées dans d'autres parties de la Loi type ne prévoient pas la soumission des offres par voie électronique. En revanche, l'alinéa b) de ce paragraphe dispose que, sans préjudice du droit des fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre une offre écrite et signée dans une enveloppe scellée, les offres "peuvent également être soumises sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation, qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité".

24. Cet alinéa b) peut donc être interprété comme donnant aux entités adjudicatrices la possibilité d'autoriser la soumission des offres par voie électronique. Il faut néanmoins examiner deux questions au sujet de cette disposition:

a) Le libellé actuel est-il suffisant pour assurer l'équivalence fonctionnelle entre les offres écrites et signées soumises dans une enveloppe scellée et les offres électroniques (voir ci-dessous, par. 25 à 33); et

b) Une entité adjudicatrice pourrait-elle envisager d'imposer la soumission des offres par voie électronique uniquement (voir plus bas, par. 34 à 37).

1. Conditions d'équivalence fonctionnelle entre les offres électroniques et les offres écrites

25. En réponse à la question a) ci-dessus, il semble que l'intention de l'article 30-5 b) soit effectivement de permettre à un fournisseur de soumettre une offre électroniquement s'il le souhaite et si l'entité adjudicatrice a admis cette possibilité. Le Groupe de travail jugera peut-être utile néanmoins de préciser davantage les conditions d'équivalence fonctionnelle. Une forme qui "atteste la teneur" de l'offre satisferait sans doute d'une manière générale aux critères d'équivalence fonctionnelle entre un message de données et un écrit énoncés à l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique¹³, car elle

suppose habituellement l'utilisation d'un support contenant des informations qui sont "accessibles" de manière à pouvoir être "consultées ultérieurement"¹⁴.

26. Toutefois, il semble que l'exigence d'"un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité" soit trop générale pour donner suffisamment d'indications sur les conditions que les offres électroniques doivent remplir pour être considérées comme ayant la même valeur juridique que les offres écrites et signées, soumises dans une enveloppe scellée. Déjà au moment de l'adoption de la Loi type, il a été admis que des "règles et techniques" supplémentaires seraient peut-être nécessaires, par exemple "afin de préserver la confidentialité des offres et de prévenir l'ouverture des offres avant la date limite de soumission"¹⁵.

27. Ce problème est étroitement lié à la question – examinée par le Groupe de travail à sa sixième session – des conditions devant régir l'utilisation des communications électroniques, en particulier pour assurer la sécurité, la confidentialité et l'authenticité des offres soumises, ainsi que l'intégrité des données. Le Groupe de travail avait admis à cette session que pour être efficaces et fiables, les procédures dématérialisées de marchés publics devraient satisfaire à des exigences appropriées de sécurité, de confidentialité et d'authenticité des soumissions mais aussi d'intégrité des données, pour lesquelles il faudrait peut-être formuler des règles et des normes spéciales. Il était généralement convenu que les principes suivants constituaient une base utile pour l'élaboration de règles, normes ou orientations sur la question:

a) Les moyens de communication imposés ne devraient pas entraver indûment la participation à la procédure de passation;

b) Les moyens utilisés devraient permettre d'établir l'origine et l'authenticité des communications;

c) Les moyens et mécanismes utilisés devraient être de nature à préserver l'intégrité des données;

d) Les moyens utilisés devraient permettre d'établir la date de réception des documents lorsque cette date est importante pour appliquer les règles de la procédure de passation;

e) Les moyens et mécanismes utilisés devraient garantir que l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes n'auront pas accès aux offres et autres documents importants avant l'expiration de tout délai applicable;

f) La confidentialité des informations soumises par d'autres fournisseurs ou relatives à d'autres fournisseurs devrait être préservée (A/CN.9/568, par. 41 et 42).

28. Un certain nombre de systèmes régionaux¹⁶ ou nationaux¹⁷ de passation des marchés qui prévoient la possibilité de soumettre des offres électroniquement énoncent des règles de sécurité qui ressemblent de très près aux principes provisoirement approuvés par le Groupe de travail ou du moins à certains d'entre eux¹⁸.

29. Il est à noter cependant que la plupart des principes énumérés ci-dessus s'appliquent déjà – ou devraient s'appliquer – aux procédures de passation des marchés sur papier, par exemple le principe selon lequel les offres devraient être authentiques ou devraient rester confidentielles pendant la procédure d'appel d'offres. Le Groupe de travail a donc été invité, à sa sixième session, à examiner

soigneusement la nécessité de normes ou règles supplémentaires et à prendre en compte la mesure dans laquelle les lois de base pertinentes, telles que les lois générales sur le commerce électronique et sur les signatures électroniques, traitaient déjà les questions auxquelles touchaient les principes proposés. Selon un autre avis, si le Groupe de travail avait l'intention de formuler des orientations législatives qui permettraient, sans la rendre obligatoire, l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés, il serait utile d'énoncer dans la Loi type elle-même les conditions dans lesquelles ces communications devraient être utilisées (A/CN.9/568, par. 43 et 44).

30. Le fait que la prudence soit recommandée en ce qui concerne les règles à appliquer aux communications électroniques s'explique apparemment par le souci d'éviter que la législation sur la passation des marchés ne crée des normes différentes selon le moyen de communication utilisé. Il faut cependant noter que le caractère de nouveauté des communications électroniques peut inciter le législateur à élaborer des règles spéciales pour ce qui est considéré comme un problème particulier causé par l'utilisation de nouvelles technologies dans la passation des marchés. De fait, plusieurs pays ont déjà adopté une législation qui soumet les communications électroniques à certaines règles visant à assurer le même niveau de fiabilité que celui qui est généralement censé exister dans les communications sur papier¹⁹. Ces règles générales sont parfois complétées par des dispositions réglementaires détaillées²⁰.

31. Le Groupe de travail estimera peut-être que, pour éviter qu'il y ait deux poids, deux mesures, le mieux serait d'élaborer des règles générales fixant certaines exigences – qui dans le texte actuel de la Loi type sont considérées comme s'appliquant d'office aux communications sur papier (par exemple, les exigences relatives à l'authenticité des offres et d'autres documents) – tout en indiquant clairement, pour prévenir tout doute, que celles-ci s'appliquent également aux communications électroniques. Le Guide pour l'incorporation pourrait ensuite, en s'inspirant éventuellement de règles et réglementations internes sur la question, fournir de plus amples indications sur les meilleures pratiques pour satisfaire à ces exigences dans le cas de communications électroniques.

