



Assemblée générale

Distr. générale
15 juillet 2011
Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Quarante-quatrième session

Compte rendu analytique de la 925^e séance

Tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le lundi 27 juin 2011, à 10 heures.

Président provisoire: M. Sorieul(Secrétaire de la Commission)

Président par intérim: M. Wiwen-Nilsson(Suède)

Sommaire

*Points de l'ordre
du jour*

Paragraphes

1	Ouverture de la session	1
2	Élection du Bureau.....	2-10
3	Adoption de l'ordre du jour.....	11-13
4	Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.....	14-78


Le présent compte rendu est sujet à rectifications.

Les rectifications doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *une semaine au plus tard à compter de la date de distribution du présent document*, au Chef du Service de la gestion des conférences, bureau D0771, Centre international de Vienne.

Les rectifications éventuelles aux comptes rendus de la présente session seront groupées dans un rectificatif unique, qui sera publié peu après la clôture de la session.

V.11-84563 (F)



Merci de recycler 

La séance est ouverte à 10 h 30.

Ouverture de la session

1. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) déclare ouverte la quarante-quatrième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Élection du Bureau

2. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que c'est au tour du Groupe des États d'Afrique de proposer un candidat au poste de président.

3. **M. Yatani** (Kenya), s'exprimant au nom du Groupe des États d'Afrique, dit que le Groupe souhaite proposer la candidature de M. Moollan (Maurice).

4. *M. Moollan (Maurice) est élu Président par acclamation.*

5. **M. Mungur** (Maurice) dit que l'élection à la présidence de M. Moollan est un grand honneur pour son pays et reflète la confiance que la Commission accorde à ce dernier. Il remercie les États africains membres de la Commission d'avoir soutenu la candidature de M. Moollan.

6. M. Moollan est dans l'incapacité de participer à la première semaine de la session en raison d'engagements déjà pris, mais la Commission peut être assurée qu'il exercera ses fonctions avec diligence durant la seconde semaine.

7. **M. Fruhmann** (Autriche), s'exprimant au nom du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, propose que M. Wiwen-Nilsson (Suède) soit élu, à titre personnel, Vice-Président de la Commission.

8. *M. Wiwen-Nilsson (Suède) est élu, à titre personnel, Vice-Président de la Commission par acclamation.*

9. *En l'absence de M. Moollan, M. Wiwen-Nilsson prend la présidence par intérim.*

10. **Le Président**, après avoir remercié la Commission de sa confiance, propose que cette dernière procède à l'élection des autres membres du Bureau plus tard dans la semaine.

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.9/711)

11. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) propose d'insérer, après le point 11 de l'ordre du jour, un point sur l'examen par la Commission de la proposition de la version révisée des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande formulée par la Chambre de commerce internationale (CCI). La demande d'examen de la CCI a été communiquée aux États membres par note verbale.

12. *La proposition visant à insérer un point supplémentaire intitulé "Textes d'autres organisations avalisés par la Commission: révision 2010 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande publiée par la Chambre de commerce internationale", est acceptée.*

13. *L'ordre du jour, tel qu'il a été modifié, est adopté.*

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/729 et Add.1 à 8; A/CN.9/730 et Add.1 et 2; A/CN.9/731 et Add.1 à 9; A/CN.9/WGI/WP.77 et Add.1 à 9; A/CN.9/713 et A/CN.9/718)

14. **Le Président** invite la Commission à examiner le projet de texte révisé de la Loi type (A/CN.9/729/Add.1 à 8), ainsi que les modifications proposées, afin qu'un texte final soit adopté.

15. Afin d'éviter l'examen de questions rédactionnelles pendant les séances de la Commission, le Président propose qu'un groupe de rédaction soit constitué et que la Commission se concentre sur les questions de fond.

16. **M. D'Allaire** (Canada), accueillant avec satisfaction cette proposition, demande si les délégations pourront soulever des questions de rédaction au cours des séances de la Commission ou seulement lors des réunions du groupe de rédaction.

17. **Le Président** dit qu'il appartient à la Commission de déterminer, parmi les questions soulevées au cours de ses séances, celles qui relèvent du fond et celles qui relèvent de la forme.

18. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) dit que le Secrétariat, y compris les traducteurs, sont prêts à assister le groupe de rédaction.

