

THÈSE PRÉSENTÉE

POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 041)

DROIT PUBLIC

Par Madame Seynabou SAMB

**Le droit de la commande publique en Afrique noire
francophone**

**Contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au
Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun**

Directeur de recherche:

Jean du Bois de GAUDUSSON

Professeur émérite de droit public, Président Honoraire de l'Université Montesquieu
Bordeaux IV

Co-directeur de recherche: Babacar KANTE

Professeur de droit public, Doyen Honoraire à l'Université Gaston Berger
de Saint-Louis

Soutenue le 28 novembre 2015

Membres du jury :

M. du BOIS de GAUDUSSON, Jean, Professeur émérite de droit public, Université de Bordeaux,
Directeur de recherche

M. FALL, Alioune, Professeur de droit public, Université de Bordeaux, Président du Jury

M. FERAL, François, Professeur émérite de droit public, Université de Perpignan Via-Domitia,
Rapporteur

M. KANTE, Babacar, Professeur de droit public, Université Gaston Berger de Saint-Louis, Co-
directeur de recherche

M. TERNEYRE, Philippe, Professeur de droit public, Université de Pau et des pays de l'Adour,
Rapporteur

Résumé : Tenaillé entre les logiques de la globalisation juridique, de l'intégration communautaire et les contraintes politiques, économiques et sociales propres aux Etats, le droit des contrats administratifs en Afrique noire francophone s'est transformé. Ses sources se sont élargies. Ses fondements conceptuels et matériels ont connu une mutation. C'est dans ce contexte qu'émerge le droit de la commande publique. Renouvelant les principes matriciels de transparence, de liberté et d'égalité, le droit de la commande publique apporte un noyau dur de règles communes aux marchés publics, aux contrats de délégation de service public et aux contrats de partenariat public-privée. Pour ce faire, il se fonde d'abord sur une nouvelle conceptualisation des notions à la base du droit des contrats administratifs. Dans un second temps, le droit de la commande publique représente une refondation des procédures de passation, des mécanismes de contrôle et de règlement des litiges relatifs à ces contrats administratifs. L'émergence de ces nouvelles règles fait suite aux réformes d'envergure des législations nationales relatives aux contrats administratifs. Cette étude se donne comme objectif d'analyser les apports véritables des dispositions issues de ces réformes afin de voir si elles ont permis de garantir davantage l'effectivité de l'idéologie concurrentielle.

Mots clés : commande publique - marchés publics - délégations de service public - partenariat public-privé - transparence - égalité - liberté - concurrence - arbitrage - contrôle a posteriori - contrôle a priori - Autorité de régulation des marchés publics - arbitrage.

Title : Public procurement regulation in French-speaking African states: contribution to the study of administrative contract law transformations in Senegal, Ivory Coast, Cameroon and Burkina Faso

Abstract : Caught between the new reality of legal globalization, community integration requirements and the political, economic and social constraints of each state, the regulation of administrative contracts in French-speaking African countries has changed. The sources of such regulation have been expanded. Its conceptual and material foundations have changed. A new system of public procurement has emerged. Trying to renew principles of transparency, as well as freedom of access to public procurement and equality, the new public procurement regulation provides a body of common rules for public procurement, public service delegation contracts and public-private partnership contracts.

First, in order to achieve this, it relies on a new interpretation of the notions on which Administrative Contracts Law is based. Second, the new public procurement regulation represents a recasting of award procedures, control mechanisms and dispute resolution measures. The emergence of these new regulations follows reforms of Administrative Contracts Law in the respective countries.

The objective of this study is to analyze the actual contribution of provisions flowing from these reforms, in order to see if they are contributing to ensuring that competitive ideology is increasingly effective.

Keywords : public procurement - delegation of public utilities - public-private partnership - regulation - arbitration - transparency - equality between bidders - freedom of access to public procurement - competition law - control mechanism

Unité de recherche

GRECCAP- CERDRADI (Centre d'Etudes et de Recherche sur les Droits Africains et le Développement Institutionnel des pays en développement), 4 Rue du Maréchal Joffre, 33075, Bordeaux

Avertissement

L'université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Dédicaces

A ma maman, pour tous les sacrifices consentis

A David et Nathanael, pour leur soutien et leur amour .

A mon papa, à Codou et Pa Abdou pour leur affection continue

A Al Ousseynou parti si tôt.

A Moussa, qui m'a donné dès mon plus jeune âge la passion des études.

Remerciements

Mes remerciements vont tout d'abord à mes directeurs de Thèse.

J'exprime toute ma reconnaissance au Professeur Jean du Bois de Gaudusson. L'épreuve a été parsemée d'événements inattendus, mais il a toujours répondu à mes sollicitations et m'a portée jusqu'au bout de ce travail. Sans ses conseils, ses remarques et sa patience, ce travail n'aurait pas vu le jour.

Le Professeur Babacar Kanté m'a donné le goût des études juridiques dès la première année de droit à l'Université Gaston Berger. Ses conseils et encouragements m'ont guidée jusqu'ici. Il n'a cessé tout au long de ce travail, de me pousser à aller toujours plus loin dans la réflexion. Je veux lui dire ici toute ma gratitude.

Je voudrais également remercier le Professeur Alioune Badara Fall. En tant que directeur du CERDRADI, il a toujours œuvré pour que chaque doctorant puisse s'y épanouir intellectuellement. L'on ne saurait parler du CERDRADI sans penser à Mme Arquy et à Mme Dubos. Peu importe le temps passé ensemble, ce qui compte, c'est l'intensité du soutien qu'elles n'ont cessé d'apporter aux doctorants et même aux docteurs du CERDRADI. Je leur en suis particulièrement reconnaissante.

Mes remerciements vont aussi au Professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, Directeur du GRECCAP qui a été présent tout au long de ce travail pour m'accorder une oreille attentive et m'aider dans ma réflexion scientifique.

Je remercie le Professeur Philippe Terneyre et le Professeur François Féral, pour avoir accepté d'être les rapporteurs de cette Thèse.

Mes remerciements vont à tous mes amis du CERDRADI: le Professeur Sény Ouedraogo, Djibril Ouedraogo, Afo Sabi Kasséré, Maître Sory Baldé, Mamadou Demba M'Baye pour avoir accepté d'échanger avec moi sur cette thèse, pour m'avoir aidé à mieux cerner des questions importantes y afférentes, pour avoir lu et corrigé ce travail.

Je tiens aussi à remercier Inès et Marlyse qui ont accepté de lire ce travail traitant de questions pourtant si loin de leurs centres d'intérêt.

Mes remerciements vont enfin à Bara, Adja et sa famille, Fatima, Monique, Sophie, David, Emilie, Frédéric, Céline, Xavier, Marlène et Jean-Marc pour leur présence et leur attention et à Sandrine, Daniel, Sylvia, Ghislain, Youssouph, Abraham, Sambou, Elizabeth pour tous les moments passés ensemble et le soutien mutuel.

SOMMAIRE

SOMMAIRE	9
LISTE DES ABREVIATIONS	13
INTRODUCTION	19
PARTIE I. LE RENOUVELLEMENT DES SOURCES ET NOTIONS DU DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS.....	74
TITRE I. L'EMERGENCE D'UN DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	77
Chapitre I. L'élaboration d'un droit communautaire des contrats de la commande publique dans l'UEMOA	83
Chapitre II. L'encadrement de la commande publique à travers la législation de la concurrence dans la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale	151
TITRE II. LE RENOUVELLEMENT DES CRITERES D'IDENTIFICATION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS.....	209
Chapitre I. l'adoption d'une conception fonctionnelle des contrats administratifs classiques	213
Chapitre II. La déstabilisation de la classification traditionnelle des contrats administratifs	295
PARTIE II. LA REFONDATION DES PROCEDURES CONTRACTUELLES.....	347
TITRE I. LE RENOUVELLEMENT DES PROCEDURES DE PASSATION	351
Chapitre I. La redéfinition de l'appel d'offres ouvert dans les marchés publics à la lumière des principes fondamentaux de la commande publique: un tableau des réformes contrasté.....	355
Chapitre II. La mise en œuvre de l'idée de concurrence dans les autres procédures et contrats de la commande publique.....	469
TITRE II. LA RENOVATION DES MECANISMES DE CONTROLE ET DE REGLEMENT DES LITIGES.....	529
Chapitre I. Des avancées limitées dans le champ des contrôles administratifs	533
Chapitre II. L'adaptation des mécanismes de règlement des litiges aux exigences de la commande publique	615
CONCLUSION GENERALE	685
BIBLIOGRAPHIE	695
INDEX	863
TABLE DES MATIERES.....	867

LISTE DES ABREVIATIONS

Principaux sigles

AAI.....	Autorité administrative indépendante
ACP.....	Afrique-Caraïbes-Pacifique
AFD.....	Agence française de développement
AFDI.....	Annuaire français de droit international
AIF.....	Agence intergouvernementale de la francophonie
AJDA.....	Actualité juridique - Droit administratif
ANRMP.....	Autorité nationale de régulation des marchés publics
ARCOP.....	Autorité de régulation de la commande publique
ARMP.....	Autorité de régulation des marchés publics
BAD.....	Banque africaine de développement
BJCP.....	Bulletin juridique des contrats publics,
BM.....	Banque mondiale
CE.....	Conseil d'Etat
CEMAC.....	Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale
CAD.....	Comité d'aide au développement
CARPA.....	Conseil d'appui à la réalisation des contrats de partenariat
CCJA.....	Cour commune de justice et d'arbitrage
CN-PPP.....	Comité national des partenariats public-privé
CNA-PPP.....	Comité national d'appui aux partenariats public-privé
CNUDCI.....	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CNUCED.....	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CP-ACCP.....	Contrats publics - Actualité des contrats et de la commande publique
CPAR.....	Country procurement assessment report
CRD.....	Comité de règlement des différends

CS/CA.....	Cour suprême/Chambre administrative
DAO.....	Dossier d'appel d'offres
DCMP.....	Direction centrale des marchés publics
DMP.....	Direction des marchés publics
DSP.....	Délégation de service public
FAD.....	Fonds africain de développement
FED.....	Fonds européen de développement
JCP.....	JurisClasseur Périodique
JDI.....	Journal de droit international
JO.....	Journal officiel
JOCE.....	Journal officiel des communautés européennes
JOUE.....	Journal officiel de l'Union européenne
LPA.....	Les petites affiches
MINMAP.....	Ministère des marchés publics
MP.....	Marché public
OMC.....	Organisation mondiale du commerce
OCDE.....	Organisation de coopération et de développement économique
ORAD.....	Organe de règlement amiable des différends
PPP.....	Partenariat public-privé
PPLR.....	Public Procurement Law Review
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDP.....	Revue du droit public
RFAP.....	Revue Française d'administration publique
RFDA.....	Revue française de droit administratif
RIDE.....	Revue internationale de droit économique
RJP.....	Revue juridique et politique
RJPIC.....	Revue juridique et politique indépendance et coopération
RMCE.....	Revue du marché commun européen
RMCUE.....	Revue du marché commun de l'Union européenne
RMUE.....	Revue du marché unique européen

RTDE.....Revue trimestrielle de droit européen
UE.....Union européenne
UEMOA.....Union économique et monétaire ouest africaine

INTRODUCTION

«Découvrir les liens là où l'on ignorait qu'il y'en eût, voilà la tâche centrale des recherches scientifiques».

Norbert Elias, *Qu'est que la sociologie?*,

La Tour d'Aigues, Editions de l'aube, 1991, p.17

I. L'EVOLUTION DU DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS:

Léon DUGUIT enseignait que l'étude de l'évolution du droit passe par celle de ses fondements¹. Dès lors, il n'est possible de faire l'économie d'une analyse des mutations des fondements du droit des contrats administratifs en Afrique noire francophone car, de là, émerge le droit de la commande publique.

Dans le dictionnaire Larousse, le fondement est défini comme étant un motif, «l'élément servant de base à» un système, une théorie ou encore «l'ensemble des postulats d'un système»². Partant des analyses de Léon Duguit, Florence GALETTI, distingue deux catégories de fondements du droit public. Les premiers sont les fondements matériels aux sens «*bases matérielles, assises matérielles par lesquelles le droit public s'impose et trouve le moyen de se développer sur le territoire*»³. Les seconds sont les fondements conceptuels, constitués de «*principes simples et essentiels, du raisonnement à partir duquel le droit public (dans ses différentes disciplines) trouve une construction cohérente*»⁴.

Ramenée au droit des contrats administratifs, l'identification de ses fondements matériels et conceptuels nécessite de prendre en compte les deux faces de l'acte d'achat public. Ce moyen d'action de la puissance publique constitue «*autant un acte juridique qu'un acte économique*»⁵. Il apparaît alors nécessaire de rechercher, dans les courants économiques et juridiques qui ont contribué à la transformation des Etats d'Afrique noire

1 Léon DUGUIT, Les transformations du droit public, Paris, A. Colin, 1913. (Réédition: Paris, La mémoire du droit, 1999, 285 p).

2 Le grand Larousse illustré, Paris, Larousse, 2015.

3 Florence GALETTI, Les transformations du droit public africain francophone: entre étatisme et libéralisation, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 74.

4Ibidem.

5 Patrick SCHUILTZ, *Eléments du droit des marchés publics*, Paris, LGDJ, 2002, 2e éd. p. 21.

francophone et de leurs droits publics, les facteurs des mutations du droit des contrats administratifs.

Il n'est plus de doute que ces transformations se sont faites dans le sens d'une libéralisation de l'Etat et de son droit. Pour reprendre les mots du professeur André CABANIS, le droit administratif, qui, il est vrai, ne *«peut être neutre, ne serait-ce que parce qu'il vise partout et toujours à construire un ordre politique, est devenu un droit «au service d'un ordre libéral»*⁶.

Le droit administratif en Afrique noire francophone doit cette libéralisation à un double mouvement interne et international se renforçant mutuellement. C'est la raison pour laquelle une classification des facteurs de par leur origine ne semble pas pertinente. L'observation permet d'appréhender une évolution en trois temps et à l'issue de laquelle les fondements conceptuels et matériels du droit des contrats administratifs ont changé. La première séquence qui s'est intensifiée dans la décennie 90 a permis de jeter les bases d'un ordre administratif favorable à la modification des procédés de l'administration et au développement d'une «administration contractuelle»⁷. Il s'agit de la libéralisation du droit administratif (A). La seconde, plus récente, se focalisant sur les enjeux que présente le développement du contrat dans l'action publique, s'est appliquée à libéraliser le droit des contrats administratifs (B). Le troisième temps de cette évolution est caractérisé par une vague de réformes sans précédent et au sortir desquelles le droit des contrats administratifs s'est profondément renouvelé (C).

A. LES FACTEURS MEDIATS: LA LIBERALISATION DU DROIT ADMINISTRATIF

⁶ André CABANIS, «Dire le droit en Afrique francophone, Rapport de synthèse», in Mamadou BADJI, Olivier DEVAUX et Babacar GUEYE, (sous la dir. de), *Droit sénégalais*, 2013, n° 11, p. 312.

⁷ Renaud DENOIX de SAINT MARC, «La question de l'administration contractuelle», *AJDA*, 2003, n° 19, pp. 970-972

Les changements économiques, politiques et sociaux qu'ont connus les Etats d'Afrique noire francophone ne sont pas étrangers aux transformations observées dans le champ du droit administratif. Deux d'entre eux vont retenir notre attention. Il s'agit d'une part de la libéralisation dans le champ politique (1) et d'autre part de la libéralisation dans le champ économique (2).

1. L'incidence de la libéralisation politique sur les mutations du droit administratif

La libéralisation dans le champ politique a permis de mettre en place des institutions, des procédés juridiques et plus globalement un cadre conceptuel et matériel favorable au développement de la contractualisation dans l'action publique. Cette libéralisation s'est manifestée à travers le choix de la démocratie libérale opéré dans les années 90 en Afrique noire francophone.

La philosophie qui anime les régimes constitutionnels va participer à la refondation des régimes administratifs⁸. Irrigant de sa sève le droit administratif, le droit constitutionnel⁹ va lui insuffler son précepte majeur: le respect de l'Etat de droit. Selon Raymond CARRE de MALBERG l'Etat de droit est celui «*qui dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui même à un régime de droit et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent*

⁸ Placide MOUDOUDOU, «Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone», *Revue juridique et politique*, 2010, n° 1, p. 45). Lebris Gustave BITJOCA, «L'élection comme mode de (re)fondation du pouvoir d'Etat en Afrique», *Actes du colloque sur Pouvoirs et Etats en Afrique francophone, Droit Sénégalais*, 2010, n° 9, 145-184, Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, «Les mutations récentes du droit administratif camerounais », *Afrilex* 2000/01. Jacques CHEVALLIER, «Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel» in Jacques CHEVALLIER (sous la dir. de) *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, pp. 11- 40

⁹ Gérard CONAC, «Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone», in *L'État de droit: Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 107). Louis FAVOREU, «la constitutionnalisation du droit administratif», in *Etat, loi, administration: Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Athènes, éd. Ant. N. Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 97-114. Bernard STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso, 8e éd., 2014, 197 p.

les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques»¹⁰.

Appliqué aux Etats d'Afrique noire francophone, il prend forme à travers les réformes initiées dans le champ de la justice constitutionnelle¹¹ et de la justice administrative¹², dispositif nécessaire au contrôle de l'Etat et à la protection des droits et libertés des citoyens. Comme dirait le professeur Jean RIVERO, l'Etat de droit offre à l'administré la possibilité de s'en prendre aux décisions administratives qui méconnaîtraient la règle de droit¹³.

L'avènement de l'Etat de droit conduit à repenser le rôle de l'administration, ainsi que la nature des procédés juridiques qu'elle utilise pour accomplir sa mission. Il est plus précisément question de la place du contrat dans son action¹⁴. Le droit administratif

¹⁰ Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Sirey, 1920, rééd. Paris, CNRS, 1962, Tome premier, p. 490

¹¹ Babacar KANTE, «Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique», in *Constitutions et pouvoirs, mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Monchrétien-Lextenso, 2008, pp. 265-276. Comlanvi Prudent Tchihoungnan SOGLOHOUN, *Le juge constitutionnel dans le processus de démocratisation en Afrique, Analyse comparée des cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo*, Paris, Presse Universitaire francophone, 2013, 656 p.; Ibrahim SALAMI, *La protection de l'Etat de droit par les cours constitutionnelles africaines: analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, Lille, ANRT, 2006, 445 p.; Gérard CONAC, «Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone», *op. cit.*; Mouhamadou Mounirou SY, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique: L'exemple du Sénégal*, Paris, L'harmattan, 2007, 562 p.

¹² Babacar KANTE «Conseil d'Etat et Etat de droit, La contribution des Hautes juridictions administratives à l'édification de l'Etat de droit, Rapport général», *Revue administrative*, n° spécial 6 – 1999, pp. 113-118 Claude MOMO, «L'évolution du modèle de justice administrative en Afrique subsaharienne francophone», *RJP*, 2013, n° 3, pp. 314-361.

¹³ Jean RIVERO, «L'administré face au droit administratif», *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 148.

¹⁴ Les contrats auxquels il est fait référence ici sont ceux par lesquels l'administration confie la gestion d'un service public à un tiers (délégation de service) ou achète les prestations nécessaires à la gestion courante (marchés publics). Ne sont donc pas concernés les contrats utilisés comme méthode d'administration (Ex: les contrats - plan, les conventions d'établissement, les accords de programmes, les contrats de stabilité). Leur point commun est qu'au même titre que l'acte unilatéral, il s'agit d'instruments de gestion et d'administration des affaires publiques. Mais contrairement à ce dernier, ils permettent à l'administration d'obtenir l'accord et l'engagement de son partenaire pouvant être une entreprise privée ou semi- public moyennant des avantages qui peuvent être fiscaux, douaniers, réglementaires. Alain BOCKEL, «Les contrats administratifs», in Abd-el Kader BOYE, (sous la dir.), *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, vol. 9, Abidjan Dakar, Lomé, Nouvelles éditions africaines, 1982, p. 215 et s). Demba SY, *La technique des contrats-plan au Sénégal: contribution à l'étude de la contractualisation des relations entre l'Etat et les entreprises du secteur parapublic*, Thèse de

africain était au service d'une administration de souveraineté¹⁵. Autrement dit, il était tourné vers la volonté d'affirmer l'autorité de l'Etat et de consolider l'unité nationale. Le maintien de l'ordre public et la mise en place d'une stratégie de développement focalisaient toute action étatique. C'est la raison pour laquelle ce droit administratif a aussi été qualifié de droit administratif du développement¹⁶. L'Etat agissait davantage par voie d'acte administratif unilatéral¹⁷ d'un point de vue juridique et à travers son secteur public sur le plan économique. Les marchés publics étaient alors le principal outil contractuel utilisé. Ce type de contrat avait l'avantage, pour reprendre les mots de Thomas BIDJA NKOTTO, de circonscrire la collaboration du partenaire étranger à la durée de la prestation et ce, moyennant un prix qui préserve les susceptibilités nationales¹⁸.