32. Cette approche, suivie dans un projet de disposition proposé dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 (projet d'article 30 *bis*), irait dans le sens de la décision prise par l'ensemble du Groupe de travail à sa sixième session, de faire en sorte que les éventuelles orientations sur la question soient formulées de manière à englober tous les moyens de communication, pour donner une idée générale des conditions à imposer, et ne soient pas trop directives (A/CN.9/568, par. 45).

33. Les modalités d'ouverture des offres constituent un autre aspect lié aux conditions d'équivalence fonctionnelle entre les offres écrites soumises dans une enveloppe scellée et les offres électroniques. Le paragraphe 1 de l'article 33 de la Loi type dispose que les offres "sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres [...], au lieu et selon les modalités spécifiées dans le dossier". Le paragraphe 2 de ce même article prévoit en outre que "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". Si le paragraphe 1 semble avoir une portée suffisamment large pour englober tout système d'ouverture des offres, le paragraphe 2 en revanche laisse supposer que les fournisseurs et les entrepreneurs assistent en

personne à l'ouverture des offres en un lieu et à un moment déterminés. Certains pays ont adopté des dispositions qui autorisent l'ouverture au moyen d'un système d'information électronique qui transmettrait automatiquement les informations habituellement annoncées à l'ouverture des offres²¹. Le Groupe de travail pourrait envisager d'insérer une disposition qui permettrait aux entités adjudicatrices de recourir aux communications électroniques en lieu et place de la formalité d'ouverture des offres en présence des fournisseurs et des entrepreneurs. Des propositions d'ajouts à l'article 33 sont présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

2. Caractère facultatif ou obligatoire des offres électroniques

34. L'alinéa b) du paragraphe 5 de l'article 30 consacre expressément le droit d'un fournisseur de soumettre une offre selon les modalités "habituelles" décrites à l'alinéa a) de ce même paragraphe, à savoir par écrit, avec une signature et dans une enveloppe scellée. Le Guide pour l'incorporation indique à ce propos qu'il s'agit là d'une "garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que [l'échange de données informatisées (EDI)] ne sont pas à la disposition de tous"²². Il semble donc que les fournisseurs ne puissent être contraints de soumettre une offre par voie électronique et puissent insister pour utiliser des moyens de communication traditionnels à cette fin.

35. Dans certains pays, les entités adjudicatrices ont apparemment le droit de choisir quand les offres peuvent être soumises électroniquement²³ et de déterminer, dans ce cas, si elles peuvent ou non l'être également sur papier, l'utilisation de la forme papier étant, dans certaines législations, généralement admise sauf indication contraire dans l'invitation à soumettre une offre²⁴. Cependant, dans ces pays, les fournisseurs ne sont pas autorisés à passer d'un support à l'autre ni à utiliser les deux supports à la fois pour soumettre tout ou partie de leur offre²⁵. Dans d'autres pays, les entités adjudicatrices sont autorisées à accepter la soumission d'offres par voie électronique mais ne semblent pas habilitées à imposer la soumission électronique²⁶, les fournisseurs se réservant apparemment le droit de choisir de soumettre leurs offres soit sur papier, soit par voie électronique ou sous une forme électronique stockée sur un support matériel²⁷. Enfin, certains pays obligent les entités adjudicatrices à accepter les offres et autres documents soumis électroniquement, à condition que ceux-ci soient authentifiés suivant les méthodes prescrites par la loi²⁸.

36. Il semblerait que cette dernière solution corresponde davantage à l'intention du Groupe de travail de traiter cette question de manière souple (A/CN.9/568, par. 33). Toutefois, ce dernier souhaitera peut-être aussi tenir compte du fait que certaines méthodes de passation (telles que les enchères électroniques inversées) s'appuient presque toujours exclusivement sur des moyens électroniques²⁹. De fait, une caractéristique essentielle de ces méthodes est l'obligation faite à tous les fournisseurs de soumettre leurs offres par voie électronique uniquement. En conséquence, une fois remplies les conditions d'utilisation d'une quelconque de ces méthodes particulières, l'entité adjudicatrice doit avoir le droit de refuser les offres soumises par d'autres moyens. Un autre aspect dont le Groupe de travail souhaitera peut-être également tenir compte est le fait que, même pour des méthodes de passation qui, par nature, n'exigent pas l'utilisation de communications

électroniques, l'entité adjudicatrice peut vouloir légitimement, dans un souci d'économie ou d'efficacité, tirer parti de dispositifs partiellement ou entièrement automatisés pour recevoir et traiter des offres, tels qu'un portail ou un site Web sur Internet conçu spécialement à cette fin. Dans certains pays, la loi encourage de fait l'utilisation de systèmes entièrement automatisés pour la réception et le traitement des offres auxquelles s'appliquent normalement les règles ordinaires en matière d'appel d'offres³⁰.

37. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail envisagera peut-être d'ajouter dans la Loi type une disposition, éventuellement sous la forme de nouveau paragraphe inséré dans l'actuel article 30, qui autoriserait les entités adjudicatrices à indiquer si elles acceptent la soumission d'offres qui ne seraient ni écrites, ni signées, ni placées dans une enveloppe scellée, en d'autres termes par voie électronique et, dans l'affirmative, si ces offres peuvent ou non être également soumises sur papier. Cette disposition pourrait indiquer en outre que les offres sur papier sont réputées acceptables sauf indication contraire dans l'invitation à soumissionner, auquel cas les fournisseurs devraient suivre les instructions données par une entité adjudicatrice. Le Groupe de travail pourrait également examiner si une entité adjudicatrice devrait être tenue de justifier sa décision de n'accepter que des offres électroniques. Des propositions de modifications à l'article 30, qui tiennent compte de certaines des considérations exposées ci-dessus, sont présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

E. Forme des autres communications échangées pendant le processus de passation

38. Le paragraphe 1 de l'article 9 de la Loi type dispose que, sous réserve de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs, les communications doivent être effectuées sous une forme "qui atteste leur teneur". Bien que ce paragraphe puisse être interprété comme autorisant l'entité adjudicatrice à imposer l'utilisation de communications électroniques, les délibérations du Groupe de travail au moment de l'élaboration de la Loi type montrent que l'intention initiale était tout autre³¹.