19. **Le Président** dit que M. Fruhmann (Autriche) s'est porté volontaire pour présider le groupe de rédaction et en établir le rapport.
20. Il propose que la Commission commence à examiner le projet de texte révisé de la Loi type.
21. **M. Fruhmann** (Autriche) propose de remplacer, à l'alinéa d) du préambule, le membre de phrase "juste et équitable" par "juste et égal". Sa délégation considère que le terme "équitable" est un synonyme de "juste", alors que l'"égalité de traitement" est un concept bien connu, à tout le moins en Europe.
22. M. Fruhmann suggère que la proposition soit examinée par le groupe de rédaction.
23. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il ne s'agit pas uniquement d'une question rédactionnelle.
24. Le processus de passation des marchés publics conduit par essence à un traitement inégal des enchérisseurs puisqu'au final un seul enchérisseur est sélectionné. Les enchérisseurs traités de façon inégale ont pourtant souvent l'impression d'avoir été traités équitablement.
25. Si le terme "équitable" est remplacé par le terme "égal", des contestations pourraient être émises par des enchérisseurs prétendant avoir fait l'objet d'un traitement inégal.
26. **M. Grand d'Esnon** (France), appuyant la proposition du représentant de l'Autriche, dit que l'emploi du terme "égal" empêcherait des cas de favoritisme fondés sur le mésusage du terme "équitable", qui donne lieu à différentes interprétations.
27. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) propose qu'en cas de remplacement du terme "équitable" par le terme "égal", le Guide pour l'incorporation comporte une note indiquant que le principe d'égalité ne s'applique que dans les cas où les enchérisseurs se trouvent dans la même situation et que sinon, ils peuvent faire l'objet d'un traitement différent.
28. **Le Président** demande si la Commission souhaite accepter la proposition visant à remplacer le terme "équitable" par le terme "égal", et à ajouter une note dans le Guide pour l'incorporation comme proposé par le représentant des États-Unis d'Amérique.
29. **M. D'Allaire** (Canada), favorable au maintien du terme "équitable", dit que la question débattue a été soulevée dans le Groupe de travail I qui s'est déclaré en faveur du maintien du terme "équitable" puisque ce terme était utilisé dans la Loi type de 1994.
30. **M. Phua** (Singapour) suggère la formulation "traitement juste, équitable et égal".
31. **M. Grand d'Esnon** (France) et **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) disent que la formulation proposée constitue un compromis acceptable.
32. **Le Président** propose que la formulation "traitement juste, équitable et égal" soit acceptée, avec ajout d'une explication de ces adjectifs dans le Guide pour l'incorporation.
33. *Il en est ainsi décidé.*
34. **M. Piedra** (Observateur de l'Équateur), se référant à l'alinéa b) du préambule, dit que son pays, qui s'efforce de promouvoir le développement national en soutenant ses entreprises, ne pourra pas favoriser et encourager la "participation aux procédures de passation des marchés des fournisseurs et entrepreneurs sans distinction de nationalité".
35. **Le Président** dit que le projet de texte révisé de la Loi type contient des dispositions tenant compte des intérêts nationaux et des conditions socioéconomiques des pays.
36. **M. Fruhmann** (Autriche), déclarant qu'un fournisseur ou entrepreneur qui a présenté des informations comportant des erreurs ou des omissions substantielles doit être disqualifié car il n'est pas digne de confiance, propose qu'à l'article 9-8 b) les mots "peut disqualifier" soient remplacés par "disqualifie".
37. Se référant à l'article 10-4, M. Fruhmann propose de compléter le membre de phrase "d'origine ni de producteur déterminé" de sorte qu'il se lise comme suit: "d'origine, de producteur ou de méthode de fabrication déterminés", car en exigeant l'utilisation d'une méthode de fabrication particulière, l'entité adjudicatrice peut faire une discrimination entre des fournisseurs.
38. Se référant à l'article 11-3, le représentant de l'Autriche propose de remplacer "et exprimés en termes pécuniaires" par "et/ou exprimés en termes pécuniaires", au motif que l'emploi du seul mot "et" a pour effet d'imposer l'expression en termes pécuniaires de l'ensemble des critères d'évaluation. Dans certains cas, il pourrait être impossible

d'exprimer en termes pécuniaires des critères d'évaluation autres que le prix.

