



Assemblée générale

Distr.: Limitée
15 février 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Neuvième session
New York, 24-28 avril 2006

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

Note du secrétariat

Additif

Table des matières

[Les Chapitres I à III sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.42]

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IV. Modifications pouvant être apportées aux textes présentés à la huitième session du Groupe de travail	1-10	3
A. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents.	1	3
1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 <i>bis</i>	1	3
B. Texte du Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation.	2	3
2. Remarques liminaires générales formulées dans le Guide pour l'incorporation	2	3
C. Critères d'accessibilité	3	8
3. Proposition de nouveau texte, pour insertion dans la Loi type: nouvel article 4 <i>ter</i>	3	8



D.	Forme des communications.	4-5	9
4.	Modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 9 de la Loi type	4	9
5.	Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 9 de la Loi type	5	10
E.	Valeur juridique des marchés conclus électroniquement	6	12
6.	Modifications qu'il est proposé d'apporter au Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 de la Loi type.	6	12
F.	Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché.	7	14
7.	Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 11 de la Loi type	7	14
G.	Soumission électronique des offres, des propositions et des prix	8	15
8.	Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 30 de la Loi type.	8	15
H.	Ouverture électronique des offres.	9	15
9.	Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 33 de la Loi type.	9	15
I.	Publication électronique des informations relatives à la passation des marchés	10	15
10.	Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 5 de la Loi type	10	15

IV. Modifications pouvant être apportées aux textes présentés à la huitième session du Groupe de travail

Le texte ci-après fait apparaître les modifications pouvant être apportées, par rapport aux textes présentés à la huitième session, aux projets de texte soumis au Groupe de travail à sa neuvième session.

A. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 bis

“Article 4 bis: Équivalence fonctionnelle entre [tous les moyens][toutes les méthodes] de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

Toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme englobant incorporant [tout moyen utilisé à cet effet, y compris] les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie] à condition que le moyen choisi satisfasse [aux dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 ter].” L'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation:

a) ~~—[ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];~~

b) ~~—favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et~~

e) ~~—n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence] [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation satisfait aux critères d'accessibilité énoncés à [l'article **]. [La liste figurant dans la variante A serait insérée dans le Guide pour l'incorporation.] (A/CN.9/568, par. 13).~~

B. Texte sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés pouvant figurer dans le Guide pour l'incorporation

2. Remarques liminaires générales dans le Guide pour l'incorporation

“(i) ~~Présentation des d-~~Dispositions introduisant régissant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation

1) La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (version de 1994) a été adoptée à une époque où l'utilisation de l'informatique et des communications électroniques était envisagée mais pas encore très répandue. Bien que certaines de

ses dispositions rendent possible l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation, la Loi type ne s'attache pas en priorité aux problèmes juridiques posés par l'utilisation de ces technologies et plusieurs de ses dispositions laissent supposer que les communications, l'établissement des procès-verbaux et la production de preuves s'inscrivent en grande partie dans un environnement papier, comme en témoignent les références aux "pièces" et à d'autres concepts analogues, dans les articles 6-2, 7-3 a) iii), 10, 27 c), 36 et 38 f), ainsi que les règles sur la préparation, la modification, le retrait, la soumission et l'ouverture des offres et la conclusion des marchés.

2) Depuis l'adoption de la Loi type en 1994, l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans les marchés publics (comprenant l'utilisation de matériel électronique pour le traitement, la compression et la conservation numériques des données transmises, acheminées et reçues par câble, radio, moyens optiques ou d'autres moyens électromagnétiques) s'est développée rapidement, notamment pour ce qui est du recours à l'Internet dans les procédures de passation des marchés, que le présent Guide désignera sous le terme générique de "procédures dématérialisées", ~~s'est développée rapidement~~. Il est apparu que les procédures dématérialisées offrent de nombreux avantages potentiels, notamment un meilleur rapport qualité-prix du fait d'une concurrence renforcée sur un marché des achats élargi, une meilleure information des fournisseurs et des entrepreneurs et des techniques plus compétitives, des économies de temps et d'argent, une meilleure administration des marchés attribués et, dans certains cas, une meilleure application des règles et des politiques et une réduction des risques de corruption et d'abus. Les procédures dématérialisées offrent en outre une excellente occasion de renforcer la confiance du public et la transparence du processus. La ~~CNUDCI~~ Commission a donc considéré que la Loi type devrait prévoir des dispositions de manière à permettre l'utilisation de ces procédures.