39. Le paragraphe 3 de ce même article dispose quant à lui que l'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils transmettent ou reçoivent les communications. À la sixième session du Groupe de travail, il a été souligné que, dans certaines situations, l'imposition de l'obligation d'utiliser des communications électroniques pouvait en fait s'avérer discriminatoire si les fournisseurs potentiels n'avaient pas raisonnablement accès aux moyens utilisés pour ce type de communications (A/CN.9/568, par. 34). Il a aussi généralement été convenu que la règle énoncée au paragraphe 3 de l'article 9 n'exigeait pas nécessairement que tous les fournisseurs utilisent les mêmes méthodes pour communiquer avec l'entité adjudicatrice (A/CN.9/568, par. 35).

40. Le Groupe de travail pourrait donc apparemment envisager d'énoncer à l'article 9 une règle générale qui autoriserait les entités adjudicatrices à communiquer par voie électronique avec les fournisseurs et les entrepreneurs mais

qui donnerait à ceux-ci le droit de choisir entre les communications électroniques et les communications papier, lorsque ce choix existe. Il souhaitera peut-être néanmoins examiner l'articulation entre, d'une part, cette disposition et, d'autre part, l'utilisation des méthodes de passation qui, de par leur nature, exigent une automatisation complète des tâches ou encore les cas dans lesquels l'entité adjudicatrice voudrait légitimement, par souci d'économie ou d'efficacité, n'utiliser que des dispositifs entièrement ou partiellement automatisés pour communiquer avec les fournisseurs et les entrepreneurs (voir plus haut, par. 36).

41. Outre les communications envoyées directement à tel ou tel fournisseur ou entrepreneur, le Groupe de travail pourrait examiner la forme des avis et autres communications que l'entité adjudicatrice sera peut-être tenue d'envoyer à tous les soumissionnaires, par exemple, un additif au dossier de sollicitation conformément à l'article 28-2 (des dispositions similaires figurent dans les articles 40-2, 48-5 et 49-2), une invitation à une réunion convoquée conformément aux articles 28-3 et 40-3 ou un avis de report de la date limite de soumission des offres conformément à l'article 30-4. Ces communications peuvent être envoyées à l'adresse électronique communiquée par les fournisseurs ou entrepreneurs. Selon la technologie utilisée par l'entité adjudicatrice, il peut cependant se révéler plus rapide de placer ces avis et documents sur une base de données ou un système d'information accessibles – tels qu'un site Web spécial – d'où les fournisseurs pourraient les télécharger (voir plus haut, par. 19). Certains pays admettent déjà cette possibilité³². Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est souhaitable d'insérer à l'article 9 de la Loi type une disposition indiquant que l'entité adjudicatrice peut s'acquitter de son obligation d'adresser certaines notifications aux fournisseurs et aux entrepreneurs en publiant ces notifications sur un système d'information électronique accessible au public d'où elles pourraient être téléchargées ou imprimées. Des propositions de modifications à l'article 9 sont présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

42. D'autres questions sur lesquelles pourrait se pencher le Groupe de travail sont la conduite des réunions avec les fournisseurs ou les entrepreneurs et la façon dont l'entité adjudicatrice traite les demandes d'éclaircissements concernant le dossier de sollicitation et y répond. L'article 28-1 et 2 de la Loi type porte sur les demandes d'éclaircissements, la manière dont l'entité adjudicatrice doit y répondre et les modifications apportées au dossier de sollicitation. Il fait obligation à l'entité adjudicatrice de communiquer les éclaircissements et modifications "à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation". Ces dispositions sont incorporées par renvoi au chapitre III de la Loi type dans les articles 46-1 et 47-3. Des dispositions similaires sont prévues dans les articles 40-1 et 2, 48-5 et 49-2. On constate qu'elles sont rédigées en termes techniquement neutres et qu'elles ne prescrivent aucune forme de communication particulière. En conséquence, le Groupe de travail pourrait considérer que la possibilité d'utiliser les communications électroniques aux fins des articles susmentionnés est déjà prise en compte dans les dispositions générales de l'article 9 tel que modifié relatif à la forme des communications.

43. La situation risque d'être plus complexe pour le paragraphe 3 des articles 28 et 40, consacré aux réunions avec les fournisseurs ou les entrepreneurs, dans la mesure où le terme "réunion" sous-entend généralement la présence physique des personnes en un même lieu et à une même date. Certains pays ont adopté des

dispositions qui dispensent les entités adjudicatrices de l'obligation d'organiser une vraie réunion, à condition que les entités et les fournisseurs puissent établir d'autres formes de communication simultanée, par exemple en utilisant la téléconférence³³. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'insérer une disposition qui permettrait aux entités adjudicatrices d'utiliser des communications électroniques en lieu et place de réunions en face à face avec les fournisseurs et les entrepreneurs. Des propositions de modifications aux articles 28 et 40 tenant compte des aspects exposés ci-dessus sont présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

F. Valeur juridique des documents électroniques utilisés dans la procédure de passation ou issus de la procédure

44. Outre qu'ils souhaiteront régler les questions juridiques exposées aux paragraphes 8 à 43 ci-dessus, les États adoptants voudront peut-être s'assurer que les marchés conclus électroniquement dans leur système interne sont pleinement exécutoires et que les communications et documents électroniques échangés pendant le processus de passation ne seront pas dénués de valeur juridique, notamment de valeur probante, dans un recours administratif ou une procédure judiciaire.

45. Comme on le verra ci-après, certains de ces problèmes pourront être résolus au moyen de dispositions spécifiques dans le droit des marchés publics. D'autres en revanche exigeront un traitement approprié dans d'autres textes de loi.

1. Marchés et signatures électroniques

46. Les articles 27 y) et 38 u) de la Loi type font référence à un marché "écrit". L'article 36-2 a) et b) dispose que le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit "signer un marché écrit" conforme à cette offre, auquel cas le marché doit être signé dans un délai raisonnable après que l'avis d'acceptation de l'offre a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur.

47. Dans la pratique interne, certains pays autorisent l'envoi électronique de l'avis d'acceptation d'une offre³⁴. En principe, une entité adjudicatrice dans un pays dont la loi ne s'oppose pas à la reconnaissance juridique des contrats négociés par voie électronique devrait pouvoir accepter les marchés conclus électroniquement. Les pays peuvent cependant souhaiter prescrire la façon dont les parties signeront ou authentifieront d'une autre manière un marché passé électroniquement³⁵.