La démocratisation des instances de gouvernance¹⁹ figure aussi parmi les ferments au développement d'un droit administratif donnant plus de place au contrat. Jadis caractérisés par une centralisation du pouvoir²⁰, les Etats-nations en Afrique ont manifesté la volonté d'atténuer la centralisation. Il ne faudrait cependant pas éluder le rôle des

droit public, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, 1989, 682 p. Moustapha SOURANG, *La technique contractuelle dans les rapports Etats-entreprises étrangères : contribution à l'étude des conventions d'établissement conclues par les Etats africains*, Doctorat d'Etat, Droit public, Université Bordeaux 1, 1980.

¹⁵ Joseph BINYOUN, «Bilan de 20 ans de jurisprudence de la Cour suprême du Cameroun , première partie, 1957-1965», *Revue camerounaise de droit*, n° 15 et 16, 1978, p. 31.

¹⁶ Demba SY, «L'évolution du droit administratif sénégalais», *Revue EDJA*, décembre 2005, p. 52.

¹⁷ François FERAL, «Contrat public et action publique»: au cœur d'une administration régulatrice», in *Contrats publics: Mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 1, p.529 à 532)

¹⁸ Thomas BIDJA NKOTTO, *Les contrats de l'administration au Cameroun*, Lille, Agence nationale de reproduction des thèses, 2000, p. 2).

¹⁹ Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, «Les mutations récentes du droit administratif camerounais, *op. cit.* NATIONS UNIES, Département des affaires économiques et sociales, *Monographie sur les réformes de l'administration publique de quelques pays africain, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Ghana, le Sénégal*, Nations Unies, 1999. Une comparaison peut être faite avec les évolutions observées dans le fonctionnement et les méthodes de l'administration intervenues en Europe du fait de la crise de l'Etat providence. Comme l'explique le professeur CHEVALLIER, dans tous les Etats occidentaux on a pu observer un mouvement de fond tendant à l'assouplissement des méthodes de gestion, à la responsabilisation des dirigeants et à l'amélioration du service rendu aux usagers. Jacques CHEVALLIER, «La politique française de modernisation administrative», in *L'Etat de droit: mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 69-87. Voir aussi Charles DEBBASCH «Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française», in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, pp.343-354.

²⁰ Voir Gérard CONAC, «Le développement administratif des Etats d'Afrique noire», in Gérard CONAC (sous la dir. de), *Les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique noire*, Paris Economica, 1979, pp. V-LXIV

bailleurs de fonds dans ce choix. La marche vers la décentralisation doit aussi être lue sous l'angle des conditionnalités démocratiques²¹. Toutefois, quelles que puissent être ses origines, la décentralisation permet de procéder à une répartition des compétences et des ressources entre l'administration centrale et les collectivités locales amenées à s'administrer librement.

L'apparition des autorités administratives indépendantes doit aussi être classée dans cette démarche de démocratisation des institutions de gouvernance²². Elles participent au partage des pouvoirs de l'exécutif, fonction à laquelle il faut ajouter un objectif de protection attentive et équitable des libertés. Ce double rôle des autorités administratives indépendantes sera abordé ultérieurement lorsque l'étude se penchera sur la question des autorités de régulation dans le champ de la commande publique.

La libéralisation dans le champ politique a aussi entraîné une modification de la physionomie des relations entre les gouvernants et les gouvernés²³. Les citoyens africains

²¹ Charles NACH MBACH, *Genèse et dynamiques des réformes décentralisatrices dans les Etats d'Afrique subsaharienne (1900-2000): une approche comparée: Bénin, Burkina Faso, Gabon, Cameroun, Mali, Niger*, Thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 2000, 2 vol., 283 p et 253 p. Matthieu FAU-NOUGARET, «Originalité et convergence des phénomènes de décentralisation en Afrique subsaharienne», *Afrilex*, 2009.

La contrainte des forces extérieures ne se limite pas à la décentralisation. Elle constitue un fil conducteur des transitions démocratiques au même titre que les contraintes économiques et les revendications des populations en faveur de la démocratie. Comme l'explique le professeur du BOIS de GAUDUSSON, «il a souvent fallu tout le poids de "la nouvelle conditionnalité" des organismes internationaux et des bailleurs de fonds, ou pour les Etats liés à la France, de ce que l'on a surnommé la "Paristroïka" pour surmonter les réticences des chefs d'Etats». Jean du BOIS de GAUDUSSON, «Trente ans d'institutions constitutionnelles et politique. Points de repère et interrogations», *Afrique contemporaine*, 1992, n° 164, pp. 50-58. Voir aussi Romuald Bienvenu GOBERT, «De la conditionnalité économique à la conditionnalité politique: les vicissitudes de la démocratie en Afrique subsaharienne francophone», *RJP*, n°2, 2007, p-p. 149-179. Ahmed MAHIOU, «Droit international et droit constitutionnel: de la non intervention à la bonne gouvernance», in *Droit constitutionnel et mutations de la société internationale*, Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Tunis, 2003, pp. 157-228.

²² Sébastien Y. LATH, «Les caractères du droit administratif des États africains de succession française. Vers un droit administratif africain francophone?», *RDP*, 2011, n° 5, p. 1279. Voir aussi, Jean du BOIS de GAUDUSSON, «Le juriste français et l'institution des autorités administratives indépendantes en Afrique», in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs: Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 65-76. 29. Ngor NGOM, *Réflexion sur un phénomène récent en Afrique: les autorités administratives indépendantes*, Thèse de doctorant, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2000.

²³ Bénédicte FISCHER, *Les relations entre l'administration et les administrés au Mali: contribution à l'étude du droit administratif des Etats d'Afrique subsaharienne de tradition juridique française*, Thèse de doctorat

n'ont cessé de manifester leur attachement d'une part, au rejet des pratiques qui se trouvent en marge du droit et d'autre part, en faveur de l'effectivité de l'Etat de droit, dont les nouvelles constitutions se voulaient porteuses²⁴. Ainsi, s'est clairement imposée, au lendemain des transitions démocratiques, l'idée que tant la légitimité des pouvoirs publics que du droit public ne pouvait plus reposer que sur le but d'intérêt général que poursuivent les autorités publiques, mais devait être assis sur « *les méthodes du pouvoir, leur efficacité, leur acceptation par les citoyens* »²⁵.

C'est dans ce contexte que la transparence s'est introduite dans le fonctionnement de l'administration et dans l'élaboration du droit administratif. Peu à peu, elle s'est érigée comme le but et le moyen de l'action publique. Elle est devenue une condition de l'action administrative et le secret qui, jusque là, entourait le travail des administrations publiques a commencé à reculer. C'est à ce titre que la transparence est considérée comme l'une des « *manifestations les plus frappantes de la transformation du droit administratif* »²⁶. Dans le champ des contrats administratifs, elle a été une réponse aux attentes des citoyens pour *un système honnête et performant, aux demandes des milieux économiques en faveur de mécanismes leur permettant de se porter candidats aux marchés dans les meilleures conditions et aux requêtes de l'administration elle même qui réclament des procédures simples et indiscutables*²⁷.

Le choix de la démocratie libérale a eu des prolongements importants dans le droit administratif des Etats d'Afrique noire francophone. Mais, ainsi qu'il a été invoqué, le contrat administratif est aussi un acte économique. La libéralisation du droit des contrats

en droit public, Université de Grenoble, 2011, 701 p. Maurice KAMTO, «Les rapports Etats société civile en Afrique», *RJPIC*, n° 3, octo-déc 1994, pp 285-291.

²⁴ Florence GALETTI, *Les transformations du droit public africain francophone: entre étatisme et libéralisation*, op. cit. p. 508.

²⁵ Isabelle Muller-Quoy, «Que reste-il des «transformations du droit public» de Léon Duguit?» in Geneviève KOUBI et Isabelle MILLER-QUOY (sous la dir. de), *Sur les fondements du droit public – De l'anthropologie au droit*, Bruylant, Bruxelles, 2003. p. 150).

²⁶ Roberto CARANTA, «Transparence et concurrence» in Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS (sous la dir.) *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 146.

²⁷ Babacar GUEYE, «Le nouveau code sénégalais des marchés publics, entre réponse aux attentes de la société civile et prise en compte des influences communautaires», *Revue des marchés publics*, n°4, septembre 2011, p. 23).

administratifs ne pouvait alors s'accomplir sans une libéralisation dans le champ économique.

2. L'incidence de la libéralisation économique sur les mutations du droit administratif

Soucieux de garder le monopole de l'économie nationale afin de mener à bien leur politique de développement, les dirigeants africains ont adopté des politiques économiques qui restreignaient la liberté d'entreprendre. Ils optaient par la même, pour une stratégie de développement du secteur public. La philosophie interventionniste qui régissait le fonctionnement des Etats Africains dans les années qui ont suivi les indépendances est bien décrite par Hachimi SANNI YAYA selon qui *«pour nombre de gouvernements à cette époque, seul l'Etat était capable de prendre en charge la création et le développement d'infrastructures publiques, et c'est également à lui que revient, à travers les entreprises publiques, d'élaborer les politiques de développements en pesant de tout son poids sur les divers paramètres économiques»*²⁸. Le professeur Maurice KAMTO justifiera l'extension du rôle de l'appareil d'Etat africain à tous les aspects de la vie nationale par la nécessité de venir à bout de l'immense responsabilité qui lui incombait à l'époque à savoir *«gagner le pari du développement et de la modernisation de leur pays»*²⁹

L'interventionnisme économique des Etats va se traduire notamment par la nationalisation d'entreprises étrangères présentes sur leur sol et par la création d'entreprises publiques. Les nationalisations ont pu être justifiées par la volonté de lutter contre tout néocolonialisme³⁰. Mais la mainmise de l'Etat sur l'activité économique en

²⁸ SANNI YAYA Hachimi, *Les privatisations en Afrique occidentale, entre mythes et réalités, promesses et périls: l'administration publique africaine à la croisée des chemins*, Québec, Presse de l'Université de Laval, Coll. Nord-Sud, 2007, p. 66.

²⁹ Maurice KAMTO, note sous CS/CA jugement du 26 mai 1984, Dame veuve Ongono Régine, *Penant* 1989, n°801, p. 519)

Dans le même sens l'on explique qu'au lendemain des indépendances, on attendait de l'Etat qu'il soit «le démiurge du développement». Jean-François Médard, «L'Etat patrimonialisé », *Politique Africaine*, 1990, n° 39, p. 25.

³⁰ Jean-Claude GAUTRON et Bernard ZUBER, «Les entreprises publiques et semi publiques du Sénégal» in François CONSTANTIN, Christian COULON et Jean du BOIS de GAUDUSSON (sous la dir. de), *Les*

général participait aussi à la légitimation du pouvoir politique, laquelle était intrinsèquement liée à la maîtrise du pouvoir économique. *«L'Etat avait besoin de s'ériger en Etat-patron pour mieux conforter son autorité régaliennne d'autant plus que les pays considérés disposaient de ressources naturelles importantes (café, cacao, bauxite, coton etc.)»*³¹. Le service public a servi à renforcer la puissance publique, pour reprendre les mots de Florence GALETTI³².

Sont alors mises en place des politiques garantissant la gestion de toutes les activités économiques par les entreprises publiques. L'Etat régnait en maître sur tous les secteurs de l'économie que ce soit dans le secteur industriel, commercial, bancaire ou agricole. L'économie était administrée, soumise aux autorisations, licences et à toutes sortes de restrictions³³. De telles politiques ne laissaient que très peu de place à la contractualisation dans l'action publique et au développement d'un secteur privé qui puisse fournir des cocontractants sérieux et efficaces capables de soutenir la commande publique.

Mais cet Etat, «promoteur du développement économique n'est pas parvenu à tenir son rôle d'accumulateur de capitaux susceptibles de le financer»³⁴. Les causes de cet échec sont multiples: corruption, dépenses de prestige, surendettement consécutif au premier choc pétrolier, retournement de conjoncture à la fin des années 1970 se traduisant pas la

entreprises publiques en Afrique noire, tome I, Sénégal- Mali- Madagascar, Paris, Pédone, 1979, p. 3 et 4). Pour ces auteurs, les nationalisations remplissaient plus une mission de lutte contre tout néocolonialisme qu'une simple volonté d'intervenir dans le secteur privé. Ils expliquent ainsi que *«l'irradiation du secteur public participe donc de l'idéologie de la décolonisation, à la fois rupture avec l'ordre ancien et tentative d'établir sinon l'égalité des intérêts en présence (publics privées) du moins une impossibilité durable de recolonisation pour l'avenir. Elle étend le domaine des responsabilités de l'Etat à la gestion directe et contribue à lui donner une assise plus large»*.

³¹Hachimi SANI YAYA, *Les privatisations en Afrique occidentale, entre mythes et réalités, promesses et périls: l'administration publique africaine à la croisée des chemins*, op. cit. p. 69

³²Florence GALETTI, *Les transformations du droit public africain francophone: entre étatisme et libéralisation*, op. cit. p. 452

³³Voir en ce sens Léopold N. BOUMSONG, «Le rôle de la politique de concurrence dans la promotion du développement économique au Cameroun», Sixth United Nations Conference to review all aspects of the set of multilaterally agreed equitable principles and rules for the control of restrictive business practices, Geneva, 8-12 novembre 2010, Session III: The role of competition policy in promoting economic development.

³⁴ Abdoulaye NIANDOU SOULEY, «Ajustement structurel et effondrement des modèles idéologiques : Crise et renouveau de l'Etat africain», *Études internationales*, 1991, n° 2, vol. 22, p. 254. Jean du BOIS de GAUDUSSON, «Crise de l'Etat interventionniste et libéralisation de l'économie en Afrique» RJPIC, janv. 1984, p.1-11.

baisse des recettes d'exportation, hausse des taux d'intérêt, déficit du budget de l'Etat et de la balance des paiements etc. Il faut aussi mentionner la part de la charge sociale qui pesait sur les Etats, en tant que premier employeur, dans cette crise³⁵. L'échec des stratégies de développement autocentré eurent raison de l'interventionnisme de l'Etat³⁶. Les théories libérales du développement firent leur retour³⁷. L'offensive de désétatisation est lancée³⁸. Le libéralisme entendu comme «la pensée que l'art de mieux gouverner serait celui de moins gouverner»³⁹ se déploie dans tous les Etats en proie aux ajustements structurels. Ils sont contraints de privatiser⁴⁰. Les services publics dont la gestion a été externalisée par ce

³⁵ Demba SY, «L'évolution du droit administratif sénégalais», op. cit. p. 56

³⁶ Lise BREUIL, Renouveler le partenariat public-privé pour les services d'eau dans les pays en développement - Comment conjuguer les dimensions contractuelles, institutionnelles et participatives de la gouvernance?, Thèse de doctorat, Ecole nationale du génie rural, des eaux et des forêts, 2004, p. 100 et s.

³⁷ Ce retour s'opère à travers les programmes d'ajustements structurels. Le professeur Bonnie CAMPBELL souligne à cet égard que, «*loin d'être politiquement neutres et de jouer un rôle d'efficacité technique comme on le suggère, ces programmes sont conçus de façon à orienter les interventions de l'Etat de manière à délaissier certaines stratégies de développement. Plus précisément, ce sont des stratégies non orientées vers l'exportation et celles qui favorisent des réformes sociales qui sont remises en cause par le processus d'ajustement et de désétatisation*». Bonnie CAMPBELL, «Débats actuels sur la reconceptualisation de l'Etat par les organismes de financement multilatéraux et l'USAID», in GEMDEV (Groupement Economie mondiale, Tiers monde, Développement), *Les avatars de l'Etat en Afrique*, Paris, Éd. Karthala, 1997, p. 80.

³⁸ Jean-Bernard AUBY, «La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif», *AJDA*, 2001, p. 914.

³⁹ Jacques Donzelot et Colin Gordon, «Governing Liberal Societies – the Foucault Effect in the English-speaking World», *Foucault studies*, 2008, p. 57. Dans le même sens, Frédéric SAULNIER, «Essai sur la gouvernance et les transformations actuelles du droit public», *Revue de la recherche juridique*, 2007, n°1, pp. 305-326

⁴⁰ Patrick PLANE relève à cet égard que «*Les privatisations nous apparaissent plutôt comme le résultat des contraintes conjuguées de l'environnement interne et externe. Ce faisant, le désengagement de l'Etat serait davantage dicté par des sentiments de résignation que par une adhésion de cœur*». Patrick PLANE, «Les services publics africains à l'heure du désengagement de l'Etat», *Problèmes économiques*, n° 2.587 du 21 octobre 1998, p. 21. Voir aussi Jean du BOIS DE GAUDUSSON, «Crise de l'Etat interventionniste et libéralisation de l'économie en Afrique», *RJPIC*, 1984, vol. 38 / 1, p. 6 et s.

Sur le thème général des privatisations, on peut voir par exemple: Filiga Michel SAWADO, «La privatisation des entreprises publiques au Burkina Faso», *Revue Burkinabé de droit*, 1995, n°27, pp. 9-38. Célestin TCHACOUNTE LENGUE, *Les privatisations en Afrique, l'exemple du Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2011, 315 p. Ibrahim CHITOU, *La privatisation des entreprises du secteur moderne en Afrique subsaharienne: Bénin, Côte d'Ivoire, Sénégal, Togo*, Thèse de doctorat en Sciences économiques, Université Paris 1, 1991, 440 p. Afeikhna JEROME, «La participation du secteur privé aux infrastructures en Afrique» in BANQUE AFRICAINE de DEVELOPPEMENT et NATIONS-UNIES (Commission économique pour l'Afrique), *Mondialisation, institutions, et développement économique en Afrique*, Actes de la conférence économique 2008, Paris, Economica, 2010 pp. 301-327. Michel KERF et Warrick SMITH, *Privatizing Africa's Infrastructure, Promise and Challenge*, World Bank Technical Paper, n°337, 1999/09, 99 p. WORLD BANK, *Adjustment in Africa, Reforms, Results, and the road ahead*, Oxford University Press, 1994.

biais sont nombreux⁴¹. Ceci prend la forme d'un transfert vers les personnes privées des moyens d'intervention de l'Etat (par exemple: la cession de ses actifs dans les sociétés publiques). L'externalisation se matérialise aussi à travers l'association plus importante des personnes privées à l'action étatique par la contractualisation (contrats de concession, affermage,). Ce qui donne une impulsion nouvelle au contrat dans l'action publique.

Le désengagement de l'Etat des secteurs productifs va produire des effets sur son droit⁴². Le droit administratif va accélérer sa mutation. En effet, le recul de l'interventionnisme de l'Etat en Afrique est allé de pair avec la contestation du droit de l'Etat interventionniste: le droit administratif⁴³. Ainsi, «*la purge libérale*» aura pour conséquence d'une part de mettre un terme à l'omnipotence du droit administratif, en tant que «*droit des structures de l'Etat et droit de la philosophie de l'action publique*» et d'autre part de réorienter le droit administratif industriel et commercial édicté jadis par l'Etat interventionniste⁴⁴.

Le droit administratif de l'Etat interventionniste, fondé sur l'inégalité en raison de la particularité de sa finalité, de la spécificité des personnes auxquelles il s'applique et de celle des procédés utilisés par ces derniers, était devenu incompatible avec l'idée de libéralisation de l'économie qui met sur le même piédestal les intérêts publics et privés⁴⁵. La limitation de son développement, devenue nécessaire, se fit à travers les atteintes portées à ses notions fondamentales que sont le service public, la puissance publique,

⁴¹ Bertrand du MARAIS, «Les délégations de service public au service du développement: expérience et approche de la Banque Mondiale», *RFDA* n°3, juin 1997, pp 101-113. Moussa SAMB, «Privatisation des services publics en Afrique Subsaharienne», *Afrilex*, juin 2009, 39 p. Célestin SIETCHOUA DJUITCHOKO, «Recherches sur la concession en droit administratif camerounais dans le contexte de la libéralisation économique à la fin du XXe s.», *Revue EDJA*, n° 52, janv.-fév.-mars 2002, pp. 7-30.