3) ~~H a e~~ Cependant, ~~été estimé que~~ des règles régissant l'utilisation des procédures dématérialisées seront peut-être nécessaires pour résoudre certaines questions, à savoir ~~la nouveauté relative des communications électroniques~~, le risque de discrimination lorsque l'accès à l'infrastructure nécessaire fait défaut, la sécurité, la confidentialité et l'authenticité dans les communications électroniques, et l'impact des méthodes modernes de passation des marchés sur [d'autres] objectifs ~~socioéconomiques de politique générale~~. Les modifications apportées à la Loi type ~~initiale~~ [de 1994] visent à répondre à ces différentes préoccupations et le présent Guide expose les objectifs des modifications elles-mêmes.

4) Bien que certains problèmes posés par les procédures dématérialisées puissent être réglés dans le cadre des dispositions ~~existantes~~ de la Loi type [de 1994] (ou par l'interprétation des lois et règles existantes, y compris comme l'indique le Guide pour l'incorporation ~~de 1994~~), la ~~CNUDCI~~ Commission a révisé le texte de la Loi type afin d'y prévoir des dispositions appropriées ou d'y fournir des précisions lorsque cela était nécessaire et, ~~si possible~~, afin de promouvoir, dans les cas appropriés, l'utilisation de ces procédures comme un moyen de favoriser la réalisation des objectifs de la Loi type même. L'objectif de ces dispositions est de faire en sorte que la Loi type confère un statut équivalent à [tous les moyens/toutes les méthodes] de communication et que leur utilisation fasse l'objet de garanties adéquates, par exemple que les entités adjudicatrices, en choisissant le moyen de communication à utiliser dans une passation de marché, [ne fassent pas de

discrimination entre fournisseurs et entrepreneurs] [choisissent des moyens [généralement] [raisonnablement] [communément] disponibles [et compatibles [ou interoperables] avec ceux d'usage commun ou général]. Il convient de noter que ces dispositions visent à s'appliquer aux passations de marchés internationaux et nationaux, afin que les fournisseurs étrangers puissent accéder à la procédure, même lorsque l'infrastructure électronique n'est pas disponible de la même manière pour tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels.

ii) Articulation entre la législation relative aux procédures dématérialisées et la législation sur le commerce électronique

5) Les procédures dématérialisées sont naturellement tributaires du niveau existant d'utilisation et de réglementation du commerce électronique en général. Le présent Guide mentionnera donc aussi l'articulation entre la législation sur le commerce électronique et celle sur la passation des marchés s'il y a lieu. Il n'est pas recommandé que le droit des marchés régit le commerce électronique en général; c'est pourquoi la Loi type n'abordera pas les questions qui relèvent de la législation générale sur le commerce électronique. Elle prévoit en revanche des dispositions lorsque le contexte de la passation des marchés exige des mesures supplémentaires (par exemple pour la soumission des offres). Compte tenu de ce qui précède, les États adoptants voudront peut-être s'assurer que leur législation régissant l'utilisation du commerce électronique prévoit effectivement une reconnaissance adéquate des communications électroniques et traite des aspects exposés dans les paragraphes suivants. Pour la commodité des États adoptants, les solutions que la CNUDCI a apportées dans son principal texte sur le commerce électronique (la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)) sont également présentées ci-après^a.