48. Il semble que deux possibilités s'offrent essentiellement au Groupe de travail:

a) La Loi type pourrait expressément autoriser la conclusion d'un marché par voie électronique et, dans ce cas, mentionner également la possibilité pour l'État adoptant de prescrire les procédures de signature ou d'authentification d'un marché conclu par ce moyen; ou

b) Le soin pourrait être laissé aux États adoptants de régler la question dans d'autres textes législatifs, auquel cas le Guide pour l'incorporation pourrait exposer brièvement les aspects à prendre en considération.

49. Aux termes de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, "lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un

message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement". L'article 11 de la Loi type dispose en outre que "lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé". En ce qui concerne l'exigence de signature, l'article 7 de cette même loi prévoit que lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données: "a) si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et b) si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière". L'article 6-3 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques³⁶ donne davantage de précisions sur cette exigence de fiabilité en indiquant qu'une signature électronique est considérée comme fiable si:

"a) Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) Les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire;

c) Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable; et

d) Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable."

50. Une solution apparemment simple au problème des signatures électroniques serait d'incorporer, dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, des dispositions analogues à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ou à l'article 6-3 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Toutefois, comme cela a été indiqué précédemment, ces autres textes ont un caractère et un objet différents de ceux de la Loi type sur la passation des marchés et les solutions qu'ils proposent ne sont peut-être pas directement transposables dans le contexte de cette dernière (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 7 à 13). De plus, les méthodes d'authentification susceptibles d'être acceptées par une entité adjudicatrice peuvent être limitées pour diverses raisons, notamment pour des motifs de fiabilité et de disponibilité de la technologie utilisée. Enfin, les problèmes d'interopérabilité des systèmes d'information, tant entre organismes publics d'un même État qu'au sein d'une région déterminée, tendent à montrer que les États adoptants devraient avoir toute latitude pour déterminer les méthodes d'authentification qu'ils pourraient accepter dans le processus de passation des marchés³⁷.

51. Une autre question que le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner est celle de l'entrée en vigueur d'un marché. L'article 36-4 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés prévoit que celui-ci entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation de l'offre "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". L'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, relatif au moment et au lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données, prévoit que l'expédition d'un tel message intervient "lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur" ou de la personne ayant envoyé le message de données au nom de l'expéditeur. Il n'exige pas expressément que le message de données soit "dûment adressé". Cette exigence est toutefois implicite.

52. On constate donc que l'article 36-4 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés est rédigé en termes technologiquement neutres et pourrait, sous sa forme actuelle, s'appliquer de manière satisfaisante aux transmissions électroniques des avis d'acceptation, compte tenu en particulier de la règle générale que le Groupe de travail pourrait énoncer selon laquelle un système d'échange de communications électroniques dans le processus de passation des marchés devrait dûment permettre de déterminer la date et l'heure de l'expédition et de la réception des communications, documents et offres (voir plus haut, par. 27).

53. Un projet de disposition générale à insérer à l'article 36, s'inspirant de l'option a) proposée au paragraphe 48 ci-dessus, est présenté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

2. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

54. L'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés fait obligation à l'entité adjudicatrice de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché dans lequel doivent figurer, au moins, les éléments d'information énumérés et indiquer dans quelle mesure ces éléments sont accessibles aux personnes intéressées. La Loi type ne prescrit pas la forme de ce procès-verbal et ne semble pas empêcher une entité adjudicatrice de dresser un procès-verbal électronique.

55. L'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose que, lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, à condition: a) que l'information que contient le message de données soit accessible pour être consultée ultérieurement; b) que le message de données soit conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues; et c) que les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception soient conservées si elles existent.

56. Dans la mesure où il énonce uniquement des critères généraux, sans préciser les moyens pouvant être utilisés pour y satisfaire, l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pourrait, semble-t-il, constituer une base utile pour permettre l'établissement de procès-verbaux électroniques de la procédure de passation, si le Groupe de travail juge souhaitable d'insérer une disposition sur la question dans la Loi type sur la passation des marchés.

57. Si tel est le cas, le Groupe de travail jugera peut-être aussi utile de prévoir que les règlements devant être adoptés en application de l'article 4 de la Loi type

pourraient établir des procédures pour l'établissement et la consultation des procès-verbaux électroniques, en particulier des mesures pour assurer l'intégrité, l'accessibilité et, lorsque cela est nécessaire, la confidentialité des informations. Il sera peut-être nécessaire de fournir des éclaircissements sur ce point, compte tenu du lien entre l'"intégrité" des informations électroniques et les moyens utilisés pour "authentifier" ces informations (par exemple les signatures électroniques) et de la relation étroite entre la conservation de procès-verbaux de procédures de passation et la politique générale de l'État adoptant en matière de conservation des dossiers des organismes publics. Il faudra, à cet égard, éventuellement examiner des questions complexes telles que l'interopérabilité des systèmes de conservation, la durée de conservation (compte tenu également de l'évolution des technologies), la protection de la vie privée et la sécurité des enregistrements électroniques³⁸.

58. Des projets de modifications à l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés sont présentés dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

Notes

- ¹ Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I (également publié dans: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Annuaire* (ci-après "*Annuaire de la CNUDCI*"), vol. XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I). La Loi type est également disponible sous forme électronique à l'adresse: <http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf>.
- ² Voir Eduardo Talero, *Electronic Government Procurement: Concepts and Country Experiences*, World Bank Discussion Paper (septembre 2001), par. 30 à 40 (disponible à l'adresse [http://wbln0018.worldbank.org/OCS/egovforum.nsf/c3c9b2819079a45d852569bc007722a0/e5596442988cccf85256af5006af56a/\\$FILE/ATTUQ5LL/egpdiscpaperdraft16.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/OCS/egovforum.nsf/c3c9b2819079a45d852569bc007722a0/e5596442988cccf85256af5006af56a/$FILE/ATTUQ5LL/egpdiscpaperdraft16.pdf)). Voir également Elaine Curran, Andrea Bernert, Anke Wiegand, *Electronic Procurement in the Public Sector: Factsheet on Latest Developments in E-procurement in the EU and its Member States* (disponible à l'adresse http://www.eic.ie/downloads/e_procurement.pdf). Les résultats de cette étude sont confirmés par des exemples de la pratique actuelle dans divers pays d'Europe (voir <http://europa.eu.int/ida/en/chapter/197>).
- ³ Talero, *ibid.*, par. 31.
- ⁴ Talero, *ibid.*
- ⁵ Talero, *ibid.*, par. 33.
- ⁶ Talero, *ibid.*, par. 106.
- ⁷ Talero, *ibid.*, par. 35.
- ⁸ Argentine (<http://onc.mecon.gov.ar>),
Australie occidentale (<https://www.tenders.gov.au/federal/index.shtml>),
Brésil (<http://www.comprasnet.gov.br/>),
Canada (http://www.merx.com/Services/AboutMERX/French/MK_SiteMap.asp?FLASH=Yes),
Chili (http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html),
États-Unis (<http://www.fedbizopps.gov/>),
France (<http://djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics/>),
Mexique (<http://web.compranet.gob.mx/>),
Philippines (<http://www.procurementservice.net/Default.asp>),
Royaume-Uni (<http://www.supplyinggovernment.gov.uk/opportunities.asp>),

Singapour (<http://www.gebiz.gov.sg/>),

Union européenne (<http://ted.publications.eu.int/official/Exec?Template=TED/home&DataFlow=XMLRead.dfl&Path=staticDefault.xml&Lang=FR>).