⁴² Magloire ONDOA, «Ajustement structurel et réformes du fondement théorique des droits africains post coloniaux: l'exemple camerounais», *RASJ*, vol. 1, 2001, p. 8 cité par Jacques BIAKAN, «La réforme du cadre juridique des finances publiques au Cameroun: La loi portant régime financier de l'Etat», in ONDOA, Magloire (sous la dir.), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 16.

⁴³ Florence Galletti, *Les transformations du droit public africain francophone: entre étatisme et libéralisation*, op. cit. p.464 et s.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 465

⁴⁵ *Ibidem*. p. 467

l'intérêt général. L'on assista à la désagrégation du service public à travers la suppression des budgets qui lui sont destinés, l'arrêt de la création de nouveaux services publics et la suppression de certains existants. La remise en cause du droit administratif est aussi passée par celle de sa finalité, qu'est l'intérêt général⁴⁶. Dans la conception libérale qui sévit alors, le droit administratif devrait davantage s'attacher à l'objet de l'acte qu'à la finalité de celui-ci.

L'orientation libérale des transformations du droit exige aussi que le droit administratif soit défini suivant une perspective nouvelle fondée sur le lien entre l'Etat et le marché d'une part et l'Etat et l'entreprise d'autre part⁴⁷. Ce qui signifie que le droit administratif économique africain devrait alors traiter de sujets tels que la fiscalité, la monnaie, la finance, les échanges nationaux et internationaux etc. Prenant en compte les liens entre l'Etat et l'entreprise, ce droit administratif économique traiterait de la concurrence entre les opérateurs économiques, il superviserait leurs rapports contractuels etc. Telle est la conception du nouveau droit administratif africain que les bailleurs de fonds voulaient voir émerger et intégrer au droit économique.

Les transitions démocratiques et le retrait de l'Etat des secteurs productifs ont modifié le droit administratif et les procédés juridiques qu'il consacre ouvrant ainsi la voie au développement de l'action contractuelle des personnes publiques. Mais ces facteurs sont insuffisants pour justifier l'état actuel du droit des contrats administratifs. En effet, à la contractualisation croissante de l'action publique va répondre un vaste mouvement d'internationalisation du droit des contrats administratifs parce que l'objet de cette discipline présente plusieurs enjeux qui dépassent les espaces nationaux⁴⁸. C'est à partir de là que se sont dessinés les paradigmes qui fondent le droit des contrats administratifs tels qu'il ressort des textes les régissant aujourd'hui.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 468

⁴⁷ *Ibidem.* p. 473. Voir aussi, Auguste NGUELIEUTOU «L'évolution de l'action publique au Cameroun: l'émergence de l'Etat régulateur», *Polis, Revue camerounaise de science politique*, 2008, n° 15, pp. 85-109.

⁴⁸ Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010, 264 p.

B. LES FACTEURS IMMEDIATS: LA LIBERALISATION DU DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Les réformes dans le domaine des marchés publics, de la privatisation des entreprises publiques, de l'investissement «ne sont-elles pas matériellement l'expression de la volonté du FMI ou de la Banque mondiale?». Cette interrogation soulevée dans une étude sur «*Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique francophone*»⁴⁹ permet de fixer le cadre des causes les plus récentes des transformations du droit des contrats administratifs en Afrique noire francophone.

La première conférence sur *La passation des marchés publics en Afrique*, qui a eu lieu à Abidjan en novembre 1998 est souvent présentée comme étant le point de départ des réformes de «*la passation des marchés publics*»⁵⁰. Dans le langage des organisations internationales, «la passation des marchés» renvoie à toute activité de commande de prestations réalisée par les autorités gouvernementales ou les organismes placés sous leur contrôle à leur profit ou à destination des usagers du service public. Ainsi apparaît-il que cette expression va au-delà de la catégorie des marchés publics telle que consacrée dans les textes nationaux. Elle inclut notamment les conventions de gestion déléguée des services publics. Depuis la conférence d'Abidjan, les marchés publics en Afrique, n'ont cessé de réunir les pouvoirs publics et les bailleurs de fonds, d'où, en partie, l'attribution à ces derniers de la paternité des réformes.

⁴⁹ Placide MOUDOUDOU, «Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone», *Revue juridique et politique*, 2010, pp. 43-97.

⁵⁰ Banque africaine de développement (BAD), la Banque mondiale (BM), le Centre du commerce international CNUCED/OMC, Programme des nations unies pour le développement (PNUD), *Rapport de la Conférence sur la réforme des marchés publics en Afrique*, Abidjan, Côte d'Ivoire, 30 novembre - 4 décembre 1998, Rapport disponible sur le site des marchés publics de l'UEMOA:

<http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/12484020724f67176d2bc03.pdf>. (dernière consultation le 25/02/2015).

Forum de haut niveau: les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle, Banque africaine de développement, Tunis 16-17 novembre 2009, Voir le site de la BAD: <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283/>

L'effervescence observée autour de ces contrats n'est en réalité que la manifestation d'un mouvement global d'intégration d'une activité économique: la commande de prestations par les entités publiques et du droit applicable à cette activité: le droit des contrats administratifs⁵¹. La diversité des enjeux que cristallise cette activité justifie l'intérêt qui lui est porté au niveau mondial. Parmi ces enjeux, on compte le développement des échanges mondiaux, la bonne gestion des finances publiques, la construction des marchés communautaires, la concurrence à l'échelle planétaire, l'efficacité de l'aide au développement, la lutte contre la corruption etc.⁵². Partant de là, l'on a estimé que les fondements du droit des contrats de l'administration ne pouvaient plus trouver leur assise dans le fonctionnement de l'Etat, mais dans celui du marché mondial⁵³ et de la principale idéologie qu'il véhicule à savoir, la libéralisation.

Les voies par lesquels les droits nationaux vont être saisis par ce courant sont schématisées par le professeur Jean Bernard AUBY. Cet auteur détermine au moins cinq axes par lesquelles le droit des contrats publics s'est trouvé confronté à la globalisation⁵⁴. Deux en particulier ont attiré notre attention du fait de leur impact très visible sur les réformes menées en Afrique. Il s'agit d'une part, de l'intervention des organisations pourvoyeurs d'aide au développement et (1) d'autre part, de l'action des institutions qui conçoivent ces contrats comme des moyens d'expansion du commerce international (2)

⁵¹ Jr DON WALLACE, «The Changing World of National Procurement Systems: Global Reformation», *PPLR*, 1995, n° 2, p. 57-62. Sue ARROWSMITH et Arwel DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, Londres, Kluwer International Law, 1998, 283 p. Andreas. R. ZIEGLER, «De l'inévitable internationalisation de la procédure administrative: l'exemple des marchés publics», in *Mélanges en l'honneur de Pierre MOOR*, Berne, Staempfli, 2005, pp. 623-636. Sue ARROWSMITH et Martin TRYBUS, *Public procurement : the continuing revolution*, The Hague, New York, Kluwer Law International, 2003, 286 p. Sue ARROWSMITH, Geo QUINOT, *Public procurement regulation in Africa*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2013. Jean-Bernard AUBY, «La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif», *op. cit.* p. 912 et s.

⁵² Voir Laurence FOLLIOU-LALLIOT, «La globalisation du droit des marchés publics», *BJCP*, n° 39, mars 2005, pp. 94-100.

⁵³ Hanns ULLRICH, «La mondialisation du droit économique: vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif», *RIDE*, 2003, PP. 291-311

⁵⁴ Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, l'Etat et le droit et l'Etat*, *op. cit.* p.37 et s.

1. L'incidence de l'action des organismes pourvoyeurs d'aides sur les transformations du droit des contrats administratifs

En Afrique, la passation des marchés publics représente une part très importante des dépenses publiques. L'activité d'achat public est estimée entre 5 et 10% du PIB et entre 20 et 40% des budgets nationaux⁵⁵. Au Burkina Faso, par exemple le montant des marchés publics conclus par les autorités contractantes au cours de l'année 2012 s'élevait à 249, 532 milliards de FCFA soit 6,3% du PIB⁵⁶. Au Sénégal, pour la même période, la valeur des marchés publics passés est estimée à 478, 512 milliards de FCFA⁵⁷. Ce montant est évalué à 658,275 pour l'année 2013⁵⁸. Au Cameroun, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics estimait à 340 milliards de FCFA le volume total des marchés publics passés au cours de l'exercice budgétaire 2004. Ce volume a été évalué au cours de chacune des trois années 2010-12, entre 665-680 milliards de FCFA, soit entre 5-6% du PIB⁵⁹.

Au regard de la part des contrats administratifs dans les budgets nationaux, leur gestion s'est imposée dans le débat sur l'efficacité de l'aide au développement. Les bailleurs ont estimé que celle-ci passe notamment par un bon système de passation des contrats financés par les deniers publics et en particulier ceux provenant de l'aide au développement.

⁵⁵Koffi AHOUTOU, «Understanding the political economy of procurement reforms for better results in Africa», Communication au *Forum de haut niveau: les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle*, Banque africaine de développement, Tunis 16-17 novembre 2009, Disponible sur le site de la BAD: <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283/> (dernière consultation le 25/02/2015)

⁵⁶ Autorité de régulation des marchés publics du Burkina Faso (Actuelle Autorité de régulation de la commande publique ARCOP), *Rapport d'activités* 2012, p. 26. En 2009, ce montant était de 269,720 milliards de FCfa, soit 6,9% du PIB: OMC, *Examen des politiques commerciales, Bénin, Burkina Faso et Mali*, 30 août 2010, WT/TPR/236/ , Annexe 2, Burkina Faso, p. 223. Document disponible sur le site de l'OMC www.wto.org/french/tratop_f/tpr_f/tp336_f.htm (dernière consultation le 25/02/2015).

⁵⁷ Autorité de régulation des marchés publics du Sénégal, *Rapport annuel*, 2012 p. 21

⁵⁸ Autorité de régulation des marchés publics du Sénégal *Rapport annuel*, 2013 p. 22

⁵⁹ OMC, *Examen des politiques commerciales, Pays de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale* (CEMAC), *Rapport du secrétariat*, 24 juin 2013, WT/TPR/S/285, Annexe I Cameroun, p. 136.

Pour s'assurer de l'efficacité de l'aide destinée à la réalisation de projets ou programmes, les Banques multilatérales de développement tout comme l'Union européenne, font de l'utilisation de leurs procédures contractuelles une condition de leur financement. Aujourd'hui, parmi les Banques multilatérales de développement, c'est la Banque mondiale qui est en tête en matière de formulation de procédures opérationnelles dont les procédures de passation des contrats de l'administration font partie intégrante. La taille de ses dons et prêts utilisés pour passer des contrats ainsi que l'importance de ses procédures contractuelles lui ont valu d'être qualifiée de «*procurement organization*»⁶⁰. Les Banques régionales de développement telles que la Banque africaine de développement ou la Banque asiatique de développement ont repris dans leurs propres directives les grands principes et procédures de la Banque mondiale.

Lorsque la Banque mondiale finance un projet, la passation des contrats y afférant doit se dérouler selon les procédures conformes aux statuts de l'organisation. Autrement dit, ces procédures doivent permettre à la Banque de remplir les obligations qui s'imposent à elle en vertu de son mandat⁶¹. La plus importante de ces obligations est, sans nul doute, celle qui lui incombe de garantir l'utilisation de ses prêts aux fins auxquelles ils sont

⁶⁰ Susan GEORGE et Fabrizio SABELLI, *Crédits sans frontières: la religion séculière de la Banque mondiale*, Paris, La Découverte, 1994, p. 9. Voir aussi, Tim TUCKER, «A critical analysis of procurement procedures of the World Bank», in Sue ARROWSMITH et Arwel DAVIES, *Public Procurement Global Revolution*, London-The Hague- Boston, Kluwer Law, 1998, pp. 139-157. Ce dernier notait que l'importance des marchés publics passés dans le cadre des projets qu'elle finance ne cesse de croître et que toutes les heures, la Banque mondiale dépensait 2,5 millions de dollars dans le financement de projets. En 2005, les engagements de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) et les crédits de l'Association internationale pour le développement (IDA) dans les pays en développement s'élevaient à 22 milliards de dollars (Banque mondiale, Rapport annuel 2005, disponible sur le site de la Banque: http://siteresources.worldbank.org/INTANNREP2K5/Resources/1397293-1127325073491/51563_French.pdf)

En 2010, ils étaient de 58,7 milliards dont 20% destinés à l'Afrique (Rapport annuel 2010, disponible à l'adresse suivante: <http://go.worldbank.org/IXIFBBWE40>). En 2011, ces engagements ont baissé pour atteindre 57,3 milliards dont 43 milliards sous formes de dons et de prêts au profit des membres de la BIRD et de l'IDA (Banque mondiale, Rapport annuel 2011, disponible sur le site de la Banque <http://go.worldbank.org/TM7ZCAFF60>). (dernière consultation le 25/02/2015).

⁶¹ Voir notamment Tom TUCKER, *op.cit.*, Raphael APELBAUM, «Les contrats conclus dans le cadre des opérations financées par la Banque Mondiale», *Contrats Publics*, 2006, n° 51, pp 41-50. Marta de CASTRO MEIRELES, *The World Bank procurement regulations, A critical analysis of the enforcement mechanism and of the application of secondary policies in financed projects*, Thesis submitted to the University of Nottingham, February 2006, 368 p.

destinés⁶². La responsabilité fiduciaire de la Banque ainsi posée la conduit à instrumentaliser ses procédures en vue d'en faire des moyens de lutte contre la corruption⁶³, le gaspillage, ainsi qu'un outil permettant d'assurer le rendement de ses investissements. Cette obligation découle des articles 3 (section IV) des statuts de la BIRD et de l'article V (Section I) des statuts de l'AID. Ces deux dispositions sont considérées comme étant la «base légale»⁶⁴ des procédures de passation des contrats publics financés par la Banque mondiale. C'est dire combien la responsabilité fiduciaire de la Banque pèse sur ses procédures.

Devant la Banque mondiale, la Communauté européenne et ses Etats membres se posent comme le plus important bailleur de fonds en fournissant 55 % de l'aide internationale et plus de 2/3 de l'aide non remboursable⁶⁵. La coopération pour le financement du développement de l'UE avec les Etats d'Afrique noire francophone passe par le Fonds européen de développement⁶⁶. Lorsque des marchés sont financés avec les

⁶² BANQUE MONDIALE, Statuts de la BIRD, Article III - Section 5, Article 17 «*La Banque prend des dispositions pour s'assurer que le produit d'un prêt quelconque consenti ou garanti par elle est employé exclusivement aux fins auxquelles ledit prêt a été accordé, en donnant aux considérations d'économie et de rendement l'importance qui leur est due*». Disponible sur le Site de la Banque <http://go.worldbank.org/JIWS9BA2W0> ou voir aussi les statuts de l'IDA, article I, également disponible sur: <http://go.worldbank.org/0G1JRZQOP0>. (dernière consultation le 25/02/2015)

⁶³ Jean Jacques VERDEAUX «La lutte contre la corruption dans les marchés financés par la Banque mondiale» *Contrats Publics*, 2006, n°51 pp. 50-53. Jean CARTIER-BRESSON, «la Banque mondiale, la Corruption et la bonne gouvernance», *Revue tiers monde*, janv.-mars 2000, n° 161, pp. 165-192. Clara DEVALLADE, «Lutte contre la corruption au Burkina Faso et réforme de la gestion budgétaire», *Afrique contemporaine*, 2007, n° 3 - 4, pp. 271-288.

⁶⁴ Bertrand du MARAIS, «Les délégations de service public au service du développement: expérience et approche de la Banque Mondiale», *op. cit.* p.109.

⁶⁵ DIRECTION GENERALE DEVELOPPEMENT ET COOPERATION - EUROPEAID: *EU, the largest donor in the world*, 2011, publié sur le site d'EuropeAid: (Consulté le 10/05/2013) http://ec.europa.eu/europeaid/infopoint/publications/europeaid/259a_en.htm. COMMISSION EUROPEENNE, OFFICE DE COOPERATION EUROPEAID, La mise en œuvre de l'Aide extérieure de la Commission européenne situation au 1^{er} janvier 2001, Document de travail, p. 4. Disponible sur le site de la Direction générale Développement et Coopération –EuropeAid (Consulté le 10/05/2013) http://ec.europa.eu/europeaid/multimedia/publications/index_fr.htm. Louis MICHEL, «L'accord de Cotonou profite au plus pauvre» in COMMISSION EUROPEENNE, Direction générale du développement et des relations avec les Etats ACP, *Accord de partenariat ACP-CE, signé à Cotonou le 23 juin 2000, Révisé à Luxembourg le 25 juin 2005*, Luxembourg, office des publications officielles des communautés européennes, 2006, p.3).

⁶⁶Jean RAUX, «Afriques-Caraïbes-Pacifique», *Répertoire communautaire Dalloz*, 2003, pp. 1 à 33. Kinvi LOGOSSAH, Jean-Michel SALOMON et Henri SOLIGNAC LECOMTE, «L'Accord de Cotonou et

ressources du FED, les Etats ACP doivent accepter l'utilisation de procédures qui permettent d'assurer à la fois la responsabilité devant les contribuables européens ainsi que la transparence et l'efficacité dans l'attribution des ressources⁶⁷.

Des accords de Yaoundé⁶⁸ aux conventions de Cotonou⁶⁹ en passant par les conventions de Lomé, l'utilisation des ressources du FED dans les projets a toujours été encadrée afin que l'attribution des marchés se fasse dans des conditions permettant l'accès aux entreprises européennes et à celles des pays ACP. Ces procédures qui formellement étaient adoptées, à la suite de négociation entre l'UE et les Etats ACP ont évolué en se conformant davantage aux préoccupations de l'Union européenne et en particulier celle tenant à l'utilisation efficace et responsable des fonds⁷⁰.

l'ouverture économique: un partenariat modèle entre l'UE et les pays ACP», *Revue Région et Développement*, n°14, 2001, pp 13- 36

⁶⁷ ECDPM, «Do procedures hamper policy ambitions», *InfoCotonou* 2003, n° 3, 4 p.

http://ecdpm.org/wp-content/uploads/InfoCotonou_3E.pdf (dernière consultation 26/02/2015).

⁶⁸ C'est avec les conventions de Yaoundé que les procédures contractuelles du FED vont être évoquées dans les conventions réunissant les Etats ACP et la CEE. Ainsi l'article 25 de la convention de Yaoundé I pose la règle de l'ouverture, de la participation aux appels d'offres et aux adjudications, aux ressortissants des Etats de la Communauté européenne et des Etats associés. Convention d'association entre la Communauté économique européenne et les Etats africains et malgache associés à cette Communauté, *JOCE*, n° 64 du 11 juin 1964 pp. 1431-1457

⁶⁹ Accord de partenariat entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, *Journal Officiel des Communautés Européennes*, n° L 317 du 15 décembre 2000, pp 3-284. UNION EUROPEENNE DIRECTION GENERALE DU DEVELOPPEMENT, *Accord de partenariat ACP-CE signé à Cotonou le 23 juin 2000 - Le Courrier. Afrique - Caraïbes-Pacifique - Union européenne*, n° spéciale, Bruxelles, Direction générale du développement, 2000. 1 vol. Bibiane MBAYE GAHAMANYI, Mamadou DANSOKHO et Mamadou DIOUF, *Explique moi l'accord de partenariat ACP- CE, Manuel de facilitation à l'intention des acteurs non étatiques de l'Afrique de l'Ouest*, Bonn, Fondation Friedrich Ebert et Dakar, Enda Tiers-Monde, 2003, 140 p. COMMISSION EUROPEENNE, *Les relations entre l'UE et les pays ACP à l'aube du XIXe siècle. Défis et options pour un nouveau partenariat*, COM (96) 570 final, 20 nov. 1996, Bruxelles. Danielle PERROT (sous la dir.), *Les relations ACP / UE après le modèle de Lomé: quel partenariat?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 533 p. Françoise MOREAU, «L'Accord de Cotonou, genèse et architecture », in Daniel PERROT (sous la dir.) *ibidem*. pp. 29-40. Bernard PETIT, «Le nouvel accord de partenariat ACP-UE», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 437, 2000, pp. 215-219.