6) L'une des principales entraves à l'efficacité des communications électroniques est de nature juridique: à savoir l'incertitude celle de la certitude quant à la reconnaissance juridique, la validité et la force exécutoire des communications électroniques créées lors du processus contractuel. ~~Peuvent constituer un obstacle l'exigence de communications et de documents "écrits" ou "originaux", les formalités de formation des contrats et les critères de recevabilité des éléments de preuve devant un tribunal (A/CN.9/568, par. 30, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 44).~~ C'est pourquoi la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique vise, ~~par conséquent,~~ à permettre la réalisation d'opérations commerciales par voie électronique en ~~supprimant ces obstacles juridiques et en~~ sécurisant ainsi l'utilisation des communications électroniques de telle manière que l'exigence de communications et de documents "écrits" ou "originaux", les formalités de formation des contrats et les critères de

^a 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 Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, 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 ont été publiés sous 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.htm>>.

recevabilité des éléments de preuve devant un tribunal recouvrent à la fois les communications et documents sur support papier et électroniques.

7) Pour ce faire, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pose un principe général d'équivalence fonctionnelle entre les communications, de sorte que les communications électroniques jouissent de la même reconnaissance que les documents sur support papier traditionnel, afin que les uns et les autres soient lisibles par tous, inaltérables, reproductibles (chaque partie ayant un exemplaire du même texte) et authentifiables au moyen d'une signature, et qu'ils se présentent sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux. Le paragraphe 16 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de cette Loi type décrit plus en détail les fonctions remplies par les documents, y compris les communications. Ces fonctions devraient notamment être les suivantes: "fournir un document lisible par tous; fournir un document inaltérable; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, assurer que le document se présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux."

8) Les articles 5, 6, 7 et 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique prévoient en substance l'équivalence fonctionnelle entre communications sur papier et communications électroniques, en abordant la question de la "reconnaissance juridique des messages de données [communications électroniques], ainsi que les notions d'"écrit", de "signatures" et d'"original". Ces dispositions, qui doivent être lues conjointement, ont pour effet combiné de conférer aux communications électroniques le même degré de reconnaissance et de validité juridiques qu'aux communications sur papier, de sorte que leur effet juridique, leur validité et leur force exécutoire ne seront pas déniés au seul motif que ce sont des communications électroniques et non des communications sur support papier.

9) ~~La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique traite ces questions comme suit:~~

a) ~~Article 5: "L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données". Dans son commentaire de l'article, le Guide pour l'incorporation précise que "l'article 5 indique seulement que la forme sous laquelle une certaine information est présentée ou conservée ne peut être invoquée comme unique raison pour laquelle cette information n'aurait aucune valeur légale, validité ou force exécutoire. L'article 5, toutefois, ne devrait pas être interprété à tort comme établissant la valeur légale de tout message de données ou de toute information qu'il renferme";~~

b) ~~Article 6: "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." Le commentaire précise que "[l]'article 6 vise à définir la norme de base à laquelle doit satisfaire un message de données pour pouvoir être considéré comme répondant à l'exigence qui peut découler d'un texte de loi ... en vertu duquel l'information doit être conservée ou présentée par écrit (ou en vertu duquel l'information doit figurer dans un "document" ou un autre instrument ayant un support papier)"; et~~

~~e) Article 8: "Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence: a) s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et b) si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée." Le commentaire explique que, bien que la notion d'"original" renvoie normalement aux titres représentatifs et aux instruments négociables, cette disposition peut être nécessaire dans certains pays pour d'autres opérations.~~

10) ~~{Les problèmes particuliers qui se posent en cas de signature électronique des documents et lors de la conclusion de contrats par voie électronique sont examinés dans le commentaire relatif à l'article 36 ("Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché") ci-après.} [En ce qui concerne la signature électronique des documents, l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose ce qui suit: "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."}]~~

11) Les États adoptants voudront peut-être aussi édicter une réglementation sur des questions telles que les interruptions techniques, les dénis de responsabilité et des problèmes pratiques comme les fuseaux horaires, la réception, etc.

iii) **Comment permettre l'utilisation des communications électroniques dans la Loi type révisée**

12) La Loi type traite l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation, en adoptant le principe de l'équivalence fonctionnelle posé par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique sans toutefois, comme il est indiqué plus haut, prévoir de disposition sur les questions traitées dans la législation générale du commerce électronique à moins que le contexte de la passation des marchés n'exige des mesures supplémentaires. Par conséquent, la Loi type sur la passation des marchés n'aborde pas les questions suivantes: la reconnaissance juridique générale des communications électroniques, la signification des notions d'"écrit", et d'"original", les signatures électroniques ou numériques, l'admissibilité et la force probante des communications électroniques, la formation, la validité et l'exécution des contrats, l'attribution des communications électroniques, l'accusé de réception des communications électroniques autres que les offres.