- ⁹ Les lois internes sur les publications électroniques dans la procédure de passation des marchés prévoient souvent une telle exigence. En France, par exemple, les invitations à soumettre une offre peuvent être publiées sur un “réseau informatique” à partir duquel “les personnes intéressées” devraient pouvoir télécharger l’invitation et les documents connexes (voir Décret n° 2002-692 du 30 avril 2002, article 2, *Journal officiel*, n° 103, 3 mai 2002, p. 8064). Une exigence similaire existe en Autriche, où le paragraphe 3-1 du règlement intitulé *Verordnung der Bundesregierung betreffend die Erstellung und Übermittlung von elektronischen Angeboten in Vergabeverfahren (E-Procurement-Verordnung)* (règlement sur les offres électroniques dans la passation des marchés) impose à l’entité adjudicatrice l’obligation de choisir le moyen de communication pour la transmission des offres électroniques ainsi que l’adresse électronique à laquelle celles-ci doivent être transmises “de manière non discriminatoire” (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 28 avril 2004, partie II). En Suède, le chapitre 6, paragraphe 2a, de la loi sur les marchés publics (SFS 1992:1528) dispose que, pour les “procédures simplifiées”, les entités adjudicatrices peuvent publier les invitations à soumettre une offre dans une “base de données électronique accessible au public ou sous une autre forme pouvant assurer une concurrence effective” (une traduction anglaise non officielle de cette loi se trouve à l’adresse <http://www.nou.se/loueng.html>). Aux États-Unis, les entités adjudicatrices doivent faire en sorte que “tout avis indiquant leurs exigences ou invitant les fournisseurs à soumettre une offre pour des marchés éventuels soit publié sous une forme qui permette aux utilisateurs d’y accéder de façon commode et universelle, par un point d’entrée unique pour l’ensemble de l’administration fédérale (United States Code Service, titre 41, chapitre 7, article 426(c)(4) (41 U.S.C.S., § 426 2004)).
- ¹⁰ “L’autorisation de publier les avis de possibilités de marchés par voie électronique [...] en lieu et place de la publication papier actuellement requise [...] est essentielle pour permettre aux administrations de tirer parti des gains d’efficacité découlant des processus électroniques qui justifient leurs investissements dans ces processus (États-Unis, Interim Rule du 16 mai 2001, *Federal Register*, vol. 66, No. 95 (66 FR 27407)). Au Chili, l’article 24 du décret intitulé *Reglamento de Ley n° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Decreto n° 250, 9 mars 2004)* (règlement d’application de la loi n° 19.886 relative aux règles générales sur les contrats administratifs d’approvisionnement et de fourniture de services) exige déjà que toutes les entités adjudicatrices publient les invitations à participer aux procédures de passation des marchés en utilisant le système d’appel d’offres électronique. L’article 62 de ce décret n’autorise le recours au support papier pour la procédure d’appel d’offres que dans des circonstances exceptionnelles (texte accessible à l’adresse http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html). (Le décret définit le “système d’information” comme “un système d’information pour les achats et la passation des contrats des administrations par voie électronique [...] composé de logiciels, de matériel informatique et d’une infrastructure électronique, de communications et de support permettant de réaliser les procédures d’achat”).
- ¹¹ Espagne, Real Decreto 1098/2001 (*Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*) (règlement général d’application de la loi sur les contrats des administrations publiques, du 12 octobre 2001, art. 80-4, (*Boletín oficial del Estado*, n° 257, 26 octobre 2001, p. 39252, disponible à l’adresse <http://www.boe.es/boe/dias/2001-10-26/pdfs/A39252-39371.pdf>).
- ¹² En France, par exemple, l’article 2 du Décret n° 2002-692 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics dispose que “les personnes intéressées doivent pouvoir consulter et archiver sur leur ordinateur le règlement de la consultation”. Il prévoit en outre que “les personnes intéressées, dans le cadre d’un appel d’offres ouvert, et les candidats invités à présenter une offre, dans le cadre d’une mise en concurrence simplifiée, d’un appel d’offres restreint ou d’une procédure négociée, doivent pouvoir également consulter et archiver

sur leur ordinateur le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires”, à condition d’indiquer à l’entité adjudicatrice “le nom de l’organisme, le nom de la personne physique téléchargeant les documents et une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d’une procédure d’accusé de réception” (voir plus haut, note 9). Une disposition similaire – quoique moins détaillée – existe en Lituanie, où l’article 22-1 de la loi n° IX-1217 du 3 décembre 2002 sur les marchés publics dispose qu’une entité adjudicatrice peut communiquer au fournisseur les documents relatifs au marché “à sa demande”, “avec l’invitation à soumettre une offre” ou encore “via Internet ou par d’autres moyens électroniques” (la traduction anglaise de la loi est disponible au secrétariat). Au Mexique, l’article 31 de la loi intitulée *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* (loi sur les achats, locations et services du secteur public) prévoit que le dossier de sollicitation peut être mis à la disposition des personnes intéressées à l’adresse indiquée par l’entité adjudicatrice mais également par les moyens de diffusion électronique mis en place par l’administration (texte disponible à l’adresse <http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/doctos/adquisiciones/leyadq.doc>).