⁷⁰ D'ailleurs, la Commission de l'UE n'a pas attendu l'obtention d'un accord sur le nouveau texte pour le mettre en œuvre. Ainsi, dès 2006, elle avait déjà entamé la révision du règlement financier du 9^e FED d'une part pour y transposer les modifications proposées dans le cadre de la révision du règlement financier applicable au budget général et, d'autre part, pour anticiper les modifications prévues à l'annexe IV de l'Accord de Cotonou (Les articles 74 et 76, 77 et 78 du règlement financier du 9^e FED ont été modifiés afin que leur référence aux articles 28 et 21 de l'Annexe IV (dont la Commission demandait la suppression) soit

La dernière séquence de cette évolution a été la révision de l'annexe IV de l'Accord de Cotonou portant sur les procédures de mise en œuvre et de gestion. A l'origine de cette modification, il y a la recherche de simplification des procédures de l'action extérieure de l'Union⁷¹. Le nouvel article 19c de cette annexe prévoit désormais que *«sous réserve de l'article 26, les contrats et subventions sont passés et octroyés selon les règles communautaires et, sauf dans les cas spécifiques prévus par ces règles, selon les procédures et documents standards définis et publiés par la Commission pour la mise en œuvre des actions de coopération avec les pays tiers et en vigueur au moment où la procédure en question est lancée»*⁷². En alignant les procédures de passation et d'exécution des marchés financés par le FED sur les procédures du Budget de l'Union européenne, l'on franchit un pas dans la budgétisation du FED⁷³. Ce qui signifie qu'à terme, le FED devra

effacée. Voir CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, Règlement (CE) n° 309/2007 du 19 mars 2007 modifiant le règlement financier du 27 mars 2003 applicable au 9^e Fonds européen de développement, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 82 du 23 mars 2007, pp. 1- 3.

⁷¹ Selon la Commission, le nombre de procédures d'appel d'offres a été ramené de 46 à 8. La transparence a également été renforcée par la publication de tous les appels d'offres et appels à propositions sur un site web, parallèlement à leur parution au Journal officiel de l'Union européenne. COMMISSION EUROPÉENNE, *Réforme de l'aide extérieure: quatre ans après (2000–2004)*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés Européennes, 2004, p. 7.

⁷² Annexe IV, Procédures de mise en œuvre et de gestion, article 19 c, Accord modifiant, pour la deuxième fois, l'accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000 et modifié une première fois à Luxembourg le 25 juin 2005», *JOUE*, n° L 287, du 4 novembre 2010, pp.3-49.

⁷³ Le FED est différent des autres instruments financiers de l'Union européenne en ce qu'il procède des États membres et ne figure pas au budget général de l'Union. Toutefois, sa budgétisation est une perspective de plus en plus proche et c'est dans ce cadre qu'il faut inscrire plusieurs réformes menées par la Commission notamment l'alignement des textes relatifs au FED sur ceux du budget. Voir, COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Vers une pleine intégration de la coopération avec les pays ACP dans le budget de l'UE*, Bruxelles le 8.10.2003, COM (2003) 590 final. Aujourd'hui le FED reste le seul poste de dépense qui échappe à l'autorisation du parlement, or cette situation n'est pas conforme aux dispositions actuelles du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

Le Traité de Lisbonne adopté le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1er décembre 2009 associe désormais le Conseil et le Parlement à l'adoption des mesures nécessaires à la mise en œuvre de la politique de coopération au développement de l'Union. Désormais l'article 209 (ancien article 179 du traité CE) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que «1. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent les mesures nécessaires pour la mise en œuvre de la politique de coopération au développement, qui peuvent porter sur des programmes pluriannuels de coopération avec des pays en développement ou des programmes ayant une approche thématique». Voir notamment François FINCK, «L'évolution de l'équilibre institutionnel de l'UE sous le prisme des relations

conformément aux nouvelles dispositions du traité de Lisbonne être soumis au contrôle du parlement européen.

Les évolutions dans la définition des procédures contractuelles du FED ne sont en définitive que le résultat des réformes menées au niveau européen qui tendent à donner la priorité à l'objectif d'efficacité et de transparence dans l'usage des ressources. De ce fait, elles perdent de leur originalité par rapport aux procédures des banques multilatérales de développement et en particulier, par rapport à la Banque mondiale ⁷⁴. Ainsi que l'écrit le professeur Jean-Marc SOREL, c'est tout le modèle de partenariat de l'Union européenne qui «*s'est progressivement aligné sur les principales institutions financières et les spécificités de l'Union européenne ont disparu au profit d'un modèle universel de conditionnalité calqué sur celui de FMI*»⁷⁵. Ce qui atteste d'une mutation profonde dans les rapports entre l'UE et les Etats ACP.

En définitive, les procédures contractuelles des bailleurs contiennent une charge idéologique importante et sont orientées vers la réalisation d'objectifs qui ne correspondent pas toujours à ceux que les Etats cherchent à atteindre à travers leurs contrats administratifs. C'est la raison pour laquelle, en termes de modèles, elles sont décriées⁷⁶.

extérieures depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 594-1.

⁷⁴ Jean-Marc SOREL, «L'implication des conditionnalités économiques des institutions financières internationales sur les relations ACP-UE: modèle en crise ou crise des modèles», in Daniel PERROT (sous la dir.). *Les relations ACP / UE après le modèle de Lomé: quel partenariat?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 462-491.

⁷⁵ Ibidem. Voir Aussi Catherine HAGUENAU-MOIZARD et Thierry MONTALIEU, «L'évolution du partenariat UE-ACP: de l'exception à la normalisation», *Monde en développement*, 2004/4, vol. 32 n° 128

⁷⁶ En guise d'exemple, les textes de la Banque mondiale, en dépit des révisions successives pour simplifier et accroître leur efficacité, sont qualifiées de directives «particulièrement conservatrices». Ce que l'on veut dire par là, c'est qu'elles obligent les emprunteurs à utiliser des méthodes de passation très ouvertes faisant appel à beaucoup de soumissionnaires. Ces méthodes sont d'ailleurs communément acceptées dans les autres systèmes de régulation des contrats publics. Mais au fil du temps on s'est aperçu que l'approche conservatrice des directives de la Banque s'est accentuée contrairement aux autres systèmes qui ont évolué en adoptant une approche donnant un peu plus de liberté aux autorités contractantes. La Banque n'a confiance qu'en ses procédures et aucun Etat ne se voit transposer des procédures aussi rigides pour y recourir en dehors des marchés financés par elle. Voir sur ce sujet: Eli W. DEBEVOISSE (E.W), Christopher R. YUKINS, «Assessing the World Bank proposed revision of its procurement guidelines» *The Government*

Mais, le fait que ces procédures soient limitées aux marchés financés dans le cadre de l'aide projet ou de l'aide programme, ne satisfait plus aux partenaires internationaux qui voudraient l'ouverture de tous les marchés passés par les Etats en développement d'autant plus que dans cette catégorie figurent les marchés financés par l'aide budgétaire.

C'est ainsi qu'après plusieurs initiatives visant à inciter les Etats à réformer leurs systèmes nationaux de passation des marchés⁷⁷, les bailleurs de fonds ont convenu dans le cadre de la déclaration de Paris, de la nécessité d'accroître l'efficacité de l'aide en utilisant notamment l'alignement des procédures des bailleurs sur les procédures nationales (procédures en matière de finances publiques, de comptabilité, d'audit, de passation des marchés publics etc.). Mais pour ce faire, il fallait préalablement soumettre ces dernières à des évaluations et les réformer s'il apparaît qu'elles ne sont pas conformes aux standards internationaux. S'il a été prévu que le diagnostic doit se faire dans un cadre défini d'un commun accord, les outils utilisés sont cependant ceux mis en place par les bailleurs et en particulier la Banque mondiale et ce, bien avant la déclaration de Paris.

Le plus connu de ces outils est le Rapport analytique sur la passation des marchés (CPAR) mis en place par la Banque mondiale et ce bien avant la déclaration de Paris. A l'origine, le but de cet outil était de mesurer la transparence et l'intégrité des systèmes nationaux de gestion des marchés afin d'évaluer le risque encouru par les projets financés par la Banque. Mais, les CPAR se sont au fil du temps, imposés comme des *«schémas-directeur des programmes de réformes des marchés publics financés, conçus et souvent*

contractor, vol. 52, n°21, May 2010, pp. 1-5 (Disponible sur le site du Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=1616763>) (dernière consultation le 26/02/2013)

⁷⁷ Parmi elles figure l'initiative conjointe appelée Table ronde sur le renforcement des capacités des PED dans le domaine de la passation des MP mis en place par la BM et l'OCDE en 2002. Le but de la Table ronde était de «définir les bonnes pratiques ou d'élaborer d'autres produits utiles que les pays en développement puissent adopter en vue d'améliorer leurs propres systèmes» L'objectif à long terme étant de permettre aux donateurs d'utiliser les systèmes nationaux de passation des marchés. Les résultats des travaux menés au sein de la Table ronde ont fait l'objet de publications. Ex: OCDE/ CAD, *Harmoniser l'aide pour renforcer son efficacité, Volume 1, document sur les bonnes pratiques*, Paris, OCDE, 2003. OCDE/CAD, *Harmoniser l'aide pour renforcer son efficacité. Volume 2, Le soutien budgétaire, les approches sectorielles et le développement des capacités en matière de gestion des finances publiques*, Paris, OCDE, 2006.

mis en œuvre par le personnel ou les consultants de la Banque Mondiale, qui font même souvent office de « nègres » pour la rédaction des lois relatives à la passation des marchés, déterminant ainsi la manière dont sont dépensés les fonds publics des pays pauvres»⁷⁸. Ce qui a pour effet d'aligner les systèmes nationaux de passation de marchés sur ceux des bailleurs.

Comme autre outil de diagnostic, il y a le Programme dépenses publiques et responsabilité financière (PEFA)⁷⁹ mis en place par des bailleurs dont la Banque mondiale et l'Union européenne. Il permet une évaluation des systèmes nationaux de gestion des contrats à travers l'évaluation des finances publiques. Parmi les indicateurs de mesure figure la transparence, la qualité de la réglementation des marchés publics et la consécration de l'appel d'offres ouvert comme procédure privilégiée de passation. Il en résulte que suivant cette méthodologie, les systèmes les plus ouverts, ceux qui prônent la liberté d'accès à toutes les entreprises nationales et étrangères, donc les systèmes les plus libéralisés sont les mieux notés et sont donc considérés comme les meilleurs systèmes. Autrement dit un système, non libéral, n'en est pas un bon et devra être réformé si l'Etat veut continuer à recevoir l'aide des bailleurs.

Le fait que les partenaires techniques et financiers aient fait de la réforme des systèmes nationaux de gestion des contrats administratifs une question politique a changé la réglementation de ces actes. Réalisées dans un but de libéralisation, elles sont apparues comme un mal nécessaire car elles se sont imposées comme une condition pour obtenir l'aide au développement.

A l'origine des réformes tendant à libéraliser le droit des contrats administratifs, il y'a également l'objectif d'expansion du commerce international.

⁷⁸ Bodo ELLMERS et Javier PEREIRA, *Comment mieux dépenser l'aide, des marchés publics pour une aide efficace*, Rapport EURODAD, septembre 2011, p. 21.

⁷⁹ Public Expenditure and Financial Accountability, <http://www.pefa.org/>

2. L'incidence des actions en faveur de l'expansion du commerce international sur les transformations du droit des contrats administratifs

Une distinction doit être faite entre les lois types de la CNUDCI qui ont conduit à des modifications consenties des textes relatifs aux contrats administratifs (b) et les textes et politiques de l'OMC, de l'UE et de la BM dont l'influence est contestée (a).

a. L'influence contestée des actions de l'Organisation mondiale du commerce, de la Banque mondiale et de l'Union européenne

Selon l'OMC, les marchés publics représentent 15% des échanges internationaux⁸⁰. L'on ne s'étonne pas alors que ces contrats se soient retrouvés au cœur des négociations commerciales dans le cadre du cycle d'Uruguay. Mais les pays en développement et en particulier ceux d'Afrique ont refusé d'adhérer à l'Accord plurilatéral sur les marchés publics issu de ce cycle⁸¹. Par la suite, si ce sujet a fait partie des questions de Singapour⁸², il a été exclu des négociations du Cycle du développement de DOHA⁸³.

⁸⁰ Koffi AHOUTOU, «Understanding the political economy of procurement reforms for better results in Africa», *op. cit*

⁸¹ A propos de l'accord sur les marchés publics: Andreas. R. ZIEGLER, «De l'inévitable internationalisation de la procédure administrative: l'exemple des marchés publics», *op. cit.* Gérard de GRAAF et Mike KING, «L'accord sur les marchés publics dans le cadre de l'Uruguay Round», *RMUE*, 1994, pp. 67-82. Thiébaud FLORY, «Les marchés de fournitures et les accords du GATT», *Revue du marchés commun*, 1989, n° 332, pp. 654-657. Pierre DIDIER, «Le code sur les marchés publics du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté», *Cahiers de droit européen*, 1996, vol 32, n° 3- 4, pp. 257-328. Petros MAVROIDIS et Bernard HOEKMAN, *The World Trade Organization's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership?*, Policy research paper 1429, Word Bank, 1995, 21 p. Sue ARROWSMITH et Robert D. ANDERSON, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2011, 858 p.

⁸² Quatre questions mises à l'agenda de l'OMC lors de la conférence ministérielle de décembre 1996 à Singapour: commerce et investissement, politique commerciale et de la concurrence, transparence des marchés publics et facilitation des échanges.

⁸³ OMC, Décision du 1er août 2004, n° WT/L/579 - 2 août 2004. Les pays en développement ont rejeté l'inclusion des marchés publics dans les négociations commerciales internationales au motif que leur ouverture profiteraient plus aux industries du nord qui gageraient de nouveaux débouchés qu'à ceux du sud. Ils estiment aussi que les procédures prévues dans l'accord sur les marchés publics ne diffèrent pas de beaucoup de celles appliquées dans le cadre des marchés de l'aide au développement. Au regard de l'importance de l'aide, ces procédures sont largement utilisées. Pour les cas où elles ne le seraient pas,

Dans les pays en développement, les besoins annuels d'investissement en infrastructure sont estimés à 4,5% du PIB. Ils peuvent aller jusqu'à 10% du PIB si on y ajoute la maintenance. Alors que dans les pays industrialisés, ces besoins se situent entre 1 et 2% du PIB⁸⁴. La réalisation de ces infrastructures constituent des marchés (au sens de lieu où se rencontre l'offre et la demande) potentiels pour tous les opérateurs économiques qu'ils soient nationaux ou internationaux.

Mais dans nombre de ces Etats, les contrats administratifs ont été considérés comme relevant de la souveraineté et constituant un domaine de protectionnisme d'Etat⁸⁵. Ce qui signifie pour ces Etats une maîtrise totale de leur commande publique permettant l'instrumentalisation de celle-ci à des fins de réalisation de politiques publiques notamment (exemple: soutien du secteur privé, soutien à certaines catégories sociales comme un GIE de femmes à travers l'insertion de critères les privilégiant etc.)⁸⁶. En même temps, ces contrats peuvent aussi permettre aux pouvoirs publics de choisir les entreprises qui doivent profiter de la dépense publique, ce qui par ailleurs, a souvent permis de nourrir un certain clientélisme.

Mais pour les organisations qui œuvrent en faveur de l'expansion du commerce international, ces mêmes contrats sont des opportunités d'investissement pour les

l'utilisation de l'appel d'offres dans la plupart des marchés permet l'accès à leurs marchés à toutes les entreprises. Enfin, ils estiment que si le but de l'accord n'est que le développement du commerce, alors il existe des opportunités au niveau régional dont ils peuvent se saisir en signant des accords régionaux de libéralisation des marchés publics.

⁸⁴ Frédéric MARTY et Arnaud VOISIN, les partenariats public-privé dans les pays en développement: Déterminants, risques et difficultés d'exécution, 2^e journées de développement des GRES *Quel financement pour le développement*, Article disponible sur <http://www.infotheque.info/cache/9183/beagle.u-bordeaux4.fr/jourdev/Programme.html> (dernière consultation le 26/02/2015).

⁸⁵ Alfonso MATTERA, «Les marchés publics derniers remparts du protectionnisme des Etats», *RMUE*, 1993, pp. 5-12.

⁸⁶ Mathieu HEINTZ, «La commande publique, outil d'interventionnisme», *RFDA*, 2010, pp. 760-763. Philippe GODFRIN, «Quelques aspects récents de la politique des marchés publics», *ADJA*, 1970, pp. 209-219. Claire ETRILLARD, «Commande publique et développement durable», *LPA*, 8 mars 2007, n°49, pp. 3-11. Christopher MC CRUDDEN, «Social policy issues in public procurement, a legal overview» in Sue ARROWSMITH, et Arwel DAVIES, *Public Procurement Global Revolution*, London-The Hague- Boston, Kluwer Law, 1998, pp. 219-239

entreprises issues de leurs Etats membres et ne sauraient par conséquent être exclus du champ des échanges internationaux. Ce qui a conduit l'Union européenne en particulier, par la voie de la commission, à insister sur le fait que les questions de Singapour n'auraient pas dû sortir des négociations du cycle de Doha. Et, c'est la raison pour laquelle dans sa communication sur *l'Europe compétitive*, la Commission européenne place ces questions à un niveau élevé dans la liste des priorités de l'Union européenne en matière de commerce extérieur pour le début du 21^e siècle⁸⁷.

De son côté, la Banque mondiale considère elle, que les réformes des systèmes nationaux de gestion des marchés devraient «contribuer de manière significative à la réalisation des objectifs commerciaux, par le biais d'une plus grande ouverture. En adoptant des politiques équivalentes à celles de la Banque pour tous les marchés publics, les pays seront moins enclins à utiliser ces marchés publics de manière inadaptée, à des fins de protection nationale [...]. La Banque vise à garantir des règles du jeu équitables permettant aux entreprises étrangères de participer dans le cadre de procédures de passation des marchés publics attirant la concurrence internationale»⁸⁸.

Partant de là, d'autres canaux que l'Accord sur les marchés publics de l'OMC vont être trouvés pour libéraliser les procédures nationales de passation des contrats. Parmi elles, il y'a l'action des partenaires techniques et financiers au titre l'efficacité de l'aide. Dans leur approche, l'usage efficace des budgets publics dans les contrats passe par le recours à des procédures concurrentielles. La diversité des soumissions qu'induisent de telles procédures, permet aux autorités contractantes d'obtenir un bon rapport qualité-prix. Il y a donc complémentarité entre les actions en faveur de l'efficacité de l'aide et celle en faveur de l'expansion du commerce de biens, de services et de travaux.

⁸⁷ COMMISSION EUROPEENNE, *Global Europe, Competing in the world - A contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy*, COM/2006/ 0567/final.

⁸⁸ BANQUE MONDIALE? *Use of Country Procurement Systems in Bank-supported Operations. Proposed piloting program*, Board Document R2008-0036/1, Washington DC, Banque Mondiale, 2009,

Ceci se confirme avec les instruments élaborés pour mesurer la performance des systèmes nationaux de gestion des marchés afin d'améliorer l'efficacité de l'aide. En effet, certains d'entre eux se sont distingués par l'importance qu'ils donnaient aux indicateurs tournés vers la mesure de la libéralisation des échanges⁸⁹.

Concernant l'Union européenne, face au rejet de l'accord sur les marchés publics de l'OMC et l'exclusion d'un accord sur la transparence et les marchés publics dans les négociations du cycle de Doha, elle a trouvé le moyen de ramener les questions de Singapour⁹⁰ dans ses négociations avec les Etats ACP sur les Accords de partenariat économique⁹¹. Certains ont dénoncé un «*Acharnement de la commission européenne sur les questions de Singapour*»⁹². Aujourd'hui à travers les accords de partenariat économique, l'UE négocie avec les ACP, ce que ces derniers ont refusé à l'OMC c'est-à-dire un accord impliquant une libéralisation plus poussée de leurs marchés publics. Cette libéralisation ne touchera cependant pas les marchés non financés par le FED. Ces derniers restent soumis à l'Accord de Cotonou et demeurent ainsi la chasse gardée de l'Union européenne⁹³.