13) Les dispositions proposées dans la présente Loi type révisée prévoient que toute obligation faite par cette dernière de présenter un écrit, d'établir un procès-verbal ou de participer à une réunion peut être satisfaite par l'utilisation de toute forme de communications électroniques, électronique ou autre, au même effet. (S'agissant d'une réunion, l'utilisation de communications électroniques signifie que les participants peuvent suivre les discussions et y participer en utilisant des moyens électroniques de communication.) ~~Elles ne prévoient pas que de telles communications sont en soi juridiquement valables, question qui~~ Bien que la

validité juridique de ce type de communications sera réglée ~~doit être prévue expressément par~~ dans la législation générale sur le commerce électronique de l'État adoptant. ~~Cependant,~~ le contexte de la passation des marchés exige des dispositions particulières supplémentaires, par exemple pour certains aspects de la soumission des offres, abordés aux articles 27 h), q), r) et z), 30, 31-2 et 33 de ~~l'actuelle~~ la Loi type de 1994 [mettre à jour les renvois]. Dans ces cas, le bien-fondé et les objectifs de ces dispositions sont exposés dans la section correspondante du présent Guide (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 13, A/CN.9/575, par. 11) [ajouter les renvois].

14) La Loi type encourage également, lorsque cela est approprié ~~possible~~ (, mais ne l'exige généralement pas), le recours aux procédures dématérialisées. ~~Utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans les marchés publics~~ Toutefois, l'entité adjudicatrice peut exiger l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation en vertu des articles [4 ter et 9], et le recours aux procédures dématérialisées est exigé (A/CN.9/575, par. 10, A/CN.9/568, par. 33), sauf dans le cas de [renvoi aux procédures dématérialisées, telles que les enchères électroniques inversées et les systèmes d'acquisition dynamiques].

15) L'utilisation de communications électroniques pose des problèmes d'authenticité, de confidentialité et d'intégrité des communications, des documents et des données, comme cela est indiqué plus haut. Les États adoptants [souhaiteront également] [souhaiteront peut-être] examiner dans quelle mesure leur législation interne sur le commerce électronique prévoit des règles adéquates pour les communications susceptibles d'être créées dans le cadre de la passation des marchés. Cette question est examinée plus en détail dans les sections du présent Guide relatives à la forme des communications (art. 9 de la Loi type de 1994) et la soumission des offres par des moyens électroniques (art. 30 de la Loi type de 1994).

16) Le principe de la souplesse dans la méthode de communication, qui se fonde sur l'équivalence fonctionnelle, s'applique non seulement aux communications en général dans le cadre de la passation mais également à la publication des possibilités de marchés et des informations relatives aux marchés, à l'échange de ces informations, à la soumission et à l'ouverture des offres, à la tenue de conférences préalables à la soumission des offres, à l'établissement, à la conservation et à la diffusion d'informations et de documents (y compris le procès-verbal de la procédure de passation exigé par l'article 11 de la Loi type) et à la conclusion des marchés. Aussi l'article [4 ter] proposé est-il rédigé en termes généraux, afin d'englober tous les aspects de la création, du transfert et de la conservation d'informations dans les communications et documents. Les règles et les critères d'accessibilité décrits dans les paragraphes précédents devraient s'appliquer également à ces notions plus générales.