- ¹³ Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17)*, annexe I (également publié dans l’Annuaire de la CNUDCI, vol. XXVII: 1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l’incorporation dans le droit interne ont été publiés sous la forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI à l’adresse <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm-f.htm>.
- ¹⁴ L’article 6-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose ce qui suit: “Lorsque la loi exige qu’une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l’information qu’il contient est accessible pour être consultée ultérieurement.”
- ¹⁵ Guide pour l’incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, observations concernant l’article 30, par. 3. Pour le texte du Guide, voir document A/CN.9/403, reproduit dans l’Annuaire de la CNUDCI, volume XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe II.
- ¹⁶ Par exemple, l’annexe XXIV de la Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des services postaux (*Journal officiel de l’Union européenne*, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 1) prévoit que les dispositifs de réception électronique des offres, propositions ou prix doivent au moins garantir, par les moyens techniques et procédures appropriés, que: a) les signatures électroniques relatives aux offres, aux demandes de participation et aux envois de plans et projets sont conformes aux dispositions nationales adoptées en application de la Directive 1999/93/CE [*N.B.: cette directive a établi un cadre communautaire pour les signatures électroniques*]; b) l’heure et la date exactes de la réception des offres, des demandes de participation et de la soumission des plans et projets peuvent être déterminées avec précision; c) il peut être raisonnablement assuré que personne ne peut avoir accès aux données transmises en vertu de ces exigences avant les dates limites spécifiées; d) en cas de violation de cette interdiction d’accès, il peut être raisonnablement assuré que la violation est clairement détectable; e) seules les personnes autorisées peuvent fixer ou modifier les dates de l’ouverture des données soumises; f) lors des différents stades de la procédure d’attribution de marché, seule l’action simultanée des personnes autorisées permet l’accès à la totalité, ou à une partie, des données soumises; g) l’action simultanée des personnes autorisées ne donne accès aux données transmises qu’après la date spécifiée; h) les données reçues ou ouvertes en application de ces exigences ne demeurent accessibles qu’aux personnes autorisées à en prendre connaissance.
- ¹⁷ Par exemple, la réglementation autrichienne impose pour la soumission d’offres électroniques un certain nombre de règles, notamment l’obligation d’utiliser “la ou les méthodes de cryptage et de décryptage” spécifiées par l’entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation, lesquelles

doivent “être conformes aux normes de cryptage fort les plus récentes”. L’entité adjudicatrice doit également faire en sorte que “les offres ne puissent être décryptées avant l’expiration du délai de soumission”. En outre, la date de réception des offres est “attestée par horodatage et immédiatement confirmée aux offrants”. Enfin, les offres soumises par voie électronique doivent être sauvegardées de sorte que leur authenticité, intégrité et confidentialité soient garanties; qu’elles ne puissent être consultées sans autorisation avant leur ouverture; et que toute tentative de consultation avant l’ouverture puisse être détectée (règlement sur les offres électroniques dans la passation des marchés (voir plus haut, note 9), par. 4 à 7). En France, l’entité adjudicatrice “assure la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire”. Elle “prend les mesures propres à garantir la sécurité des informations portant sur les candidatures et les offres” et “s’assure que ces informations demeurent confidentielles”. À cet effet, elle peut “demander aux candidats d’assortir leurs fichiers d’un système de sécurité tel que les candidatures et les offres ne puissent être ouvertes qu’avec leurs concours” (*Décret n° 2002-692* du 30 avril 2002 (voir plus haut, note 9), art. 7 et 8).

¹⁸ En Suède, une entité adjudicatrice peut autoriser la soumission d’une offre “par transmission électronique ou de toute autre manière à condition que le contenu de l’offre ne puisse être divulgué avant son ouverture telle que prévue à l’article 7” (Loi sur les marchés publics (voir plus haut, note 9), chap. 6, par. 5 et dispositions similaires du chapitre premier, par. 19). La réglementation allemande sur les marchés (*Verdingungsordnung für Leistungen*) ne contient pas de liste distincte des normes de sécurité exigées pour les offres électroniques. En revanche, les modifications apportées à plusieurs de ses dispositions pour autoriser les offres électroniques reprennent expressément la plupart des principes énoncés dans les directives européennes sinon tous. Ainsi, lorsque l’offre est reçue électroniquement, l’entité adjudicatrice doit veiller à ce que le “contenu de l’offre ne soit accessible qu’après expiration du délai de soumission” (par. 18). Les offres électroniques doivent être “marquées en conséquence et scellées” (“*unter Verschluss*”) (par. 22) (*Bundesanzeiger*, 20 novembre 2002, n° 216 a)). Le décret allemand sur l’attribution des marchés publics (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge*) prévoit, dans son paragraphe 15, que les entités adjudicatrices doivent assurer la confidentialité des offres électroniques, lesquelles doivent être assorties d’une signature électronique qualifiée conformément à la loi allemande sur les signatures électroniques (*Signaturgesetz*) et rester cryptées jusqu’à expiration du délai de soumission des offres (*Bundesgesetzblatt*, I 2001, p. 110). En Lituanie (voir plus haut, note 12, art. 23-7), les offres peuvent être soumises électroniquement à condition que “les moyens électroniques utilisés garantissent que l’entité adjudicatrice ou les autres fournisseurs n’accéderont au contenu des offres qu’après expiration du délai fixé pour leur réception”, que l’offre “contienne toutes les informations requises dans les documents relatifs au marché” et qu’“après soumission de l’offre par voie électronique, le fournisseur confirme immédiatement l’offre par un moyen autre qu’électronique ou envoie à l’entité adjudicatrice, par un moyen autre qu’électronique, une copie certifiée conforme de l’offre”. Au Mexique, une disposition similaire est prévue à l’article 27 de la loi sur les achats, locations et services du secteur public. Celui-ci prévoit en effet que les offres soumises électroniquement doivent reposer sur une technologie assurant la confidentialité et l’invulnérabilité des informations et qu’un organe public doit fournir des services de certification des moyens d’identification électronique utilisés par les fournisseurs et les entrepreneurs (voir plus haut, note 12).