⁸⁹ Tel est le cas de l'outil Country Policy and Institutional Assessment - (CPIA). Bodo ELLMERS et Javier PEREIRA, *Comment mieux dépenser l'aide, des marchés publics pour une aide efficace op. cit.* p. 21

⁹⁰ Bibiane MBaye GAHAMANYI, «Investissement, concurrence et marchés publics: chassés par la porte à l'OMC, les thèmes de Singapour reviennent par la fenêtre dans les APE», *Passerelles* (Publication du Centre international pour le commerce, l'intégration et le développement), mai-juin 2007, pp. 6-7.

⁹¹ A propos de ces Accords: Jean-Pierre DUFAU et Alioune SOUARE, *Les accords de partenariat économique (APE) entre l'Union européenne et 79 Etats d'Afrique, Caraïbes, Pacifique*, Rapport présenté lors de la Session parlementaire de la francophonie, Kinshasa 5-8 juillet 2011. Joseph Jean-Louis CORREA, *L'OMC à l'épreuve des Accords de Partenariat Economique et de l'intégration économique africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 304 p. Sanoussi BILAL, Sophie HOUEE, et Stefan SZEPESEI, *Rexpaco- La dimension commerciale du partenariat ACP-UE: l'Accord de Cotonou et les APE*, Document de réflexion ECDPM, n° 60, Maastricht, ECDMP, 61 p.

⁹² Helen COLLINS et Christian MESETH (sous la coord. de), *Accords de partenariat économique UE-ACP: faits et questions fondamentales*, Parlement européen, OPPD, 2011, p. 28. Sanoussi BILAL, «Les accords APE, tremplin ou pierre d'achoppement?», *Eclairage sur les négociations* (publication de l'ECDPM), fév. 2008, vol. 7, n° 1, pp. 1-3. ECDPM, «Vue d'ensemble des négociations régionales des APE», *EnBref*, nov. 2006, n° 14A, pp. 1-6.

⁹³ Bibiane MBaye GAHAMANYI, «Investissement, concurrence et marchés publics: chassés par la porte à l'OMC, les thèmes de Singapour reviennent par la fenêtre dans les APE», *op cit.* p. 6.

Au début des négociations, certaines des régions ACP ont refusé leur inclusion dans les négociations. Pour eux, l'ouverture de leurs marchés en vertu des APE mettrait fin à leur liberté d'adosser à cette activité, certaines politiques secondaires. De même la crainte de la prédation par les prix et la constitution de monopoles par les entreprises étrangères font partie des raisons évoquées⁹⁴. Mais avec la signature des APE, les Etats ACP et en particulier ceux d'Afrique, acceptent de négocier l'ouverture de leurs marchés publics aux entreprises de l'Union européenne⁹⁵.

Finalement, des réformes proposées pour promouvoir la libéralisation des échanges par les marchés publics, celles venant de la CNUDCI ont été les seules à avoir eu un écho favorable auprès des Etats africains.

b. L'écho favorable des lois types de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI)

La loi type sur la passation des marchés publics et le guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, ont pour but de proposer des modèles de dispositions

⁹⁴Tomasz IWANOW et Colin KIRKPATRICK, «Marchés publics et APE», *Eclairages sur les négociations*, (publication de l'ECDPM et du Centre international pour le commerce et le développement durable), fév. 2009, vol. 7, n° 1, p. 15.

⁹⁵Ex: le Cameroun a ratifié l'Accord de Partenariat Economique (APE) UE-Afrique Centrale pour le commerce et le développement. Il s'agit d'un accord intérimaire signé par les deux parties le 15 janvier 2009 et devant entrer en vigueur le 4 août 2014 suite à la ratification par l'ensemble des Etats de l'Union européenne. Cet accord contient une disposition relative à la transparence des marchés publics et prévoyant que cette question fera l'objet de négociations ultérieures. Il ressort en effet de l'article 59 intitulé «Poursuite des négociations dans le domaine des marchés publics» que les parties négocieront l'ouverture progressive et mutuelle de leurs marchés publics. Pour ce faire, elles concluront avant le 1er janvier 2009 des négociations sur une série d'engagements éventuels sur les marchés publics qui concerneront notamment les règles transparentes et non discriminatoires, les procédures et principes à appliquer les listes des produits couverts ainsi que les seuils appliqués, les procédures efficaces de contestation etc. Accord d'étape vers un accord de partenariat économique entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la partie Afrique centrale, d'autre part, *JOUE*, n° L57 du 28 février 2009.

De même l'Accord de partenariat économique entre les Etats de l'Afrique de l'ouest, la CEDEAO et l'UEMOA, d'une part et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part contient un article 62 intitulé «clause de rendez-vous» (COM(2014) 576 final). Cette disposition prévoyant que les parties engageront des discussions sur plusieurs thématiques dont l'investissement et les marchés publics. La feuille de route devra être fixée dans les mois suivant la conclusion de l'accord. le 10 juillet 2014 à Accra les chefs d'Etat de la CEDEAO ont approuvé définitivement l'APE. les Etats de la CEDEAO ont commencé à ratifier le texte le 15 décembre 2014 en marge du sommet de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), tenue à Abuja.

que les Etats peuvent incorporer directement ou adapter en élaborant de nouveaux textes. Le but de tels textes est de proposer des dispositions à vocation universelle, susceptibles d'être appliquées dans tous les ordres juridiques nationaux⁹⁶. Les pays en développement sont représentés au même titre que ceux qui sont développés et participent à l'élaboration du droit commercial international. Cette recherche d'universalité peut rencontrer des obstacles lorsque les matières sur lesquelles légifère l'organisation drainent des enjeux cruciaux et mettent en jeu des intérêts divergents. Tel a été le cas avec la loi type sur les marchés publics et le guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé. C'est ce qui explique que ces deux textes se limitent à proposer des règles techniques relatives à la passation de ces contrats⁹⁷.

La loi type sur la passation des marchés adoptée le 1er juillet 2011⁹⁸ remplace celle relative à la passation des marchés de biens, de travaux et de services du 15 juin 1994. Le texte de 1994 définit sous forme d'objectifs, les principes qui doivent fonder la réglementation des marchés publics. La réglementation des marchés doit promouvoir selon le texte: la transparence, l'efficacité, l'économie, l'ouverture, l'égalité entre les opérateurs locaux et non nationaux, la concurrence etc. Comme toutes les législations internationales relatives aux contrats d'achat public, celle adoptée par la CNUDCI aborde l'épineuse question de l'ouverture des marchés nationaux aux entreprises internationales⁹⁹. Elle propose l'appel d'offres comme procédure de passation de droit commun des marchés publics. Ce texte promeut aussi la décentralisation dans la gestion des procédures de passation et propose la mise en place d'institutions adaptées pour porter les réformes basées sur la loi type.

⁹⁶ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, «les méthodes de la CNUDCI, le choix de l'instrument», *LPA* n° 252, du 18 décembre 2003, p. 47.

⁹⁷ Philippe «La C.N.U.D.C.I. et la défense des intérêts du commerce international», *LPA*, n° 252 du 18 décembre 2003, p. 38.

⁹⁸ CNUDCI, Loi type sur la passation des marchés publics, Document A/66/17, annexe I, adoptée le 1er juillet 2011. Publiée notamment dans CNUDCI, *Loi type sur la passation des marchés publics*, Nations Unies, New York 2014.

⁹⁹ Robert HUNJA, «The UNCITRAL model law on procurement of goods, construction and services and its impact on procurement reform», in Sue ARROWSMITH, et Arwel DAVIES, *Public Procurement Global Revolution*, London-The Hague- Boston, Kluwer Law, 1998, pp. 97-109

A son tour, la loi type de 2011 confirme les objectifs visés dans le texte de 1994 qu'elle modernise en ce qui concerne les procédures. Ainsi, elle traite en plus des procédures classiques, de la communication par voie électronique, des modalités de rejet des offres anormalement basses, des enchères inversées, ainsi que des accords cadres¹⁰⁰.

Quant au Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé adopté le 29 juin 2000 à l'occasion de la 33e session de la CNUDCI à New York, il vise à renforcer et à sécuriser la dynamique des investissements. L'idée de mener des travaux sur les projets d'infrastructure à financement privé a été abordée dès 1992, lors du congrès sur *Le droit commercial uniforme au XXIe siècle*¹⁰¹. Il était alors question d'envisager une réflexion sur le «mécanisme de financement des projets «Constructions, exploitation, transfert». En 1993, la question d'un guide ou d'une loi type sur les projets de «construction-exploitation-transferts» n'était envisagée que parmi les travaux futurs possibles de la CNUDCI¹⁰².

Pourtant l'année qui a suivi, le secrétariat fournit une note dans laquelle le Projet «Construction, exploitation, transfert» est décrit comme «l'octroi par l'Etat d'une concession temporaire à un consortium privé pour l'exécution d'un projet; le consortium construit, exploite et gère le projet pendant un certain nombre d'années, en récupérant ses dépenses de construction et en dégageant des bénéfices grâce à l'exploitation commerciale dudit projet. Lorsque la concession prend fin le projet est transféré à l'Etat»¹⁰³. Mais au fur et à mesure que les travaux avançaient, l'expression Projet «Construction, exploitation,

¹⁰⁰ Christopher YUKINS et Laurence FOLLIOT-LALLIOT, «Révision de la loi type sur les marchés publics de la CNUDCI», *Contrats publics, ACCP*, 2006, n° 51, pp. 36-40. Sue ARROWSMITH et UNCITRAL, *Reform of the UNCITRAL model law on procurement : procurement regulation for the 21st century*, West, 2009.

¹⁰¹ CNUDCI, *Le droit commercial uniforme au XXIe siècle: actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, New York, 18-22 mai 1992, New York, Nations Unies, 1995, 326 p.

¹⁰² CNUDCI, *Note du secrétariat, propositions relatives aux travaux futurs possibles présentées lors du congrès de la CNUDCI*, 26e session, Vienne, 23 juin 1993, A/CN.9/378

¹⁰³ CNUDCI, 27e session, New York, 31 mai - 17 juin 1994, A/CN.9/399.

transfert» parut restrictive. La Commission de la CNUDCI estima qu'elle «ne correspond qu'à un type particulier de projets d'infrastructure à financement privé alors que la pratique dans ce domaine évolue et révèle l'existence de plusieurs types d'arrangements qui ne correspondent pas au mécanisme du projet CET. Il en est ainsi par exemple des projets « construction, possession, exploitation», «construction, possession, location, transfert», «construction, possession, exploitation, transfert»¹⁰⁴. L'objectif de la commission était donc de donner à ses travaux un large champ d'application¹⁰⁵. Finalement, au sens du Guide, les projets d'infrastructures à financement privé s'entendent de tous «projets d'infrastructure qui comportent une obligation, de la part des investisseurs sélectionnés, d'entreprendre des travaux de construction, de réparation ou d'extension en échange du droit de faire payer, soit au public, soit à une autorité publique, l'utilisation de l'infrastructure ou les services qu'elle fournit». Cette définition permet d'atteindre le contrat BOT et ses différentes déclinaisons plus connues dans les pays anglo-saxons ainsi que les conventions de délégation de service public et les récents contrats de partenariat public-privé.

Le Guide propose aux législateurs nationaux soixante onze «Recommandations concernant la législation»¹⁰⁶. Il s'agit de principes législatifs que les Etats sont invités à suivre pour élaborer les textes nationaux sur les projets d'infrastructures à financement privé. Le 7 juillet 2003, la CNUDCI a adopté un texte intitulé Dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé afin de compléter le guide. Ce texte de 2003 propose aux Etats destinataires des modèles de dispositions.

¹⁰⁴ CNUDCI, «Projets d'infrastructure à financement privé, guide de la législation des projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitre, Rapport du Secrétariat général», trentième session, Vienne 12-30 mai 1997, A/CN.9/438.

¹⁰⁵ Il ressort de la note de la commission que «la dénomination proposée a pour intérêt de dire clairement que le travail de la commission dans ce domaine s'étend à tous les arrangements concernant les projets d'infrastructure publique dans lesquels intervient un financement privé, y compris, mais non pas seulement les arrangements CET».

¹⁰⁶ A propos de ce Guide, voir Bruno DE CAZALET et John D. CROTHERS, «Présentation du guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé», *RDAL*, n°6, 2001, pp 699-710. Laurence FOLLIOT-LALLIOT, «Vers une approche unifiée de la convention de délégation de service public -Etat d'avancement des travaux de la Commission des Nations Unies pour le Droit International sur les projets d'infrastructure à financement privé», *RFDA*, septembre-octobre 2003, pp 893-902.

Le Guide est structuré en deux parties. La première regroupe les recommandations en question réunies en sept chapitres dont la présentation détaillée constitue l'objet de la seconde partie. Les chapitres traitent respectivement du «Cadre législatif et institutionnel», des «Risques de projets et appui des pouvoirs publics», de la «sélection du concessionnaire». Au stade de la construction et de l'exploitation du projet, le guide s'intéresse aux questions tenant aux rapports entre le «cadre législatif et l'accord de projet» (chapitre IV), à la «Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet» (Chapitre V), au «Règlement des différends» (chapitre VI), et enfin le chapitre VII traite des «Autres domaines pertinents du droit».

Certes, à l'image de nombreuses organisations internationales, la prépondérance des idées et des représentants des Etats du nord et en particulier des Etats de Common Law caractérise la CNUDCI¹⁰⁷. Mais le caractère non contraignant de ses lois modèles, parfois considéré comme le point faible de son action additionné aux conditions de leur élaboration ont fait leur fortune¹⁰⁸. En Afrique, le Sénégal par exemple, s'en est inspiré pour réformer son Code des marchés publics en 2002. Par ailleurs, le législateur de l'UEMOA s'en est aussi inspiré. Cela a entraîné une diffusion des règles de la CNUDCI dans les Etats membres de l'UEMOA.

L'édiction au niveau planétaire de réglementations dans une perspective libre-échangiste a bouleversé les conceptions nationales du droit des contrats administratifs. Les référents à la base de la production des règles y relatives ont évolué pour produire un droit des contrats conçu sur le modèle libéral. Du contenu de ces «standards internationaux» a

¹⁰⁷ Marie-Claire PONTHEAU, «Trois interprétations de la globalisation juridique, Approche critique des mutations du droit public», *AJDA*, 2006, pp. 20-25

¹⁰⁸ Robert HUNJA, «The UNCITRAL model law on procurement of goods, construction and services and its impact on procurement reform», *op. cit.* p. 104 et s.

été adoptée ce qu'ils comportent de plus emblématique ou d'essentiel, à savoir «l'idéologie concurrentielle»¹⁰⁹ qui les fonde.

La transition libérale dans le champ des contrats administratifs se fera concrètement par une réforme des systèmes de gestion des contrats qui existaient dans la plupart des Etats d'Afrique noire francophone.

C. LES REFORMES DES REGLEMENTATIONS NATIONALES RELATIVES AUX CONTRATS ADMINISTRATIFS

Dans un contexte de bouleversement de leur environnement économique, politique et juridique et surtout des postulats à la base du droit des contrats administratifs, les autorités règlementaires et législatives, vont repenser la manière dont ces contrats doivent être passés, exécutés et contrôlés. C'est le troisième temps de l'évolution du droit des contrats administratifs. Aidées par les institutions communautaires et internationales, ces autorités vont réformer les systèmes nationaux de gestion des contrats administratifs à partir des années 90. La dynamique des réformes va connaître une accélération à partir de l'année 2000.

Ainsi, en Afrique de l'ouest, l'UEMOA a adopté des directives d'harmonisation des procédures et organes de contrôle des contrats administratifs. Ces directives ont été transposées dans tous ses Etats membres¹¹⁰. En Afrique centrale, les règlements

¹⁰⁹ Expression empruntée au Professeur Yves GAUDEMET, Préface à la Thèse de Hélène HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Paris, L.G.D.J. col., Bibliothèque de droit public, t. 260, 2009, p. V.

¹¹⁰ Au Bénin, les directives communautaires ont été intégrées dans la Loi n° 2009-02 du 7 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin, Texte disponible sur le site de l'Autorité de régulation des marchés publics du Bénin, www.armp.bj ou <http://armp.bj/index.php/reglementations/code-des-marches-publics> (dernière consultation le 03/03/2015). L'article 11 de cette loi consacre la création d'une Direction nationale et de directions départementales chargées du contrôle des marchés publics. La création d'une autorité de régulation des marchés publics est également prévue à l'article 15 de ce texte (Décret n° 2012-224 du 13 août 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, (ARMP), disponible sur site de l'ARMP: www.armp.bj.

communautaires relatifs au droit de la concurrence fournissent aux Etats un cadre appelant à la convergence des procédures de passation des marchés publics.

Au Sénégal, avant la grande vague des réformes, la dernière réglementation des marchés datait de 1982 avec le décret n° 82-690 du 7 septembre 1982 portant réglementation sur les marchés publics¹¹¹. Mais à partir des années 2000 pas moins de quatre décrets portant Code des marchés publics ont été adoptés en 2002, 2007, 2011 et 2014¹¹². Plus emblématique encore est la révision de la loi du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'administration du Sénégal¹¹³. A travers cette réforme intervenue en

Au Togo, c'est d'abord la loi n° 2009-13 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et aux délégations de service public qui fixe le cadre des institutions et procédures de la commande publique et ce conformément au droit communautaire. (Texte disponible sur le site de l'Autorité de régulation des marchés publics: <http://armp-togo.com/phocadownload/userupload/Loi.pdf> (dernière consultation: le 03 mars 2015)). Sur son fondement, seront adoptés plusieurs textes dont le décret n° 2009-277/PR portant Code des marchés publics et délégations de service public, le décret n° 2009-295/PR qui institue la Direction nationale du contrôle des marchés publics et le décret du 30 décembre 2009 qui crée l'Autorité de régulation des marchés publics. Ce texte a été modifié par le décret n° 2011-182/PR du 28 décembre 2011:

<http://armp-togo.com> ou http://armp-togo.com/phocadownload/decrets/decret_2011_182.pdf (dernière consultation 3 mars 2014).

Au Niger, c'est par une ordonnance en date du 21 février 2008 que le gouvernement a modifié des dispositions du code des marchés publics, issu de l'ordonnance du 8 septembre 2002, afin de rendre la réglementation nationale conforme au droit communautaire. En 2011 ce dispositif sera remplacé par le décret n° 2011-686/PRN/PM du 29 décembre portant code des marchés publics et des délégations de service public. Une loi adoptée la même année fixe les principes généraux ainsi que les modalités de contrôle et de régulation de la commande publique (Loi n° 2011/37 du 28 octobre 2011 portant principes généraux, contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public au Niger.) Le décret n°2011-686/PRN/PM du 29 décembre 2011 a été abrogé. Aujourd'hui, c'est le décret n°2013 - 569 /PRN/PM du 20 décembre 2013 qui régit les marchés publics et les délégations de service public. Textes disponibles sur le site de l'Agence de régulation des marchés publics: www.armp.niger-org.

Au Mali, le décret n° 08-485/P-RM du 11 août 2008 portant procédure de passation d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public transpose la directive communautaire n° 04/2005 du 9 décembre 2005. Les décrets n° 481/P-RM et n° 482/ P-RM 11 août 2008 définissent respectivement l'organisation et les modalités de fonctionnement de la direction générale des marchés publics et de l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public.

¹¹¹ «Evolution du droit des marchés publics, de la période coloniale à l'évaluation du système de passation des marchés publics selon la méthodologie de l'OCDE», *Revue des marchés publics* n° 3, 2011, pp 32-33. Mansour Diop, «L'évolution des marchés publics au Sénégal, repères historiques et faits marquants» *Revue des marchés publics* (Sénégal), 2013, n° 5, pp. 14-18.