C. Critères d'accessibilité

3. Proposition de nouveau texte, pour insertion dans la Loi type: nouvel article 4 ter

“Article 4 ter. Critères d'accessibilité

1) L'entité adjudicatrice s'assure que ~~l'utilisation qu'elle fait d'une quelconque~~ [le moyen/la méthode] qu'elle utilise pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents ~~ou~~, pour tenir ~~une~~ des réunions

~~pendant le processus de passation des marchés et pour la soumission et l'ouverture des offres:~~

~~a) [[ne constituera pas de discrimination [déraisonnable]] [n'entraînera pas de discrimination [déraisonnable]] entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels, ou ne limitera pas autrement [de façon importante] la concurrence]~~

~~[ajouts éventuels]~~

~~ne constituera pas un obstacle au processus de passation, et~~

~~[s'appuie sur des que ces [moyens/méthodes] de communication sont généralement [raisonnablement][couramment] disponibles [et compatibles [et interopérables] avec ceux d'usage courant ou général].~~

~~b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et~~

~~e) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence."~~

D. Forme des communications

4. Modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 9 de la Loi type

~~"[nouveau paragraphe 1] Les documents, notifications, décisions et autres communications [visés dans la présente Loi] entre fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice sont fournis, soumis ou effectués par les moyens de communication spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, à condition qu'elle se conforme dans chaque cas aux [dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 *ter*].~~

~~1) 2) 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 une procédure de passation de 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 la teneur de la communication et est accessible pour être consultée ultérieurement.~~

~~1) *bis*. — L'entité adjudicatrice peut spécifier dans le dossier de sollicitation la forme que prendront toutes les communications avec les fournisseurs ou entrepreneurs, à condition que les moyens de communication qu'elle aura choisis soient conformes aux critères d'accessibilité prévus à l'[article 4 *bis* ou 5 *bis*].~~

~~1) *ter*. — L'entité adjudicatrice peut spécifier dans le dossier de sollicitation que les offres soumises conformément à l'article 30 doivent l'être sous forme électronique [, à condition que les moyens de soumission qu'elle aura choisis soient conformes aux critères d'accessibilité prévus à l'[article 4 *bis* ou 5 *bis*].~~

~~1) quater. Sans préjudice de son droit de spécifier la forme des communications dans le dossier de sollicitation, 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 documents, les notifications, les décisions ou d'autres communications.~~

~~2) 3) Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7 4) et 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) à f) et 47 1) [mise à jour pour modifications de la Loi type] 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 et accessible pour être consultée ultérieurement.~~

~~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.~~

~~1) quinquies. 4) Les règlements en matière de passation des marchés peuvent établir établissent des mesures pour garantir l'accessibilité des communications et la non-discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs de manière à donner effet aux [dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 ter], et peuvent établir des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications ainsi que l'interopérabilité des systèmes utilisés pour les transmettre et les recevoir."~~

5. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 9 de la Loi type

"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.

1) bis [L'article 4 ter] de la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de choisir le moyen de communication à utiliser dans une passation de marché particulière, et les "critères d'accessibilité" (qui s'appliquent également à tous les moyens de communication, qu'ils soient électroniques, sur papier ou autres) soumettent ce choix à certaines conditions, de manière à sauvegarder les objectifs de la Loi type (notamment empêcher que le moyen de communication choisi n'entrave l'accès à la passation des marchés). Les dispositions de cet article exigent que le choix de la forme des communications soit énoncé dans le dossier de sollicitation et font référence à un seul choix du moyen de communication pour chaque passation de marché (et non pour chaque fournisseur ou entrepreneur). Le dossier de sollicitation peut toutefois prévoir d'autres moyens de soumission pour des documents ou catégories de documents identifiés qui ne peuvent être soumis par le moyen de communication choisi (tels que garanties de soumission, dessins complexes, et certificats formels d'immatriculation, paiement des impôts, etc., qui (au moment où ces lignes sont écrites) ne sont généralement pas disponibles sous forme électronique).

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.