39. **M. Grand d'Esnon** (France) se dit favorable aux propositions faites par le représentant de l'Autriche concernant les articles 10-4 et 11-3.

40. S'agissant de l'article 9-8 b), le mot "peut" devrait être conservé afin de prévoir le cas où la présentation d'informations comportant des erreurs ou des omissions substantielles découle d'une erreur involontaire, ce qui arrive souvent. Il convient de laisser à l'entité adjudicatrice le soin de décider si la présentation de telles informations était délibérée ou non. Une disqualification automatique n'est pas souhaitable.

41. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), approuvant les commentaires du représentant de la France sur l'article 9-8 b), dit que si une entité adjudicatrice est tenue de disqualifier automatiquement les enchérisseurs ayant présenté des informations comportant des erreurs ou des omissions substantielles, elle risque d'être confrontée à un grand nombre de contestations.

42. La délégation des États-Unis est opposée à la proposition visant à remplacer le membre de phrase "d'origine ou producteur déterminé" à l'article 10-4 par "d'origine, de producteur ou de méthode de fabrication déterminés", puisqu'il est d'usage aux États-Unis qu'une entité adjudicatrice exige l'utilisation d'une méthode de fabrication particulière – par exemple afin de garantir la qualité de l'article faisant l'objet du marché. Bien sûr, dans de tels cas, l'entité adjudicatrice est tenue d'expliquer pourquoi elle impose le recours à une telle méthode.

43. Concernant l'article 11-3, M. Yukins approuve la proposition visant à remplacer le mot "et" par "et/ou".

44. **Le Président** se demande si la préoccupation de la délégation américaine au sujet de la proposition de modification de l'article 10-4 ne trouve pas de réponse dans la formulation du reste de ce paragraphe – "à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché et à la condition d'y adjoindre une formule telle que 'ou l'équivalent'."

45. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que le problème vient des mots "ou l'équivalent". L'entité adjudicatrice pourrait ne pas être en mesure de

déterminer si la méthode de fabrication à laquelle l'entrepreneur propose de recourir est effectivement équivalente à celle qu'elle souhaite voir appliquée. Ce problème pourrait être particulièrement grave dans le cas de certains entrepreneurs bon marché.

46. **M. D'Allaire** (Canada), se référant à l'article 2 (Définitions), fait observer que dans les versions française et espagnole du document A/CN.9/729/Add.1 les définitions figurent dans l'ordre alphabétique anglais. Il demande si elles seront données dans l'ordre alphabétique français et dans l'ordre alphabétique espagnol dans les versions finales respectives de la Loi type révisée.

47. Concernant l'article 9-8 b), M. D'Allaire partage la préoccupation des représentants de la France et des États-Unis d'Amérique quant à la proposition de remplacement des mots "peut disqualifier" par "disqualifie".

48. Au sujet de l'article 10-4, M. D'Allaire demande au représentant de l'Autriche de développer ses explications afin de justifier sa proposition de modification.

49. Concernant l'article 11-3, M. D'Allaire est d'avis de conserver le mot "et", qu'il juge préférable à la formule "et/ou", notamment en raison de la présence dans ce paragraphe du membre de phrase "dans la mesure où cela est faisable".

50. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) dit que dans les versions finales de la Loi type révisée, les définitions de l'article 2 seront données dans l'ordre alphabétique approprié, à savoir français dans la version finale française, espagnol dans la version finale espagnole, etc.

51. **M. Fruhmann** (Autriche), en réponse aux commentaires concernant l'article 10-4, dit qu'il y a des cas où une entité adjudicatrice peut légitimement exiger le recours à une méthode de fabrication particulière. Toutefois, le fait de remplacer "d'origine ni de producteur déterminé" par "d'origine, de producteur ou de méthode de fabrication déterminés" n'empêchera pas l'entité adjudicatrice d'exiger le recours à une méthode de fabrication particulière dans de tels cas. De toute façon, le recours à une méthode de fabrication particulière ne devrait être exigé que dans des circonstances très particulières.

52. Tout en convenant que l'expression "ou l'équivalent" pourrait causer des difficultés, M. Fruhmann juge peu probable que de telles difficultés surviennent fréquemment.