¹¹² Il s'agit respectivement des décrets n° 2002-550 du 30 mai 2002 (*JO* n° 6054 du 6 juillet 2002, p.1323 et s.), n° 2007-545 du 25 avril 2007 (*JO* n° 6349 du 2 juin 2007, p. 2901 et s.), n° 2011-1048 du 27 juillet 2011(*JO* n° 6604 du 27 juillet 2011) et n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *J.O.* n° 6812 du 4 octobre 2014.

¹¹³ Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant code des obligations de l'administration, *JO* du 23 août 1965, p. 945 et s.

juin 2006¹¹⁴, le législateur a pour la première fois, modifié les bases du droit des contrats administratifs au Sénégal. La communautarisation du droit des contrats administratifs, sa globalisation, la volonté des autorités nationales de prendre des mesures en adéquation avec leurs contraintes budgétaires, foncières, techniques et l'apparition de nouvelles techniques de contractualisation sont autant de justifications de ces réformes¹¹⁵. Les décrets n° 2007-546 et n° 2007-547 du 25 avril 2007 ont créé respectivement l'autorité de régulation des marchés publics et la Direction centrale des marchés publics chargée du contrôle¹¹⁶, transposant ainsi les exigences communautaires au plan institutionnel.

Au Burkina Faso, le décret du 5 septembre 1970 portant réglementation des marchés administratifs est resté en vigueur jusqu'en 1996¹¹⁷. Mais entre 1996 et 2008, quatre textes ont été successivement adoptés pour régir la matière¹¹⁸. Le dernier en date est celui du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de services publics¹¹⁹. Ce décret transpose les directives communautaires de l'UEMOA relatives aux marchés publics et aux délégations de service public¹²⁰. L'analyse

¹¹⁴ Loi n° 2006-16 du 30 juin 2006, modifiant la loi du 19 juillet 1965 portant code des Obligations de l'administration, *Journal officiel* du 5 août 2006, p. 790 et s.

¹¹⁵ Moustapha NGAÏDÉ, «La loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant le code des obligations de l'administration ou le renouveau du droit des contrats administratifs au Sénégal», *Droit sénégalais*, 2007, n° 6, pp. 105-117.

¹¹⁶ Cette direction remplace la Commission nationale des contrats de l'administration qui aux termes du décret du 7 septembre 1982 remplaçait la Commission des contrats de l'administration. Cette dernière remplaçait à son tour la Commission nationale des marchés. Une des particularités de ces organes qui se sont succédés est qu'ils étaient tous rattachés à la présidence de la République. Ainsi, étaient-ils caractéristique de la présidentialisation du régime. Mansour Diop, «L'évolution des marchés publics au Sénégal, repères historiques et faits marquants», *op. cit.*

¹¹⁷ Décret n° 70-202 PRES.MFC du 5 septembre 1970 portant réglementation des marchés administratifs, *Journal officiel de la République de Haute Volta*, n° 50, du 26 novembre 1970, p. 765 et s.

¹¹⁸ Il s'agit du décret n° 96-059/ PRES/ PM/ MEF du 7 mars 1996 portant réglementation générale des marchés publics. A propos de ce texte, voir Salif YONABA, «La nouvelle réglementation des marchés publics au Burkina Faso», *Revue Burkinabé de droit*, 1997, n° 31, 1^{er} semestre, pp. 55-71. Il y a également le Décret n° 2002-110/PRES/PM/MEF du 20 mars 2002 portant réglementation générale des marchés publics, le Décret n° 2003-269/PRES/PM/MFB du 27 mai 2003 portant réglementation générale des achats publics, *JO spécial* n° 01-2003 du 10 juin 2003.

¹¹⁹ Décret n° 2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, modifié par le décret n° 2012-123/PRES/PM/MEF du 02 mars 2012, *op. cit.* et le décret n° 2013-1148, *J.O.*, n° 22 du 29 mai 2014,

¹²⁰ Décret n° 2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008, *op. cit.*

de ces réformes permet de voir une évolution de la réglementation qui au départ ne concernait que les marchés publics. Le texte de 2003 par exemple excluait de son champ d'application les «*autres catégories de contrats administratifs et notamment les délégations de service public, les concessions de service public, les contrats d'affermage, d'emprunt public et l'offre de concours*»¹²¹.

A partir de 1999¹²², les autorités ivoiriennes se sont lancées dans une réforme d'envergure de la réglementation des contrats administratifs. Un premier Code des marchés publics est adopté le 24 février 2005. Cette nouvelle réglementation a été rendue applicable à partir de l'exécution du budget 2006. Cette réforme avait été inscrite dans une optique de rapprochement des règles nationales avec les standards internationaux. Cependant, après trois ans d'application, quelques insuffisances ont été décelées. Parallèlement, le programme régional de réforme des marchés publics dans l'UEMOA avait abouti à l'adoption de deux directives d'harmonisation des marchés et des délégations de service public. En outre, la communauté des bailleurs de fonds (Banque Mondiale, Union Européenne, Banque Africaine de Développement) a organisé en novembre 2007 et février 2008 un diagnostic des finances publiques, sur la base du PEMFAR (Public Expenditure Management and Financial Accountability Review). A partir de là, la transposition des directives ainsi que la prise en compte des recommandations issues du diagnostic PEMFAR s'imposaient à la Côte d'Ivoire. Le décret n° 2009-259 du 6 août 2009 portant Code des marchés publics a permis de transposer les directives n° 04/2005 et 05/2004 du 9 décembre 2005. Conformément à cette dernière directive, le décret prévoit la création d'une Autorité de régulation des marchés publics distincte de l'entité administrative en

¹²¹ article 181, Décret n°2003-269/PRES/PM/MFB du 27 mai 2003. *op. cit.*

¹²² Avant cette date, le droit des marchés était régi notamment par le décret n° 85-951 du 12 septembre 1985 portant Code des marchés publics et le décret 85-952 du 12 septembre 1985 portant fixation du seuil pour la détermination des compétences des commissions d'ouverture et de jugement. Ces textes ont été remplacés par les décrets n° 92-08 et n° 92-09 du 08 janvier 1992, portant respectivement code des marchés publics et conditions d'approbation des marchés publics. En 1996 la banque mondiale a réalisé sur le système de gestion des marchés, un CPAR dont les conclusions négatives ont conduit à une seconde évaluation nationale en 1998 et au lancement des réformes en 1999.

charge du contrôle des marchés publics et des délégations de service public. Le Code des marchés publics a été modifié par le décret n° 2014-306 du 27 mai 2014¹²³.

En Afrique centrale, le droit des marchés publics du Cameroun a connu deux grandes réformes dans les années 1970 et 1980¹²⁴. Les textes ainsi adoptés ont été modifiés plusieurs fois. Mais les réformes intervenues en 1995 avec le décret du 9 juin portant réglementation des marchés publics¹²⁵ et en 2004 avec le décret n° 2004/275 du 24 septembre 2004¹²⁶, marquent incontestablement une évolution par l'adoption de procédures qui sont plus en phase avec les exigences de libéralisation politique et démocratique.

C'est à travers ces réformes que les mutations du droit des contrats administratifs se sont réalisées. Les textes qui en sont issus ont fait émerger un droit des contrats administratifs renouvelé: le droit de la commande publique.

II. PRECISION DES TERMES DU SUJET: LA NOTION DE COMMANDE PUBLIQUE

Le droit des contrats administratifs en Afrique noire francophone a fait l'objet, à partir des années 2000, d'une série de réformes qui a conduit à l'édiction d'une réglementation nouvelle, porteuse de notions renouvelées et fondées sur des principes et des sources qui le sont tout autant. L'expression commande publique se substitue peu à peu à celle de contrat administratif. Cela n'en fait pas pour autant des synonymes. Dans le

¹²³ *J.O.*, n° 28 du jeudi 10 juillet 2014

¹²⁴ Décret n° 70-DF-530 du 29 octobre 1970 portant réglementation des marchés publics modifié et complété par le décret n° 75-513 du 5 juillet 1975. Décret n°79-35 du 2 février 1979 portant réglementation des marchés publics, *JO de la République Unie du Cameroun*, n° 4 du 15 février 1979, p. 127 et s. Décret n° 80-272 du 18 juillet 1980 modifiant et complétant le Décret n°79-35 du 2 février 1979 portant réglementation des marchés publics, *JO de la République Unie du Cameroun* du 1^{er} août 1980, p. 1245 et s. Décret n° 81-151 du 13 avril 1981, *JO de la république Unie du Cameroun* du 1^{er} mai 1981, p. et s. Décret n° 82-12 du 8 janvier 1982

¹²⁵ Décret n° 95/101 du 09 juin 1995 portant réglementation des marchés publics, *Juridis Info*, oct. Nov. Déc. 1995, pp. 18-29

¹²⁶ Décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics, Disponible sur le site de l'agence de régulation des marchés publics www.armp.cm Rubrique réglementation - Décrets.

langage des organisations internationales, l'expression commande publique est substituée à celle de «passation des marchés» ou «public procurement».

Un «tour du monde»¹²⁷ du droit des contrats des personnes publiques montre que deux principaux systèmes s'opposent¹²⁸. Néanmoins, quel que soit celui que l'on prend en compte, «la commande publique» y sert à caractériser des contrats soumis à des procédures de plus en plus encadrées et fondées sur des principes matriciels communs. Ainsi les contrats de la commande publique sont parmi les contrats des personnes publiques, ceux présentant une certaine unité de leur régime de passation et d'exécution.

Dans le Code des marchés publics et des délégations de service public du Burkina Faso, la Commande publique s'entend de «toutes les formes d'acquisition de biens, services, prestations au profit des collectivités publiques, à savoir notamment le marché public et la délégation de service public»¹²⁹. Cette définition n'est pas éloignée de celles que l'on trouve en droit français. La différence se trouve dans l'origine de la notion. L'expression commande publique est apparue en France dans la décision du Conseil constitutionnel du 23 juin 2003¹³⁰, mais c'est la doctrine qui depuis, essaie de lui donner un contenu¹³¹. Alors que dans les Etats d'Afrique francophone au cœur de notre étude,

¹²⁷ Référence est faite ici à l'ouvrage de Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS, (sous la dir. de) *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 1012 p.

¹²⁸ La première est celle selon laquelle l'administration contractante se trouve dans une «situation d'égalité juridique avec son cocontractant». La conséquence d'une telle approche est qu'elle est «traitée juridiquement comme une personne privée et n'a donc aucune prérogative spécifique *«ipso iure»* par rapport à son cocontractant. Toutefois, des dérogations peuvent être trouvées à cette règle en vertu d'une loi ou des clauses contractuelles à condition que celles-ci ne soient pas contraires au droit commun. En revanche dans les ordres juridiques inspirés par le droit français, le fait que la finalité du droit des contrats soit l'intérêt général, justifie l'inégalité des parties. Ce qui signifie que l'administration dispose *«ipso iure»* de prérogatives exorbitantes. Cette inégalité entre les parties s'illustre surtout dans le cadre de l'exécution. (Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS, «Propos introductifs», in Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS, (sous la dir. de) *Droit comparé des contrats publics*, op. cit. p. 10 et s. Le droit des contrats administratifs dans les Etats d'Afrique noire francophone relève de cette seconde conception.

¹²⁹ Décret n°2008-173 /PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso JO, n° 18 du 1^{er} mai 2008, modifié par le décret n° 2012-123/PRES/PM/MEF du 02 mars 2012, J.O n° 28 du 12 juillet 2012

¹³⁰ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision du 26 juin 2003, n° 2003- 473 DC.

¹³¹ Grégory KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique: l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse de doctorat, Université Paris 2, 2004, 2 vol., 971. François LLORENS, «Typologie des

l'origine de l'expression se trouve dans des textes. La doctrine reprendra cette expression plus tard¹³².

L'on peut ainsi observer que les autorités du Burkina Faso, ont récemment modifié le décret instituant l'autorité de régulation des marchés publics dans le but de dénommer l'institution *Autorité de régulation de la commande publique*¹³³. Au Sénégal, «*les organes de la commande publique*» sont ceux chargés d'organiser la passation des contrats relevant du Code des marchés publics c'est à dire les marchés publics proprement dit et les conventions de délégation de service public. Plus significative encore est l'entrée de l'expression commande publique dans le Code des obligations de l'administration qui est la loi fondamentale en matière de contrats administratifs au Sénégal.

Au delà de cet aspect formel, l'expression commande publique traduit une mutation profonde du droit des contrats administratifs. La notion de commande publique apparaît comme une solution juridique. Ce constat est encore plus pertinent dans les Etats où les textes ne font pas référence à cette notion. Elle permet de réunir tous les contrats administratifs ayant pour objet la commande de prestations quel qu'en soit le bénéficiaire et soumis à un régime encadré et fondé sur des principes communs. Dans sa thèse, le professeur KALFLECHE utilise la notion de commande publique pour qualifier la «*matière des marchés publics*»¹³⁴. Cette dernière regroupe l'ensemble des contrats soumis à des procédures de passation encadrées et par lesquels l'administration se procure des biens.

contrats de la commande publique», *Contrats et Marchés publics*, Mai 2005, n° 5, pp. 12-25. Jean-Marc PEYRICAL, «L'émergence du droit de la commande publique», *Le Moniteur-Contrats publics*, 2010, n°100, pp. 29-32. Éric DELACOUR, «Les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique Du marché public à l'achat public», *Contrats et Marchés publics*, mai 2005, n° 5, pp. 4-11.

¹³² Evelyne MANDESSI BELL, «Du nouveau dans le paysage de la commande publique au Cameroun: les contrats de partenariat s'insèrent dans l'environnement légal camerounais», *Village de la justice*, 18 août 2008. Mayacine DIAGNE, «Les nouvelles tendances du droit des contrats administratifs au Sénégal», *Revue juridique et politique*, 2009, n°1, pp. 102-130, Moustapha NGAÏDÉ, «La loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant le code des obligations de l'administration ou le renouveau du droit des contrats administratifs au Sénégal», *op. cit.*

¹³³ Décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique *J.O* n°40 du 02 octobre 2014.

¹³⁴ Grégory KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique: l'évolution du droit des marchés publics*, *op. cit.* p. 12.

En d'autres termes, au sens où l'utilise cet auteur, la «*matière des marchés publics*» dépassent une catégorie contractuelle précise pour couvrir un ensemble de contrats ayant un objectif commun à savoir procurer à l'administration des biens corporels ou des services ou bien la gestion directe ou indirecte des services publics.

Ainsi, dans le sens où elle est entendue dans notre étude, la notion de commande publique doit être clairement distinguée de celle de marché public. Les marchés publics constituent certes, la catégorie la plus importante des contrats de commande publique. Leurs régimes de passation et d'exécution ont servi de base pour l'élaboration des procédures régissant les autres contrats de commande publique, leurs principes de base ont été étendus aux autres contrats de la commande publique. Mais alors que tous les marchés publics sont des contrats de commande publique, tous les contrats de commande publique ne sont pas des marchés publics.

L'expression commande publique permet de donner un nom générique à des contrats ayant des caractéristiques communes fondées principalement sur leur régime, mais ne répondant pas aux mêmes montages. C'est une notion englobante qui permet de répondre à la diversité des montages contractuels, à la complexité et à l'illisibilité du droit des contrats administratifs et partant, à l'impératif de sécurité juridique qui doit gouverner cette matière¹³⁵. De plus dans le contexte africain où se rencontrent des textes aux origines diverses la notion de commande publique permet, aux acteurs nationaux et internationaux de parler une langue commune.

Pour l'observateur, que les contrats de délégation de service public et les marchés publics soient soumis aux mêmes règles de publicité et de mise en concurrence, que ces procédures ignorent la règle de *l'intuitus personae*, que toute la passation d'une délégation de service public se déroule comme si c'est un marché public, pose clairement le problème de l'existence de la catégorie des délégations de service public. Et pourtant, dans les textes la notion de «marché public» est bien distincte de celle «de délégation de service public».

¹³⁵ Jean-Marc PEYRICAL, «L'émergence du droit de la commande publique», *op. cit.* p. 29

A cela s'ajoute l'existence de textes instituant de nouvelles catégories de contrats et renvoyant, pour leur passation, aux procédures du Code des marchés ou les reprenant tout simplement. C'est là que la notion de commande publique révèle son pragmatisme. Tout en respectant cette catégorisation des contrats administratifs utile au fonctionnement des administrations, elle permet de comprendre la quasi unité des régimes. Elle opère ainsi une systématisation des nouvelles procédures contractuelles et des principes qui les fondent.

Des définitions de cette notion juridique¹³⁶ ont été proposées. Selon le professeur François LLORENS, «les contrats de la commande publique sont ceux par lesquels les personnes publiques cherchent à se procurer un bien ou un service, y compris ce service d'une nature particulière qui consiste à gérer, avec une relative autonomie, une activité ou un équipement»¹³⁷. Pour sa part, le professeur Grégory KALFLECHE considère qu'«un contrat de la commande publique est un contrat à titre onéreux par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée qui est, soit contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, soit qui a en charge des deniers publics, se procure pour elle-même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité des biens corporels ou des services»¹³⁸.

Ces deux définitions confirment que la notion de commande publique est une notion ouverte, accueillante. Mais elles montrent aussi que l'on est en présence d'une notion réaliste¹³⁹. Leur approche des contrats de la commande publique fondée sur leur

¹³⁶ Selon le professeur Laurent RICHER, une notion juridique est une «définition juridique». C'est-à-dire, «un instrument de qualification: [qui] fournit les éléments qui permettent de décider si un acte ou une situation entre dans une catégorie à laquelle s'applique un régime». Laurent RICHER, «L'article 1er du Code des marchés publics doit-il être révisé?», *AJDA* 1993, n° spécial, pp. 13-17.

¹³⁷ François LLORENS, «Typologie des contrats de la commande publique», *op. cit.* p. 12.

¹³⁸ Grégory KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique: l'évolution du droit des marchés publics*, *op. cit.* p. 476. Allant dans le même sens, d'autres auteurs considèrent que la commande publique «recouvre l'ensemble des processus par lesquels une personne publique procède à des achats de travaux, de fournitures et de services ou organise une prestation pour le compte de tiers» pouvant être les usagers ou la collectivité publique qu'elle gère. Xavier BEZANÇON, Christian CUCCHIARINI, Philippe COSSALTER et Michel DESTOT, *Le guide de la commande publique: marchés publics, contrats de partenariat public-privé, délégations de service public*, Le Moniteur, 2009, p. 15.

¹³⁹ Grégory KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique: l'évolution du droit des marchés publics*, *op. cit.* p. 477

objet s'accorde avec celle qui sera retenue dans cette étude. Ce qui amène à définir la commande publique comme:

une notion réunissant l'ensemble des contrats passés par une personne publique ou une personne privée contrôlée par une personne publique ou gestionnaire de deniers publics, ayant pour objet l'achat de prestations ou la gestion d'un service public et soumis à un noyau de règles communes fondées sur les principes matriciels de transparence, de liberté de transparence et d'égalité de traitement.

La notion de commande publique permet de comprendre et de présenter le droit actuel des contrats administratifs.

III. INTERET DE L'ETUDE

«Nous vivons de plus en plus contractuellement» disait Louis JOSSERAND¹⁴⁰. Cette assertion est d'une actualité certaine et les mots ne manquent pas pour essayer de saisir ce phénomène qu'est la montée en puissance du contrat dans l'action publique. Aussi a-t-on parlé d'«*administration contractuelle*»¹⁴¹, de «*contractualisation du droit dans l'Etat providence*»¹⁴², d'«*activités publiques conventionnelles*»¹⁴³, de «*gouverner par contrat*»¹⁴⁴, de «*gouvernement partenarial*»¹⁴⁵, de «*politiques contractuelles*»¹⁴⁶ ou de

¹⁴⁰ Louis JOSSERAND, «Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats» *RTD civ*, 1937, p.1.

¹⁴¹ Renaud DENOIX de SAINT MARC, «La question de l'administration contractuelle», *op.cit.*

¹⁴² Charles-Albert MORAND, «La contractualisation du droit dans l'Etat providence», in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (sous la dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 139-158.

¹⁴³ Pierre LASCOUMES et Jérôme VALLUY, «Les activités publiques conventionnelles (APC) un nouvel instrument de politique publique? L'exemple de la protection de l'environnement industriel», *Revue sociologie du travail*, 1996, n° 4, pp. 551-574.

¹⁴⁴ Jean-Pierre GAUDIN, *Gouverner par contrat*, Paris, Presses de Science Po, 2012.