¹⁹ Par exemple, dans l’Union européenne, l’Allemagne (voir note 18), l’Autriche (voir note 9), l’Espagne (voir note 11) et la France (voir note 9). Aux États-Unis, l’article 4.502 du règlement intitulé *Federal Acquisition Regulations* (règlement fédéral sur les achats) fait obligation aux responsables des entités adjudicatrices de s’assurer, avant de recourir au commerce électronique, “que les systèmes de ces entités sont en mesure de garantir un niveau d’authentification et de confidentialité proportionnel au risque et à la gravité du préjudice découlant de la perte, de l’utilisation abusive, de la consultation non autorisée ou de la modification des informations” (texte disponible à l’adresse <http://www.arnet.gov/far/loadmainre.html>). Aux Philippines, le système de marchés publics dématérialisés (G-EPS) est soumis à un certain nombre de règles générales énoncées à l’article 8.1.2 du règlement intitulé

Implementing Rules and Regulations of Republic Act N° 9184 (règlement d'application de la loi de la République n° 9184) (disponible à l'adresse [http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184 \(July%2011,%202003\).pdf](http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184%20(July%2011,%202003).pdf)). Cet article prévoit notamment que le Comité d'attribution des marchés (Bid Awards Committee) "contrôle entièrement la procédure d'appel d'offres" et est "seul habilité à ouvrir les offres", que les systèmes doivent être "résistants aux virus et offrir une sécurité suffisante" à l'aide par exemple "de pare-feu et de dispositifs de cryptage", qu'ils doivent permettre l'utilisation de signatures électroniques et "d'autres dispositifs actuels d'authentification électronique" et comporter "suffisamment de systèmes de sauvegarde redondante".

²⁰ Par exemple, aux Philippines, l'article 9 du règlement d'application de la loi de la République n° 9184 (voir ci-dessus, note 19), qui dispose ce qui suit:

9.1.1 *Sécurité* – Le système de marchés publics dématérialisés est protégé contre tout accès non autorisé ou toute intrusion par des dispositifs de sécurité par exemple, mais non exclusivement par des pare-feu. Des tests seront réalisés régulièrement pour garantir l'inviolabilité du système.

9.1.2 *Intégrité* – Le système de marchés publics dématérialisés est conçu de manière à ce que personne, pas même l'administrateur du système ni le président et les membres du [Comité d'attribution des marchés], ne puisse modifier le contenu des offres soumises par l'intermédiaire du système ni lire ces offres avant l'expiration du délai spécifié pour leur décryptage ou leur ouverture. À cette fin, les offres soumises par l'intermédiaire du système seront scellées à l'aide de clés électroniques. L'authenticité des messages et documents transmis par l'intermédiaire du système sera également garantie par l'utilisation de signatures électroniques.

9.1.3 *Confidentialité* – Le système de marchés publics dématérialisés garantit la protection des informations communiquées par ses utilisateurs. À cette fin, aucun message ou document électronique envoyé par l'intermédiaire du système n'est divulgué aux tiers à moins qu'il n'ait été envoyé après que l'expéditeur a été informé de sa divulgation au public. Le système protège les droits de propriété intellectuelle attachés aux documents, y compris aux dessins techniques, envoyés en réponse à une invitation à présenter une demande de présélection ou à soumettre une offre.

9.1.4 *Journal d'audit* – Le système de marchés publics dématérialisés comporte une fonction de création d'un journal d'audit pour les opérations en ligne qui permet à la Commission d'audit (Commission on Audit) de vérifier la sécurité et l'intégrité du système à tout moment.

9.1.5 *Suivi de l'exécution* – L'exécution des contrats par les fabricants, fournisseurs, distributeurs, entrepreneurs et consultants sera suivie aux fins de vérification du respect des calendriers de livraison et d'autres indicateurs de résultats. De même, l'exécution des contrats par les entités adjudicatrices sera suivie aux fins de vérification du règlement de leurs obligations envers les fabricants, fournisseurs, distributeurs, entrepreneurs et consultants."

²¹ Au Chili, par exemple, l'article 33 du décret n° 250 du 9 mars 2004 (voir plus haut, note 10) dispose que les offres sont ouvertes au moyen d'un "système d'information", qui "libère automatiquement les offres à la date et à l'heure prévues dans le dossier de sollicitation". Il dispose en outre que "le système d'information doit permettre d'établir avec certitude la date et l'heure d'ouverture et laisser les soumissionnaires avoir au moins connaissance des éléments ci-après concernant les autres offres: a) identité du soumissionnaire; b) description sommaire du bien ou du service proposé; c) prix unitaire et total de l'offre; d) identification, le cas échéant, de la garantie de soumission".

²² Guide pour l'incorporation dans le droit interne, observations concernant l'article 30, par. 3.

- ²³ En Allemagne, par exemple, le paragraphe 15 du décret sur l'attribution des marchés publics (voir plus haut, note 18) dispose que les entités adjudicatrices "peuvent autoriser la soumission des offres sous des formes autres que la forme écrite par voie postale ou en personne".
- ²⁴ En Autriche, le paragraphe 68-1 de la loi intitulée *Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen* (loi fédérale relative à la passation des marchés publics) (Bundesvergabegesetz 2002 – BvergG) prévoit que les offres peuvent être soumises électroniquement "dans la mesure où l'entité adjudicatrice dispose des moyens techniques et autres". L'entité adjudicatrice doit indiquer, au plus tard dans l'invitation à soumettre une offre, si les offres électroniques sont admises et, dans l'affirmative, quels sont "les méthodes de cryptage et de décryptage ainsi que les formats de documents et de communications autorisés". Si l'entité adjudicatrice "n'a donné aucune indication sur la possibilité d'envoyer les offres par voie électronique, ce mode de communication n'est pas autorisé". Le paragraphe 68-2 prévoit en outre que, si la soumission des offres par voie électronique est admise, "l'invitation à soumettre une offre doit indiquer si celle-ci peut être communiquée uniquement par voie électronique ou si elle peut l'être soit par voie électronique soit sur papier". À défaut d'indication sur ce point de la part de l'entité adjudicatrice, les offres peuvent être soumises soit par voie électronique soit sur papier (Bundesgesetzblatt Nr. 99/2002).
- ²⁵ En Autriche, le paragraphe 68-3 de la loi fédérale relative à la passation des marchés publics dispose que "si l'envoi des offres par voie électronique est permis, les soumissionnaires qui ont communiqué une offre électronique ne sont pas autorisés à présenter en même temps tout ou partie d'une offre sur papier. La présente disposition ne s'applique pas à certaines parties d'offres comme [des pièces justificatives exigées par la loi] dans la mesure où celles-ci ne sont pas disponibles sous forme électronique" (voir ci-dessus, note 24).
- ²⁶ En France, aux termes de l'article 3 du Décret n° 2002-692, l'entité adjudicatrice "peut accepter la transmission des candidatures et des offres par voie électronique" et cette décision ainsi que les "modalités de la transmission sont mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, dans le cas des marchés négociés sans publicité préalable, dans la lettre de consultation". (voir plus haut, note 9).
- ²⁷ C'est le cas, par exemple, en France, où l'article 5 du Décret n° 2002-692 dispose que les fournisseurs "doivent choisir entre, d'une part, la transmission électronique de leurs candidatures et de leurs offres et, d'autre part, leur envoi sur un support papier ou, le cas échéant, sur un support physique électronique" (voir plus haut, note 9).
- ²⁸ C'est le cas, par exemple, en Argentine (voir Decreto 1023/2001 con las modificaciones introducidas por los Decretos Nros 666/2003 y 204/2004 y por la Ley 25.563. Régimen General. Contrataciones Públicas Electrónicas. Contrataciones de Bienes y Servicios. Obras Públicas. Disposiciones Finales y Transitorias (décret 1023/2001 tel que modifié par les décrets n° 666/2003 et 204/2004 et par la loi 25.563. Régime général. Marchés publics électroniques. Marchés de biens et de services. Travaux publics. Clauses finales et transitoires (disponible à l'adresse http://onc.mecon.gov.ar/paginas/iniciodownloads/DecretoDelegado_1023_2001.doc), art. 21.
- ²⁹ Seuls quelques pays admettent les enchères en dehors des procédures dématérialisées de marchés publics. L'un d'eux est le Brésil, qui a réglementé cette question dans sa loi n° 10.520 du 17 juillet 2002 (disponible à l'adresse https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm).
- ³⁰ Aux Philippines, le règlement d'application de la loi de la République n° 9184 (voir plus haut, note 19), par exemple, exige de toutes les entités adjudicatrices non seulement qu'elles "affichent l'ensemble des possibilités de marchés, des résultats des appels d'offres et des informations complémentaires" sur le système de marchés publics dématérialisés (art. 8.2.1) mais également qu'elles "utilisent pleinement ce système" (art. 8.3.1). Le règlement prévoit en outre que le système "peut être utilisé pour l'accomplissement des différentes formalités liées à la soumission d'offres électroniques, en particulier l'élaboration de formulaires de soumission électroniques, la création d'une boîte de réception des offres, la transmission et la réception des offres, l'envoi au fournisseur d'un accusé de réception et l'évaluation électronique des offres, et