~~3) bis. — L'article 9 révisé de la Loi type dispose que l'entité adjudicatrice peut choisir la méthode de communication qu'elle utilisera avec les fournisseurs ou les entrepreneurs durant le processus de passation des marchés. Cette disposition est destinée à permettre à l'entité adjudicatrice d'insister sur un moyen de communication particulier, telles que les communications électroniques, sans avoir à justifier son choix. Cette possibilité est toutefois soumise à deux conditions: premièrement, que le moyen de communication choisi réponde aux objectifs de la Loi type (à savoir les objectifs exposés dans son préambule) et deuxièmement, que les moyens de communication n'entravent pas l'accès à la passation des marchés (les "critères d'accessibilité" décrits aux paragraphes ** ci-dessus s'appliqueront à tout moyen de communication choisi). À cet égard, les paragraphes révisés 1 bis, 1 ter et 3 ont été inclus de manière à renforcer les garanties, prévues à cet article, contre les pratiques discriminatoires ou d'autres pratiques d'exclusion de la part des entités adjudicatrices (A/CN.9/575, par. 33). La question de savoir si l'entité adjudicatrice s'est acquittée de son obligation de veiller au respect des critères d'accessibilité pourra faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 54 et l'exigence posée à l'article 11, de dresser un procès verbal de la procédure de passation permettra d'apprécier la décision de l'entité et la manière dont elle a été prise.~~

~~3) ter. — Les paragraphes 1 bis et 3 visent également à faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs n'aient pas le droit d'exiger un moyen de communication particulier avec une entité adjudicatrice et que les dispositions de la Loi type ne puissent être interprétées comme conférant un tel droit (A/CN.9/575, par. 33).~~

~~3) quater. — Le paragraphe 1 ter a été inséré afin de prévoir la soumission des offres par voie électronique, actuellement interdite par l'article 30 de la Loi type (voir, pour plus de détails, A/CN.9/568, par. 32, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 22 à 37).~~

3) ~~quinquies bis~~. Le nouveau paragraphe 1-3 ~~quinquies~~ proposé a pour but d'appeler l'attention des États adoptants sur le fait que:

a) Des procédures et systèmes appropriés devraient être prévus pour établir l'authenticité des communications;

b) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient être suffisants pour préserver l'intégrité des données;

c) La confidentialité des informations soumises par d'autres fournisseurs ou relatives à d'autres fournisseurs devrait être préservée;

d) Les outils ou systèmes utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient être parfaitement compatibles (ou interopérables);

e) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient permettre d'établir la date et, lorsque c'est important, l'heure de la réception des documents. ~~lorsque cette date~~ Cette heure est importante pour ~~appliquer les~~ l'application des règles de la passation des marchés, (par exemple, la soumission des demandes de participation et des offres/propositions); et

f) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient être sécurisés, autrement dit empêcher l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes d'accéder aux offres et autres documents importants avant l'expiration d'un certain délai, de manière que les entités adjudicatrices ne puissent transmettre des informations sur les autres offres à des fournisseurs favorisés et que les concurrents ne puissent avoir eux-mêmes accès à ces informations (sécurité) (A/CN.9/568, par. 41).

3) ~~sexies ter.~~ En ce qui concerne les communications électroniques, les points a), b) et c) du paragraphe précédent relèvent du droit général du commerce électronique et, comme il a été noté au paragraphe [renvoi à la partie sur les orientations générales] ci-dessus, les États adoptants ~~[souhaiteront peut-être] [souhaiteront] peut-être~~ examiner si leur législation actuelle prévoit des règles adéquates pour les communications pouvant être créées dans le processus de passation, si une réglementation supplémentaire est nécessaire et s'ils doivent faire référence à la nécessité de telles règles dans leur réglementation sur la passation des marchés. Par exemple, ~~une législation nationale fait obligation aux responsables des~~ les entités adjudicatrices de "devraient s'assurer, avant de recourir au commerce électronique, que les leurs systèmes de [l'entité] 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".

3) quater septies. Les points d), e) et f) requièrent des solutions propres à la passation des marchés, en rapport essentiellement avec la soumission électronique des offres, et sont traités dans les paragraphes [renvoi] ci-dessous.