¹⁴⁵ Jérôme VALLUY, *Le gouvernement partenarial*, Thèse pour le doctorat de science politique, IEP Paris, 1999.

¹⁴⁶ Jean-Pierre GAUDIN (sous la dir. de), *La négociation des politiques contractuelles*, Paris, Montréal, L'Harmattan, 1996, 227 p.

«partenariat public-privé»¹⁴⁷. Etudier le droit des contrats de l'administration, c'est alors rentrer au cœur de l'action de l'administration, en appréhender, ses crises, ses transformations, son état actuel et son devenir.

Les contrats de la commande publique en Afrique, n'ont cessé de réunir, les hommes politiques, les économistes, les partenaires de la coopération pour le développement, les banques multilatérales de développement. Mais ce sujet avait très peu attiré le monde académique. L'activité législative autour des contrats de la commande publique contraste avec l'activité doctrinale et les recherches universitaires d'envergure. Parmi les études consacrées à ce sujet figure la thèse de Monsieur Eric KY intitulée *L'intégration par la commande publique: la réforme du droit des marchés publics dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine*¹⁴⁸. Cette étude qui se veut prospective tente d'analyser à partir des législations nationales, les lacunes que devait combler «la future loi-type de l'UEMOA sur les marchés publics». Il y a également l'étude de Monsieur Abdoulaye GOUNOU SALIFOU. Relative au *Droit et pratique des marchés publics en Afrique de l'ouest francophone*, cette thèse fait état des dysfonctionnements dans la passation et l'exécution des marchés publics au Bénin¹⁴⁹. Notons, qu'elle a été réalisée avant que le Bénin ne transpose les directives communautaires relatives aux marchés publics et aux délégations de service public. Pour autant, l'auteur y a procédé à leur analyse critique. La thèse de Monsieur Thomas Bidja NKOTTO relative aux *Contrats de l'administration au Cameroun*¹⁵⁰, présente le droit applicable à leur passation, leur exécution et leur contentieux. Ce travail s'est intéressé aux contrats administratifs et aux

¹⁴⁷Patrick Le GALES, «Aspects politiques et idéologiques du partenariat public-privé», *Revue d'économie financière*, Hors-série, Partenariat public-privé et développement territorial, 1995, pp. 51-63. Pierre SADLAN, «Le Partenariat public-privé en France, catégorie polymorphe et inavouée de l'action publique», *Revue Internationale de sciences administratives*, 2004, n° 2, pp. 253-270. Paul LIGNIERES, «Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'Etat», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 1, pp. 575-584.

¹⁴⁸Eric KY, *L'intégration par la commande publique: la réforme du droit des marchés publics dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, 2004, 611 p.

¹⁴⁹ Abdoulaye GOUNOU SALIFOU, *Droit et pratique des marchés publics en Afrique de l'ouest francophone: cas de la République du Bénin*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Lomé, 2007.

¹⁵⁰ Thomas BIDJA NKOTTO, *Les contrats de l'administration au Cameroun*, op. cit.

contrats de droit privé. Plus récemment, Monsieur Aliou SAWARE a étudié *le particularisme des partenariats public-privé au Sénégal*¹⁵¹.

Ainsi que la définition de la notion de commande publique l'a montré, notre étude a un champ plus large. Elle ne se focalise pas sur une catégorie de contrat administratif. Elle veut rendre compte du droit vivant des contrats administratifs.

D'un point de vue théorique, cette recherche se trouve au cœur des mutations du droit administratif. L'analyse des causes ainsi que des conséquences des transformations du droit des contrats administratifs renseigne sur les mutations des sources¹⁵² et sur les nouvelles méthodes de fabrication de ce droit.

Cette étude permet aussi de réfléchir sur deux phénomènes celui de la circulation des modèles juridique et celui de leur concurrence.

Les initiatives internationales et communautaires dans le domaine de la commande publique militent pour l'émergence d'un «droit nivelé, standardisé»¹⁵³. Il en ressort que le droit des contrats des personnes publiques ne peut plus se penser au niveau étatique, ni s'élaborer sur la base de contingences nationales. Il devient un droit globalisé fondé sur des paradigmes élaborées loin des Etats avec ou sans leur participation. Des "standards" élaborés sur la base des modèles dominants sont proposés à travers différents canaux aux Etats désirant réformer leur droit des contrats. Cette étude se situe ainsi au cœur de la circulation des modèles juridiques.

Ce phénomène de circulation des modèles juridiques va de pair avec celui de leur concurrence. En effet, un autre intérêt de cette étude tient au fait que les contrats publics

¹⁵¹ Thèse de doctorat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2013

¹⁵² Tanneguy LARZUL, *Les mutations des sources du droit administratif*, Lyon, L'Hermès, 1994, 445 p.

¹⁵³ Jean-François RIFFARD, «Les mutations de la norme: l'avènement d'un droit nivelé? Ou retour sur quelques aspects de la globalisation des droits», in Nathalie MARTIAL-BRAZ, Jean-François RIFFARD, Martine BEHAR-TOUCHAIS (sous la dir.de), *Les mutations de la norme: le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, 2011, p.93.

constituent un véritable laboratoire d'observation de la concurrence des systèmes juridiques¹⁵⁴. Le domaine des contrats apparaît comme un marché sur lequel le modèle romano-germanique et le modèle anglo-saxon sont en concurrence. L'avantage revenant cependant à ce dernier du fait de son influence plus importante au sein des organisations internationales mais aussi, dit-on¹⁵⁵, du fait qu'il soit réputé être plus efficace sur le plan économique¹⁵⁶. Les Etats d'Afrique noire qui ont adopté le droit français, droit de tradition romaniste subissent l'influence de plus en plus grandissante du modèle anglo-saxon relayé par des organisations internationales comme la Banque mondiale. Le recours à l'arbitrage pour régler les différends nés des contrats de la commande publique atteste par exemple des changements dans la conception traditionnelle héritée du droit français¹⁵⁷. L'influence du modèle anglo-saxon apparaît aussi avec l'institution et le développement des organes de régulation, qualifiés des «quasi-juridictions économiques»¹⁵⁸. Le professeur Mohamed SALAH qualifie comme telles, les organes de régulation remplissant des fonctions de règlement des litiges. Toutefois, comme le souligne le professeur Salvatore MANCUSO, *«pour les Etats africains, la question importante n'est pas "la common law contre le droit continental", mais plutôt l'établissement d'un instrument facile, efficace et fiable pour réglementer les activités commerciales au sens général»*¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Jean du BOIS de GAUDUSSON, Frédérique FERRAND, (sous la dir. de), *La concurrence des systèmes juridiques*, Actes du colloque de Lyon, 20 octobre 2006, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, 162 p.

¹⁵⁵ Pour des propositions contraires: Bertrand du MARAIS, Jean du BOIS de GAUDUSSON, Didier BLANCHET et Anna DORBEC, *Des indicateurs pour mesurer le droit?: les limites méthodologiques des rapports Doing business, Etudes du programme de recherches sur l'Attractivité économique du droit*, Paris, La Documentation Française, 2006, 155 p. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question: à propos des rapports Doing business de la Banque mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

¹⁵⁶ Marie-Claire PONTHEOREAU, «Trois interprétations de la globalisation juridique, Approche critique des mutations du droit public», *op. cit.*

¹⁵⁷ Sur les différences apparentes pouvant exister entre les contrats de l'administration selon que l'on est dans les Etats de Common Law ou dans les pays de droit romaniste: Michel FROMONT, «L'évolution du droit des contrats de l'administration, différence théorique et convergences des faits» in Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS (sous la dir.) *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp 263-278.

¹⁵⁸ Mohamed M. M. SALAH, «La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, Réflexion sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation», *RIDE*, 2001, n° 3, p. 276.

¹⁵⁹ Salvatore MANCUSO, «Le nouveau droit africain : au delà des différences entre la common law et le droit civil», Actes du XXXI Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression Française, *RJP*, 2009, n° 3, pp. 417- 437.

Enfin, le droit de la commande publique est un droit carrefour où se rencontrent plusieurs notions allant de la privatisation à la libéralisation, de la globalisation à la communautarisation des phénomènes juridiques et économiques¹⁶⁰, de la transparence à la bonne gouvernance¹⁶¹. Cette étude permet d'aborder chacun de ces thèmes, ce qui atteste là aussi de son intérêt scientifique.

IV. PROBLEMATIQUE:

Le droit de la commande publique doit son émergence au mouvement d'ouverture, nous dirons de libéralisation du droit des contrats administratifs. Ce mouvement repose sur une idée, celle de concurrence. C'est la raison pour laquelle les principes de la commande publique sont considérés dans cette étude comme un trépied sur lequel repose l'idée de concurrence ou l'idéologie concurrentielle.

L'idée de concurrence n'est aucunement un instrument au service exclusif des intérêts des entreprises. L'idée de concurrence n'est pas le droit à la concurrence. Dans le cadre de cette étude, nous reprenons à notre compte la définition que lui donne le professeur RICHER à savoir, une «*idée directrice autour de laquelle s'organise une discipline de rationalisation de l'action contractuelle des personnes publiques*»¹⁶². Cette

¹⁶⁰ Charles-Albert MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 477 p. Mireille DELMAS-MARTY, La mondialisation du droit : chances et risques, *Dalloz*, 1999, n°5, pp. 43-48. Monique CHEMILLIER-GENDREAU et Yann MOULIER BOUTANG, *Le droit dans la mondialisation : une perspective critique*, Paris, PUF, 2001, 216 p. Benoît FRYDMAN et Jean-Yves CHEROT, (sous la dir. de) *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 302 p. Patrick GLENN, «Droit mondial, droit mondialisé ou droit du monde?», in *De tous horizons, mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 259-269.

¹⁶¹ Rafaâ BEN ACHOUR, «Démocratie et Bonne gouvernance», in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic: démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 728-738.

¹⁶² Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2014, 9e éd. p. 369.

rationalisation implique que le droit des contrats de la commande publique doit être un «*droit de la demande*» et un «*droit de l'offre*»¹⁶³. Ces deux aspects sont complémentaires.

En tant que «droit de la demande», le but du droit de la commande publique doit être de protéger les intérêts de l'administration et en particulier les deniers publics, le fonctionnement des services publics, etc. «Le droit de la demande» vise à préserver les deniers publics des entreprises qui essaieraient de contourner le jeu de la concurrence et contre les agents publics qui du fait de l'ignorance de l'économie ou de la cupidité pourraient ne pas choisir le cocontractant qui sied mieux à l'intérêt public¹⁶⁴.

En tant que «droit de l'offre», le droit de la commande publique se doit d'être au service des opérateurs économiques, en protégeant la libre concurrence et l'égalité entre eux. Le «droit de l'offre» doit protéger les entreprises des personnes publiques.

Les nouvelles règles et procédures contractuelles issues des réformes se doivent d'être orientées vers le respect de ces exigences. Ces procédures n'ont pas été créées *ex nihilo*. Elles sont le résultat du mouvement de transformation du droit des contrats administratifs découlant des réformes entreprises dans les Etats d'Afrique noire francophone. Ces réformes transposent à travers le canal communautaire¹⁶⁵ ou les textes des bailleurs de fonds, un nombre important de solutions dégagées par la doctrine et la jurisprudence administrative française¹⁶⁶ qui ont transité par ces instances avant d'arriver sur la table des autorités législatives et réglementaires où certaines d'entre elles retrouvent leurs versions anciennes. Une première question se pose alors. Quel est le contenu exact de ces réformes?

¹⁶³François LICHERE, «L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics», in Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 945- 968:.

¹⁶⁴*Ibidem.* p. 947

¹⁶⁵ «Le droit communautaire» dans notre étude renvoie au droit communautaire en Afrique (UEMOA et CEMAC). Les références au droit communautaire européen seront précisées.

¹⁶⁶ Placide MOUDODOU, «Le droit administratif: source partielle du droit des organisations internationales africaines», *Revue EDJA*, 2006, n° 68, pp. 51-79.

Les questions de fond posant au préalable des questions de mots, l'interrogation peut aussi porter sur le fait de savoir si l'émergence de la catégorie des contrats de la commande publique affecte les critères classiques d'identification des contrats administratifs. Les réformes ont-elles préservé l'essence des critères d'identification des différents contrats administratifs?

De tout temps, les procédures de passation des contrats administratifs ont plus ressemblé à une procédure administrative qu'à une procédure contractuelle. Cette caractéristique du droit des contrats des personnes publiques a-t-elle survécu aux réformes? Autrement dit, le formalisme qui caractérise les procédures, voire l'exorbitance du droit des contrats administratifs se retrouve-t-elle dans les procédures régissant les contrats de la commande publique? S'est-il produit une banalisation du droit des contrats administratifs avec l'émergence du droit de la commande publique? Qu'est-il advenu des règles de droit administratif relatives aux compétences en matière de passation, en matière de contrôle, de contentieux?

Les sources qui influencent le droit des contrats, insèrent la commande publique dans un schéma de réforme de l'administration publique, de libéralisation des échanges, d'alignement des procédures comptables, fiscales, budgétaires etc. Cette configuration ne correspond pas toujours aux priorités nationales. Aussi, dans le domaine de la commande publique il y a une confrontation entre les logiques étatiques et exo-étatiques. L'on doit alors se poser la question de savoir si la standardisation des règles et des pratiques n'a pas donné lieu à des réglementations nationales à géométrie variable.

Toutes ces interrogations amènent à mener une réflexion fondamentale et centrale sur le sens ou les apports des innovations qu'amène le nouveau droit de la commande publique.

Ainsi qu'il apparaît, autour de notre question centrale gravite une série d'interrogations qui se superposent ou se complètent. Une réponse adéquate à toutes ces questions exige une démarche méthodique.

V. METHODOLOGIE:

L'observation des transformations du droit administratif à travers le monde révèle une prépondérance des facteurs exogènes et en particulier du droit communautaire. En Afrique noire francophone, cette donnée est encore plus visible. Mais elle varie d'une communauté à une autre et d'une matière à une autre. De plus, le droit communautaire lui-même, du fait des conditionnalités, reçoit une très forte influence du droit et des pratiques des bailleurs internationaux. Dans le domaine de la commande publique, les bailleurs internationaux n'ont pas hésité à supporter financièrement, techniquement et idéologiquement les programmes d'harmonisation communautaire qui peuvent alors constituer pour eux une courroie de transmission utile. De ce fait, le droit communautaire et le droit international ont beaucoup en commun. Au-delà de la communauté des principes, ils partagent, en particulier, la perspective libre échangiste et celle visant à assainir les finances publiques.

D'un point de vue spatial, notre recherche s'est focalisée sur deux principales organisations communautaires. Il s'agit de la CEMAC et l'UEMOA. Dans la première, l'harmonisation des législations communautaires relatives à la commande publique est effective. Tel n'est pas le cas dans la CEMAC. Mais l'analyse du droit de cette organisation montrera que le droit de la commande publique ne se trouve pas que dans les textes expressément consacrés à cette matière.

A l'échelle des Etats, quatre appartenant à ces organisations communautaires seront au centre l'analyse. Au sein de l'UEMOA, les évolutions observées au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire, illustrées par des réformes englobant les principaux contrats de la commande publique et le développement d'une activité contentieuse

importante au sein d'organes de régulation justifient le choix porté sur ces pays. Ils offrent la matière nécessaire à notre étude.

Dans la région CEMAC, le choix s'est porté sur le Cameroun pour plusieurs raisons. L'insertion du droit camerounais dans notre étude confirme que l'évolution du droit des contrats et l'émergence d'un droit de la commande publique ne sont pas strictement liées aux réformes menées au niveau communautaire. Elle s'inscrit dans un mouvement de globalisation dans le champ des contrats des personnes publiques. Comme le souligne le professeur Magloire ONDOA, l'étude des marchés publics en particulier exprime une volonté de prendre en compte *«les récentes mutations du système juridique camerounais au contact du droit international classique, des conditionnalités des bailleurs de fonds internationaux et des droits communautaires de l'OHADA et de la CEMAC»*¹⁶⁷.

Le Cameroun ne se situe pas dans une zone où il existe un texte communautaire destiné entièrement à l'harmonisation dans le champ de la commande publique. Toutefois, la CEMAC dispose de deux textes relatifs à la concurrence et qui traitent de la passation et du contrôle des marchés publics. Ces textes fournissent une base commune aux Etats membres mais surtout, ils attestent que le droit de la commande publique doit se concevoir comme un droit de l'offre et un droit de la demande.

En plus de cela, le Cameroun est un Etat qui connaît une importante dynamique dans ses réformes. Comparé au Sénégal, au Burkina Faso et à la Côte d'Ivoire, le Cameroun s'est doté d'un organe de régulation des marchés publics et d'une loi sur les contrats de PPP avant ces Etats. Il est dans sa région, le pays où il y'a eu le plus de réformes entre 1995 et 2013. Leurs objectifs énoncés sont identiques à ceux visés par les réformes dans les Etats de l'UEMOA à savoir, refonder le droit des contrats administratifs sur les principes de la commande publique.

¹⁶⁷ Magloire ONDOA, Préface à l'ouvrage de Jacques BIAKAN, *Droit des marchés publics au Cameroun: contribution à l'étude des contrats publics*, Paris, l'Harmattan, 2011, p. 10.

L'analyse de la commande publique au Cameroun va aussi montrer que cette nouvelle discipline tire sa cohérence des principes qui fondent les procédures contractuelles et également des institutions d'encadrement de l'application de ces procédures. Et pour cela, le droit communautaire a toute son importance. Il a permis aux Etats de l'UEMOA de renforcer leurs institutions. Au Cameroun, le droit communautaire de la commande publique, n'est pas encore au même stade. Il n'encadre la passation des contrats de la commande publique que de façon très partielle. A cela, il faut ajouter le fait que l'influence des textes internationaux rencontre aussi des limites qui ne sont pas propres au contexte camerounais. Mais la somme de ces deux éléments exacerbent, au Cameroun, les insuffisances d'une matière qui en grande partie doit son émergence au fait que ses sources ont subi une forte influence du droit communautaire et du droit international.

D'un point de vue temporel, notre étude partira des réformes entreprises à partir des années 2000. C'est en effet, à partir de cette date qu'apparaissent les textes fondés sur les principes de la commande publique et les institutions chargées de garantir leur effectivité.

Sur le plan matériel, la réponse à notre question centrale exige que l'analyse parte des Codes des marchés publics des quatre pays au cœur de notre réflexion et de leurs textes d'application. L'émergence de la catégorie des contrats de la commande publique en Afrique subsaharienne n'est pas le fruit d'une construction jurisprudentielle. Elle ne résulte pas non plus d'une construction doctrinale endogène. Le droit des contrats administratifs dans les Etats d'Afrique noire francophone est un droit essentiellement écrit. Cela a été maintes fois analysé¹⁶⁸. Son évolution confirme la primauté des normes écrites et des

¹⁶⁸Pour certains auteurs, la prédominance du droit écrit s'explique plus par la volonté du législateur d'accompagner la mise en œuvre d'un droit en formation qu'à «la défiance d'un vide favorable au pouvoir normatif de la jurisprudence » (Thomas BIDJA NKOTTO, *Les contrats de l'administration au Cameroun*, op. cit. p. 106). Analysant l'intervention du législateur à travers la codification en matière administrative, le Professeur FALL l'explique par la formalisation d'un «choix logique et rationnel». En particulier, l'impossibilité matérielle de restaurer les anciens systèmes juridiques, la perspective d'un vide juridique et la nécessité de garantir l'efficacité du système ainsi codifié en donnant aux juges de formation «civiliste» les moyens leur permettant d'appliquer à l'administration ce droit spécial qu'est le droit administratif, ont guidé le choix du législateur sénégalais dans l'édiction du Code des obligations de l'administration. Alioune Badara FALL, «Le code des obligations de l'administration au Sénégal ou la transposition de règles de droit administratif français en Afrique par la codification», in *Espaces du service public: mélanges en l'honneur de*

qualifications réglementaires - des marchés publics et des délégations de service public - au détriment de la détermination jurisprudentielle. L'intervention du législateur se limitant à l'adoption des textes conçus par le pouvoir réglementaire et qui, très souvent, font l'objet de très peu d'amendements. C'est donc en toute logique que la transition libérale dans le champ des contrats administratifs se fit à travers une dynamique de réforme sans précédent des textes et que le droit de la commande publique y trouve sa source première.