53. **M^{me} González Lozano** (Mexique) dit qu'à l'article 8-4 l'expression "reasons and circumstances" du texte anglais a été traduite littéralement en espagnol, par "razones y circunstancias", alors que l'expression en espagnol qui serait normalement utilisée dans les systèmes de droit civil est "motivos y fundamentos" ("raisons et arguments juridiques"), dont la signification est plus complexe. L'expression "reasons and circumstances" peut ne renvoyer qu'à une justification factuelle de la décision de l'entité adjudicatrice, alors que "motivos y fundamentos" fait aussi référence à la justification juridique. Si une entité adjudicatrice ne mentionne pas explicitement le fondement juridique de sa décision, il est probable que des problèmes de légalité surviennent. La délégation mexicaine souhaiterait que le Secrétariat précise si l'intention dans le texte anglais est d'exiger de l'entité adjudicatrice uniquement des justifications factuelles de sa décision. Si tel est le cas, la question soulevée ne concerne que la traduction. En revanche, si les justifications visées sont aussi bien juridiques que factuelles, la question porte sur le fond et la distinction doit être clairement faite dans la version espagnole du texte.

54. À l'article 9-8 b), les mots "was materially inaccurate or materially incomplete" ont été traduits en espagnol par "adolece de inexactitudes u omisiones graves" ("comportent des erreurs ou omissions graves"), ce qui soulève la question de savoir si, dans l'hypothèse où l'expression "peut disqualifier" était remplacée par "disqualifie", comme il a été proposé, la disqualification serait automatique uniquement lorsque les erreurs ou les omissions en question sont graves. La délégation mexicaine souhaiterait avoir des éclaircissements également sur ce point.

55. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) déclare, au sujet de l'article 8-4, que l'expression "motifs et circonstances" était employée dans la version de 1994 de la Loi type et que le Groupe de travail I en a tenu compte afin de résoudre le problème soulevé par la délégation mexicaine.

56. Puisque la Loi type de 1994 indiquait que l'entité adjudicatrice n'était pas tenue de faire état des motifs de sa décision mais seulement de fournir un exposé des

faits, le Groupe de travail I avait convenu de remplacer le terme "motifs" par "raisons".

57. **Le Président** suggère, au sujet de l'article 11-3, de remplacer le mot "et" par le mot "ou" plutôt que par "et/ou", puisque les critères d'évaluation autres que le prix peuvent être quantifiables sans être exprimés en termes pécuniaires.

58. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) propose, concernant l'article 10-4, d'insérer dans le Guide pour l'incorporation, une phrase expliquant que, dans certains cas, l'entité adjudicatrice peut avoir besoin de spécifier une méthode de fabrication. Cette note pourrait être libellée comme suit: "En ce qui concerne les méthodes de fabrication particulières, compte dûment tenu du paragraphe 5, qui appelle à l'utilisation d'exigences techniques normalisées, il peut dans certains cas ne pas y avoir de méthode de production équivalente, et la sollicitation peut le mentionner". Si cette phrase était insérée, les États-Unis pourraient accepter la proposition du représentant de l'Autriche.

59. **Le Président** demande à la délégation mexicaine si elle accepterait la proposition visant à remplacer les mots "peut disqualifier" à l'article 9-8 b) par "disqualifie", si la traduction espagnole de l'expression "materially inaccurate or materially incomplete" était modifiée de sorte qu'elle ne comporte plus le mot "graves".

60. **M^{me} González Lozano** (Mexique) dit que le membre de phrase "adolece de inexactitudes u omisiones graves" correspond à une disposition plus stricte que la formule "was materially inaccurate or materially incomplete" – il correspond à une disposition qui doit exprimer une obligation plutôt qu'une possibilité. Le mot "peut" devrait être utilisé seulement si les erreurs ou omissions en question ne sont pas graves.

61. **M^{me} Nicholas** (Secrétariat) suggère que le Secrétariat et la représentante du Mexique examinent ensemble les versions anglaise et espagnole de l'article 9-8 b) afin de trouver une traduction espagnole satisfaisante de "materially inaccurate or materially incomplete".

62. **M. Fruhmann** (Autriche) dit qu'à la lumière des commentaires des représentants de la France, du Canada et des États-Unis d'Amérique, il souhaite retirer sa proposition de remplacer "peut disqualifier" par "disqualifie" à l'article 9-8 b).