3) quinquies. Les États adoptants souhaiteront peut-être autoriser les entités adjudicatrices à faire payer tous systèmes exclusifs (tels que des logiciels) nécessaires pour les communications pour une passation de marché particulière, mais ils devraient veiller à ce qu'elles ne puissent recourir à un système payant pour prélever des droits disproportionnés ou restreindre l'accès à la procédure de passation.

E. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement

6. Modifications qu'il est proposé d'apporter au Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 de la Loi type

1) *bis*. Les articles 27 y) et 38 u) de la Loi type font référence à un marché "écrit", et 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" [~~soit de manière traditionnelle soit électroniquement~~]. [Les États adoptants ~~souhaiteront peut-être~~ ~~souhaiteront~~ ~~peut-être~~ s'assurer que leur législation actuelle reconnaît les marchés conclus électroniquement].

a) Contrats électroniques

1) *ter.* ~~La solution apportée par l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique n'a pas pour objet d'empiéter sur les règles générales de formation des contrats, mais plutôt "de promouvoir le commerce international en réduisant les incertitudes juridiques quant à la conclusion de contrats par des moyens électroniques (même si l'offre et l'acceptation sont générées par des ordinateurs). Cet article ne traite pas seulement de la question de la formation des contrats, mais aussi de la forme sous laquelle une offre et une acceptation peuvent être exprimées. Dans certains pays, [la disposition] (...) pourrait être considérée comme énonçant simplement l'évidence, à savoir qu'une offre et une acceptation, comme toute autre expression de volonté, peuvent être communiquées par n'importe quel moyen, y compris des messages de données. Toutefois, cette disposition est nécessaire en raison des incertitudes qui subsistent dans un nombre considérable de pays quant à savoir si des contrats peuvent valablement être conclus par des moyens électroniques. Ces incertitudes peuvent découler du fait que, dans certains cas, les messages de données exprimant une offre et une acceptation émanent d'ordinateurs sans intervention humaine immédiate, d'où des doutes quant à l'expression de la volonté des parties. Un autre motif d'incertitude réside dans le mode de communication et tient à l'absence de document sur papier." L'article 11 lui-même dispose que "[l]orsqu'un message de données [communication électronique] est utilisé pour la formation d'un contrat, Les dispositions énoncent que la validité ou la force exécutoire d'un contrat de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'il a été conclu au moyen de communications électroniques un message de données [communication électronique] a été utilisé."~~

b) Signatures électroniques

1) *quater.* ~~Concrètement, Les États adoptants, en accord avec leur législation sur le commerce électronique, ~~souhaiteront peut-être~~ ~~souhaiteront~~ ~~peut-être~~ prescrire la façon dont les parties signeront ou authentifieront d'une autre manière un marché passé électroniquement. Certains États peuvent exiger des signatures numériques ou d'autres formes authentifiées de signature électronique dans le domaine du commerce électronique, exigence qui pourra s'appliquer à la passation des marchés, à condition qu'elle n'entrave pas l'accès à cette passation.~~

1) *quinquies.* ~~La solution fournie par les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique se trouve à l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur les signatures électroniques^b. La partie du Guide pour l'incorporation consacrée à cet article note que l'objectif de ce dernier est de favoriser encourager le recours aux signatures électroniques ~~pour produire un effet~~~~

^b 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 son Guide pour l'incorporation ont été publiés comme 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 à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html>.

~~juridique lorsque ces signatures en disposant que celles-ci sont l'équivalent fonctionnel de signatures manuscrites. L'article 7 traite de la question. Les dispositions elles-mêmes énoncent que des qu'une signatures électroniques en se fondant sur le principe de l'équivalence fonctionnelle, comme suit: "[l]orsque satisfait à une exigence de la loi exige la "signature" imposée par la loi d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données: ... b) S si la fiabilité de cette [signature] est suffisante au regard de l'objet de la communication électronique pertinente dans les circonstances 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."~~

F. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché

7. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 11 de la Loi type

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.