ce pour tous les types de marchés de biens, de projets d'infrastructure et de services de conseil" (art. 8.2.4.3).

- ³¹ Voir, par exemple, les vues exprimées par l'Australie et le Canada sur l'article 9 du projet de Loi type, dans le document A/CN.9/376 et Add.1 et 2 (reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIV: 1993 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16), deuxième partie, I, D (disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/french/yearbooks/yb-1993-f/yb-1993-index-f.htm>); voir aussi A/CN.9/371 (publié dans le même volume de l'*Annuaire de la CNUDCI*, deuxième partie, I, A), par. 82 à 90.
- ³² Aux Philippines, par exemple, l'article 8.4 du règlement d'application de la loi de la République n° 9184 (voir plus haut, note 19), dispose ce qui suit:
- "8.4.2 Les demandes d'éclaircissements émanant des soumissionnaires peuvent être envoyées électroniquement [...]. Pour lier les soumissionnaires, les éclaircissements et changements apportés à l'invitation à présenter une demande de présélection ou une offre ainsi qu'au dossier d'appel d'offres seront publiés dans un bulletin complémentaire/bulletin d'appel d'offres placé sur le tableau d'affichage du système de marchés publics dématérialisés.
- 8.4.3 Les bulletins mentionnés ci-dessus ainsi que tous les autres avis devant être envoyés [...] aux soumissionnaires actuels ou potentiels seront placés sur le tableau d'affichage du système de marchés publics dématérialisés et envoyés à l'adresse électronique indiquée dans le dossier d'inscription du soumissionnaire."
- ³³ Aux Philippines, par exemple, l'article 8.4 du règlement d'application de la loi de la République n° 9184 (voir plus haut, note 19) prévoit ce qui suit:
- "8.4.1 Des réunions préalables à la soumission des offres sont organisées conformément à l'article 22 du présent règlement, à condition toutefois que l'obligation de mettre en présence les participants puisse être remplacée une fois que la visioconférence ou des technologies similaires deviendront la norme dans les opérations commerciales du pays. Les entités adjudicatrices dotées de moyens de visioconférence dont disposent également les fabricants, les fournisseurs, les distributeurs, les entrepreneurs et/ou les consultants peuvent conduire ces réunions électroniquement."
- ³⁴ United States Code Service, titre 41, article 253 b c) (41 U.S.C.S. § 253b (2004)): "L'attribution d'un marché est notifiée, par écrit ou par voie électronique, au soumissionnaire retenu. Dans un délai de trois jours après la date d'attribution du marché, l'organe exécutif notifie, par écrit ou par voie électronique, à chaque soumissionnaire non retenu que le marché a été attribué."
- ³⁵ En Autriche, le paragraphe 100-1 de la loi fédérale relative à la passation des marchés publics (voir plus haut, note 24) prévoit que l'attribution d'un marché peut être notifiée électroniquement aux fournisseurs et aux entrepreneurs. Le paragraphe 102-1 et 2 de cette même loi prévoit quant à lui que le marché est conclu au moyen d'un échange de documents papier sous la forme de lettre de commande, bon de commande ou contrat. Le paragraphe 102-3 autorise simplement le Gouvernement fédéral à adopter des règlements sur la "conclusion des marchés" ("Vertragsabschluss") par voie électronique, y compris des règlements pour garantir la confidentialité, l'authenticité et l'intégrité des données transmises par voie électronique au moyen de signatures électroniques sécurisées. Des règles relatives à l'authenticité et à l'intégrité des offres électroniques sont prévues dans le règlement adopté récemment par ce pays (règlement sur les offres électroniques dans la passation des marchés, voir plus haut, note 9). Bien que celui-ci ne fasse pas expressément référence à la conclusion des marchés, les mêmes règles devraient en principe s'appliquer.
- ³⁶ Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17)*, annexe II. La Loi type et le Guide pour son incorporation dans le droit interne ont été publiés sous la forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-elecsign.pdf>).

³⁷ Voir Christine Kirchberger et Jon Ramón y Olano, *Issues of Security and Interoperability in Electronic Public Procurement* (ouvrage disponible au secrétariat).

³⁸ Pour une étude de diverses questions relatives aux enregistrements électroniques, voir John T. Ramsay, *IT Governance, SOX and Other Acronyms*, juin 2004 (disponible à l'adresse <http://www.gowlings.com/resources/publications.asp?pubid=1005>).