63. S'agissant de l'article 10-4, M. Fruhmann se dit prêt à accepter la proposition du représentant des États-Unis d'Amérique.
64. S'agissant de l'article 11-3, M. Fruhmann pensait que le membre de phrase "dans la mesure où cela est faisable" renvoyait seulement aux mots "objectifs, quantifiables". Il souhaite avoir l'opinion du Secrétariat sur le point de savoir s'il renvoie aussi aux mots "et exprimés en termes pécuniaires", auquel cas le problème est résolu.
65. **Le Président** rappelle sa proposition de remplacer le mot "et" par le mot "ou" à l'article 11-3.
66. **M. Jezewski** (Pologne) préférerait que les mots "peut disqualifier" à l'article 9-8 b) soient remplacés par "disqualifie". De son point de vue, un fournisseur ou entrepreneur présentant "des informations comportant des erreurs ou omissions substantielles" sur ses qualifications devrait être disqualifié. Il ne pense pas que cette modification limite de façon excessive la flexibilité dont dispose l'entité adjudicatrice.
67. **M. D'Allaire** (Canada) partage la préoccupation de la représentante du Mexique concernant les mots "raisons et circonstances" à l'article 8-4, mais dit qu'ils correspondent à l'objectif recherché. En outre, puisque le Groupe de travail s'est accordé sur ces mots, ils devraient être maintenus.
68. En ce qui concerne le terme "materially" à l'article 9-8 b), sa traduction en français et probablement dans d'autres langues pose souvent des problèmes. La délégation canadienne, forte de l'expérience du Canada, est prête à en discuter dans le Groupe de rédaction.
69. S'agissant de l'article 10-4, l'insertion d'une référence aux "méthodes de fabrication" n'est pas souhaitable sauf s'il est possible de donner un exemple de méthode qui a été brevetée ou inscrite dans un registre.
70. **M. Phua** (Singapour) dit que l'article 10-4 semble s'inspirer largement de l'article VI.3 de l'Accord de l'OMC de 1994 sur les marchés publics, qui ne fait pas mention de "méthodes de fabrication". Il ne souhaite pas que ces dernières soient mentionnées dans le texte examiné.
71. **Le Président** suggère que les "méthodes de fabrication" soient mentionnées dans le Guide pour l'incorporation mais avec un renvoi à l'article 10-2 et non à l'article 10-4.
72. **M^{me} Morillas Jarillo** (Espagne) dit, au sujet de l'article 11-3, que pour les enchères électroniques inversées, tous les critères d'évaluation autres que le prix doivent toujours être objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires. Le membre de phrase "dans la mesure où cela est faisable" devrait par conséquent être remplacé par "dans tous les cas".
73. **Le Président** dit que l'article 11-3 fait référence à des méthodes de passation de marché autres que les enchères électroniques inversées, qui sont traitées dans d'autres textes de la CNUDCI.
74. **M. Xiao** (Chine) est favorable au maintien du mot "peut" à l'article 9-8 b).
75. En Chine, la passation de marchés est divisée en deux étapes – l'étape des enchères et celle de la sélection. Tant que cette dernière n'a pas commencé, les enchérisseurs ont le droit de corriger ou de compléter les informations qu'ils ont présentées, mais une fois qu'elle a débuté, cela ne leur est plus permis.
76. S'agissant de l'article 10-4, la délégation chinoise est opposée à l'insertion d'une référence aux "méthodes de fabrication". Les pays ayant des niveaux de développement différents utilisent souvent des méthodes de fabrication différentes, et l'insertion d'une référence à des "méthodes de fabrication" pourrait ouvrir la porte à des discriminations à l'égard d'enchérisseurs de certains pays.
77. **Le Président** rappelle sa suggestion de mentionner les "méthodes de fabrication" dans le Guide pour l'incorporation avec un renvoi à l'article 10-2.
78. Les autres questions restées en suspens à l'issue de la séance sont: comment faut-il traduire en espagnol et peut-être dans d'autres langues le membre de phrase "materially inaccurate or materially incomplete" à l'article 9-8 b)? À quoi se rapporte le membre de phrase "dans la mesure où cela est faisable" à l'article 11-3? Et, le membre de phrase "raisons et circonstances" de l'article 8-4 est-il adéquat?

La séance est levée à 12 h 30.