1) *bis*. L'article 11, toutefois, porte sur l'accessibilité et la disponibilité de l'information contenue dans le procès-verbal et ne prévoit aucune disposition sur la forme de ce dernier ni sur les conditions pour le dresser sous un format particulier électroniquement (A/CN.9/575, par. 45). Les critères d'accessibilité de [l'article 4 *bis* ou 5 *bis ter*] obligent cependant l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle dresse un procès-verbal, à choisir un moyen de conservation de l'information qui permette à cette dernière d'être et de rester accessible jusqu'à l'expiration du délai de recours prévu à l'article 52 de la Loi type, en dépit des progrès techniques, et qui soit non discriminatoire. En outre, les États adoptants [souhaiteront peut-être] [souhaiteront] peut-être adopter des réglementations garantissant que les systèmes de conservation des procès-verbaux sont parfaitement compatibles (ou interopérables) et qu'ils permettent de vérifier chaque communication échangée dans le processus de passation, de telle sorte que la traçabilité l'identité de l'émetteur, et du destinataire, ainsi que l'heure et la durée de chaque communication puissent être établies (et que le traitement ou le calcul automatique des données puisse être reconstitué) (traçabilité). Les réglementations pourraient également déterminer s'il faut conserver la trace de l'accès au procès-verbal et aux documents contractuels et régler tout problème éventuel de protection des données afin de garantir l'intégrité et la sécurité de celles-ci ainsi que la confidentialité des communications et de l'information, tel que cela est exposé plus en détail dans [renvoi au commentaire paragraphe approprié du Guide.] La disposition [du paragraphe 1 b) *bis*] exigeant que l'entité adjudicatrice indique le moyen de

communication choisi dans le procès-verbal de la procédure de passation est incluse de manière à permettre que la décision de l'entité adjudicatrice et son respect des "critères d'accessibilité" contenus dans les articles 4 *ter* et 9 fassent l'objet d'un recours en vertu de l'article 52 si nécessaire de l'article 9 ci-dessus].

G. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix

8. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 30 de la Loi type

5) a) Les offres sont soumises sous la forme spécifiée dans le dossier de sollicitation, à condition que les moyens de soumission choisis par l'entité adjudicatrice respectent [les dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à l'article [4 *ter*] au moment du choix du moyen de soumission par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée; ou sont soumises sous toute forme spécifiée dans le dossier de sollicitation.

b) L'entité adjudicatrice délivre, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue.

H. Ouverture électronique des offres

9. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 33 de la Loi type

4) Lorsque la procédure de passation des marchés a été menée par voie électronique conformément à [insérer les dispositions traitant des communications électroniques, des enchères inversées et, le cas échéant, d'autres procédures entièrement automatisées], les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont autorisés à suivre cette ouverture [simultanément/instantanément/par des moyens électroniques de communication utilisés par l'entité adjudicatrice.]

~~5) Lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à suivre l'ouverture des offres par des moyens électroniques de communication utilisés par l'entité adjudicatrice conformément à l'article 33 4, ils sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres conformément aux exigences de l'article 33 2.~~

I. Publication électronique des informations relatives à la passation des marchés

10. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 5 de la Loi type

Article 5. Accès du public [à la réglementation des marchés] [aux informations relatives à la passation des marchés]

Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ~~ainsi que~~ toutes les modifications audit texte, ~~de même que tous autres documents et informations dont la publication est exigée [ou qui sont publiés conformément à la présente Loi]~~ ainsi que toutes les décisions judiciaires sur son application sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.

~~[2. Toute autre information, relative aux possibilités de marchés à venir ou aux règles ou instructions internes, qu'un État adoptant ou une entité adjudicatrice choisit de publier, est promptement mise à la disposition du public [et systématiquement tenue à jour].]~~"

[Ajouts possibles]

[[Un État adoptant ou une entité adjudicatrice peut choisir de rendre accessibles au public des informations supplémentaires concernant les règles ou instructions internes ou d'autres informations.]]

[Tous autres documents et informations dont la publication est exigée par la présente Loi sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour].

[Les règlements en matière de passation des marchés prévoient le média et les modalités de publication des informations en vertu de la présente Loi].