A travers leurs avis ou leurs décisions dans le cadre du règlement des litiges, les organes de régulation en charge aussi du contentieux fournissent une matière qui est incontournable pour étayer la réponse qui sera apportée à la question des innovations apportées par les réformes dans le domaine des contrats de la commande publique.

VI. THESE SOUTENUE ET PLAN DE L'ETUDE

Notre thèse est la suivante: à l'épreuve de l'idéologie concurrentielle, le droit des contrats administratifs en Afrique noire francophone s'est transformé. De cette mutation a émergé le droit de la commande publique. Il résulte de la refondation du droit des contrats

Jean du Bois de GAUDUSSON, vol. I, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p. 231 et s. Monsieur BIPOUN-WOUM et à sa suite le Professeur Maurice KAMTO ont souligné, à propos du Cameroun, l'importance de la source législative dans le droit administratif, qui a pour conséquence d'en faire un droit codifié pour l'essentiel, ce qui n'est pas le cas en France, où le droit administratif est un droit «*jurisidit*»: Joseph Marie BIPOUN-WOUM, «Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun», *RJPIC*, 1972, n° 3, p. 359. Maurice KAMTO, «La fonction administrative contentieuse de la Cour Suprême du Cameroun», in Gérard CONAC et Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, *Les Cours suprêmes en Afrique*, vol 3., Paris, Economica, 1988, p. 40.

Monsieur MOUDODOU parle d'un droit «essentiellement gouvernemental, soit formellement, soit matériellement». Placide MOUDODOU, «Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone», *op. cit.* p. 44. Voir aussi, Martin BLEOU, «Le service public dans la jurisprudence de la Chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire», in *Espaces du service public. Mélanges en l'Honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Bordeaux, PUB, 2013, p. 45. Sébastien Y. LATH, «Les caractères du droit administratif des États africains de succession française. Vers un droit administratif africain francophone?», *op. cit.* p. 1263 et s. François LLORENS, «Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel?», in *Mélanges offerts à Max Chuseau*, Toulouse, Presses I.E.P., 1985, 1985, p. 377. Fabrice MELLERAY «Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel», *AJDA*, 2005, n° 12, pp. 637- 643.

administratifs sur des sources, des notions et des procédures renouvelées conduisant à la systématisation des principes de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement.

En définitive, le droit de la commande publique considéré comme l'ensemble des règles communes aux contrats d'achat public ou de gestion des services publics apporte une double innovation. La première concerne la physionomie générale du droit des contrats administratifs. Le droit communautaire de l'UEMOA et de la CEMAC comme le droit international se sont imposés comme des sources incontournables du droit de la commande publique. Ces dernières apportent d'une manière générale une conception nouvelle du droit des contrats administratifs et contribue à la redéfinition de ses notions de base. Le droit de la commande publique résulte ainsi de la refondation du droit des contrats administratifs sur des sources et des notions renouvelées. Pour ce qui est de son contenu, le droit de la commande publique pose un socle commun de règles applicables aux marchés publics, aux contrats de délégation de service public et aux contrats de partenariat public-privé. Le propre de ce noyau dur de règles est qu'il procède à un renouvellement des procédures jusque là applicables aux contrats administratifs. Là se trouve la seconde innovation.

Notre étude s'articulera donc autour de ces deux grands axes:

Première partie: Le renouvellement des sources et notions du droit des contrats administratifs

Deuxième partie: La refondation des procédures contractuelles.

PARTIE I.
LE RENOUVELLEMENT DES SOURCES ET NOTIONS DU DROIT DES
CONTRATS ADMINISTRATIFS

Le droit des contrats administratifs a connu une refondation qui s'est appuyée sur ses sources et ses notions de base. Il doit cette refondation à l'idéologie concurrentielle qui a pénétré les ordres juridiques nationaux notamment, par le truchement du droit communautaire. Ainsi, l'émergence d'un droit de la commande publique peut être rattachée tout d'abord à l'élaboration d'une réglementation communautaire y relative et à sa prise en compte dans les Etats, comme source des réglementations nationales relatives aux contrats administratifs.

Le droit administratif des Etats francophones d'Afrique subsaharienne, s'est construit sur la base du droit administratif français¹⁶⁹. Ainsi, c'est dans le droit français des contrats administratifs¹⁷⁰ qu'il fallait rechercher les grands principes et règles régissant le droit des contrats administratifs au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Burkina Faso, comme au Cameroun. Néanmoins, la construction d'un droit communautaire européen des marchés publics d'un côté et d'un droit communautaire africain de l'autre (droit communautaire des marchés publics dans l'UEMOA et réglementations communautaires de la CEMAC pouvant avoir une influence sur le droit des contrats des Etats membres) a fait apparaître des différences non négligeables entre le droit français et celui en vigueur dans les anciennes colonies.

¹⁶⁹ Demba SY «L'évolution du droit administratif sénégalais », *Revue EDJA*, décembre 2005, pp. 39- 68. Jacques Mariel NZOUANKEU, «Remarques sur quelques particularités du droit administratif sénégalais», *RIPAS*, 1984, n° 9, pp. 1-36. Joseph Marie BIPOUN WOUM, «Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française le cas du Cameroun», *RJPIC*, 1972, n° 3, pp. 359-389. René DÉGNI-SÉGUI, *Droit administratif général*, Abidjan, CEDA, 2002. Max REMONDO, *Le droit administratif gabonais*, Paris, LGDJ, 1987, 303 p. Alain BOCKEL, *Droit administratif*, Dakar, Nouvelles éditions africaines, 1978, 541 p. Jean-Claude GAUTRON, et Michel ROUGEVIN-BAVILLE, *Droit public du Sénégal*, Paris, A. Pedone, 1977, 447 p. Jean-Marie BRETON, *Droit public congolais*, Paris, Economica, 1987, 802 p. Magloire ONDOA, «Le droit administratif français en Afrique francophone: contribution à l'étude de la réception des droits étrangers en droit interne», *RJPIC*, 2002, n°3, pp. 287-333. Sébastien Y. LATH, «Les caractères du droit administratif des États africains de succession française. Vers un droit administratif africain francophone?», *op. cit.* Placide MOUDOUDOU, «Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone», *op. cit.*

¹⁷⁰ Alain BOCKEL, «Les contrats administratifs», in BOYE, Abd-el Kader (sous la dir. de), *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, vol. 9, Abidjan, Dakar, Lomé, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p. 213-272. Alioune Badara FALL, «Le code des obligations de l'administration au Sénégal ou la transposition de règles de droit administratif français en Afrique par la codification», *op. cit.* Dimitri. G. LAVROFF, «Le code sénégalais des obligations de l'administration», *Penant*, 1965, pp 1-13. Amadou KAH, *La codification administrative au Sénégal*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nord, 1996, 324 p. Serigne DIOP, «Quelques remarques sur le code des obligations de l'administration», *RIPAS*, n°16, janv-juin 1987.

Ce droit communautaire africain qui s'inspire de divers sources d'origine internationale va avoir une influence déterminante sur la nouvelle conception des notions à la base du droit des contrats de la commande publique. En effet, le droit communautaire comme les sources internationales qui inspirent les législateurs nationaux, privilégie le régime au détriment des notions. En d'autres termes c'est moins la construction de catégories notionnelles cohérentes que l'élaboration d'un régime juridique au champ d'application large, qui anime les principes et règles communautaires, voire internationales qui ont influencé les réformes. Les règles procèdent en quelque sorte à «une démarche d'inversion»¹⁷¹. Elles ne s'attardent pas sur les notions, ni sur les classifications. Ces dernières devant être définies en fonction du régime. Dès lors, les définitions élaborées dans les nouveaux textes nationaux sont guidées par une idée majeure, à savoir adopter des critères extensifs pour soumettre le plus grand nombre de contrats passés par les personnes publiques aux procédures élaborées sur l'idée de concurrence et garantissant le respect des principes de transparence, de liberté et d'égalité de traitement. En d'autres termes les nouveaux critères de définition des contrats de la commande publique visent à rendre effectifs les principes de la commande publique.

Partant de là, il sera démontré dans cette première partie que l'émergence d'un droit communautaire applicable à la commande publique est déterminante dans la refondation du droit des contrats des personnes publiques (Titre I). Cette refondation donnera lieu à un renouvellement des critères d'identification des contrats de la commande publique dans les différents ordres juridiques nationaux (Titre II).

¹⁷¹ Françoise FRAYSSE, Préface à la thèse de Mathias AMILHAT, *La notion de contrat administratif, l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 18.

TITRE I.
L'EMERGENCE D'UN DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA COMMANDE
PUBLIQUE

La création des organisations communautaires que sont l'UEMOA et la CEMAC a été motivée par la nécessité de relancer l'intégration, dans ses différents aspects, dans leurs zones respectives et surtout, de relancer l'économie de leurs Etats membres¹⁷². Ces organisations se doivent d'instituer, chacune dans sa région, une économie de marché. Celle-ci exige la mise en œuvre de politiques économiques qui doivent être supportées par une intégration juridique¹⁷³.

Le traité instituant l'UEMOA a été adopté le 10 janvier 1994 et est entré en vigueur le 1^{er} août de la même année. Il a fait l'objet d'une révision le 29 janvier 2003¹⁷⁴. L'UEMOA regroupe huit pays dont les trois qui sont au centre de notre étude, à savoir, le

¹⁷² Alioune SALL, *Les mutations de l'intégration des Etats en Afrique de l'Ouest: une approche institutionnelle*, Paris, l'Harmattan, 2006, 189 p. Seydou DIOUF, «Contribution à l'analyse historique de l'intégration africaine», in *Les droits communautaires africains*, actes du colloque sur Les droits communautaires africains organisé par le CREDILA et LEJPO les 27 et 28 avril 2006 à Saly (Sénégal), *Nouvelles annales africaines, Revue de la faculté de droit et de science politique*, n°1, 2007, pp. 10-17. Francis WODIE, *Les institutions internationales régionales en Afrique occidentale et centrale*, Paris, LGDJ, 1970, p. 11 et 12. Jacques TENIER, *Intégrations régionales et mondialisation, complémentarités ou contradiction*, Paris, La documentation française, 2003, 232 p.

¹⁷³ Marie-Anne FRISON-ROCHE, «Définition du droit de la régulation économique», in Marie-Anne FRISON-ROCHE (sous la dir. de) *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 9). Voir aussi Joseph ISSA-SAYEGH, «L'intégration juridique des Etats africains dans la Zone Franc», *Penant*, 1997, n° 823, pp. 5-31. Amadou Yaya SARR, *L'intégration juridique dans l'UEMOA et dans l'OHADA*, Marseille, PUAM, col. de l'Institut de droit des affaires, 2008, 654 p. Mbissane NGOM, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA*, Thèse de doctorat, en droit privé, Université de Saint-Louis, Université de Nantes, 2007, 581 f. Edouard GNIPIEBA TONNANG, *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique centrale: contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC*, Thèse doctorat, Institut du droit de la paix et du développement, Université de NICE, 2004, 407 p. Paul-Gérard POUGOUE, «OHADA, Instrument d'intégration juridique» in *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol. 2, 2001, pp. 11-30.

¹⁷⁴ Pour une étude exhaustive du traité instituant l'UEMOA voir par exemple Etienne CEREXHE et Louis LE HARDY DE BEAULIEU, *Introduction à l'Union économique ouest africaine*, Bruxelles, De Boeck, 1977, 157 p. Amadou Yaya SARR, *L'intégration juridique dans l'UEMOA et dans l'OHADA*, Marseille, PUAM, *op. cit.*, p. 44 et s. Pour mettre en œuvre ses objectifs, l'UEMOA s'est dotée d'organes de décision, d'exécution et de contrôle.

L'organe d'exécution de l'UEMOA est la Commission. Elle joue un rôle central dans la réforme de la commande publique. C'est d'ailleurs son département des politiques économiques qui abrite l'unité en charge de la réforme des marchés publics. Cette dernière y cohabite avec la Direction des Finances publiques, celle des Etudes économiques et statistiques et la Direction de la surveillance multilatérale. Le regroupement de ces structures dans le même département montre d'une part l'importance de la réforme de la commande publique dans l'Union et d'autre part le rôle moteur de la Commission dans la mise en œuvre de l'intégration communautaire.

Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Sénégal, auxquels s'ajoutent le Mali, le Bénin, la Guinée Bissau, le Togo et le Niger.

Le traité instituant la CEMAC a été signé le 16 mars 1994 à Ndjamena par le Cameroun, la République Centrafricaine, le Congo, le Gabon, la Guinée équatoriale et le Tchad. Il a été révisé le 25 juin 2008. La CEMAC succède à l'Union douanière des Etats de l'Afrique centrale¹⁷⁵. Le traité de Ndjamena de 1994 se démarque du traité instituant l'UEMOA par sa brièveté. Cette configuration s'explique par le fait que la CEMAC est le regroupement d'institutions dotées de leurs propres textes fondateurs. La CEMAC est constituée de deux unions: l'Union économique de l'Afrique centrale (UEAC ci-après) et l'Union monétaire de l'Afrique centrale (UMAC)¹⁷⁶.

Afin de mettre en place un marché commun dans lequel l'effectivité des principes de libre circulation des facteurs de production sera garantie, les organisations communautaires se sont saisies de l'intégration dans le domaine du droit économique¹⁷⁷. La promotion d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé a paru nécessaire pour «*structurer et impulser les nouveaux rapports susceptibles d'assurer l'intégration économique*»¹⁷⁸. Mais la particularité de la situation économique des Etats membres de ces

¹⁷⁵François BORELLA, «L'Union des Etats d'Afrique centrale», *Annuaire français de droit international*, vol. 14, 1968. pp. 167-177. François EPOMA, *L'intégration économique sous-régionale en Afrique: l'exemple de l'Afrique centrale*, Thèse de doctorat, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2005, 392 p. La seconde partie de cette thèse consacrée aux «Nouvelles perspectives de l'intégration économique en Afrique centrale» retrace l'historique de l'intégration jusqu'à l'avènement la CEMAC. Jacques TENIER, *Intégrations régionales et mondialisation, complémentarités ou contradiction*, *op. cit.*, p. 108.

¹⁷⁶Convention régissant l'Union économique de l'Afrique centrale, Yaoundé, le 25 juin 2008. http://www.cemac.int/sites/default/files/documents/files/convention_ueac.pdf.
Convention régissant l'Union monétaire de l'Afrique centrale, Yaoundé, le 25 juin 2008, http://www.cemac.int/sites/default/files/documents/files/convention_umac.pdf.

Le traité de la CEMAC et les conventions qui l'accompagnent sont disponibles sur le site officiel de la CEMAC: <http://www.cemac.int/textes-officiels>.

La révision du traité en juin de 2008 a modifié l'architecture institutionnelle de la Communauté. La chambre judiciaire et la chambre des comptes qui composaient la Cour de justice, sont devenues des juridictions autonomes en se transformant en une Cour des comptes et une Cour de justice de la CEMAC.

¹⁷⁷ Joseph ISSA-SAYEGH, «L'intégration juridique des Etats africains dans la Zone Franc», *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁸Abdoulaye SAKHO, «Méthodologie et contenu d'une harmonisation des règles du marché des télécommunications dans le CEDEAO», *Les droits communautaires africains*, Actes du colloque organisé par le CREDILA et LEJPO les 27 et 28 avril 2006 à Saly (Sénégal), *op. cit.*, p. 24.

organisations a aussi fait que les politiques visant la mise en place d'une économie de marché sont allées de pair avec l'intégration des politiques financières afin de garantir une bonne gestion des finances publiques.

La réglementation des contrats administratifs ne pouvait échapper à ce mouvement car, l'achat public est aussi un acte économique qui engage les finances publiques.

Dans leur démarche d'élaboration d'un droit de la commande publique, la CEMAC et l'UEMOA ont suivi des trajectoires différentes. Par le prisme du droit de la concurrence, la première a posé les grands principes qui doivent régir la passation des contrats de la commande publique et, en particulier, des marchés publics. le droit communautaire de la concurrence proprement dit apporte aussi des solutions qui concourent à la consolidation du droit de la commande publique L'UEMOA est allée plus loin en adoptant des textes communautaires expressément consacrés aux marchés publics et aux délégations de service public. Les deux démarches n'ont pas abouti aux mêmes résultats.

La reprise dans les Etats membres de l'UEMOA des textes relatifs aux contrats de la commande publique a favorisé l'harmonisation des principes et règles régissant les droits nationaux des contrats et l'émergence d'un corps de règles homogènes dont la vocation est d'encadrer tous les contrats de commande publique sur la base des principes et règles tirés en grande partie du droit communautaire.

Dans la zone CEMAC, l'insertion des dispositions communautaires applicables aux contrats administratifs dans un règlement relatif au droit de la concurrence atteste de l'importance que les instances communautaires accordent à l'encadrement des contrats de la commande publique. Mais du fait de l'incomplétude du dispositif communautaire de la CEMAC, le droit communautaire dans cette région participe certes, à rendre effectifs les principes qui peuvent régir tous les contrats de la commande publique. Toutefois, il ne

sauf à suffire pour apporter aux Etats membres et en particulier au Cameroun un corps de règles garantissant aux acteurs de la commande publique, un niveau de protection identique à celui que l'on retrouve dans les Etats de l'UEMOA.

Mais avant d'en arriver aux conséquences sur les procédures appliquées dans les Etats, sera analysé dans un premier temps, le droit communautaire des contrats de la commande publique dans l'UEMOA (Chapitre I). Dans un second temps, sera étudiée la façon dont la CEMAC, à travers la législation de la concurrence, pose des principes et règles applicables à la commande publique (Chapitre II).

CHAPITRE I.
L'ELABORATION D'UN DROIT COMMUNAUTAIRE DES CONTRATS DE LA
COMMANDE PUBLIQUE DANS L'UEMOA

Le processus d'intégration observé dans le cadre de l'UEMOA est fortement inspiré de celui réalisé au sein de l'Union Européenne. Certains auteurs estiment à cet égard que *«les traités d'intégration en Afrique, même s'ils apparaissent comme le résultat de la volonté des nouveaux Etats indépendants de maintenir les liens noués pendant la colonisation, n'en restent pas moins aussi profondément influencés à la fois par la philosophie de l'Eurafrrique que par l'expérience réussie en Europe»*¹⁷⁹.

En raison de la grande similarité de certaines de leurs dispositions, il sera fait référence au droit originaire et au droit dérivé de l'Union européenne pour expliciter certaines dispositions adoptées dans le cadre de l'UEMOA, en tant que de besoin.

L'UEMOA s'est dotée d'un véritable Code communautaire de la commande publique soutenue en cela par un traité constitutif qui, implicitement, confère une place importante aux contrats de la commande publique (Section I).

L'édiction de règles communautaires dans un domaine aussi sensible soulève nécessairement la question de la légitimité d'une telle intervention. Sur quels principes ou quelles considérations se fonde l'Union pour imposer aux Etats la manière dont leurs administrations doivent se procurer les biens et services nécessaires à leur fonctionnement? Les dispositions du Traité ne suffisaient-elles pas à garantir un achat public conforme aux conditions de réalisation des objectifs de l'UEMOA? Une réponse sera apportée à ces interrogations à travers la recherche des justifications de l'entreprise communautaire d'harmonisation des législations nationales relatives aux contrats de la commande publique (Section II)

¹⁷⁹ Etienne CEREXHE et Louis LE HARDY DE BEAULIEU, *Introduction à l'Union économique ouest africaine*, op. cit., p. 29. Notons cependant que l'intégration en Europe et dans le cadre de l'UEMOA obéissent à des trajectoires inverses. Dans la première, l'Union économique a préexisté à l'Union monétaire alors que dans la seconde il s'est agi de compléter l'Union monétaire par de nouveaux transferts de souveraineté et de la transformer en une Union économique et monétaire dotée de compétences nouvelles. Pour une étude comparative, voir Pierre VIAUD, «Union européenne et Union économique et monétaire de l'ouest africain: une symétrie raisonnée», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n°414, 1998, p. 15-25.

SECTION I. LE CODE COMMUNAUTAIRE DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Ce Code communautaire est principalement composé du traité instituant l'UEMOA (§I) et des directives relatives à la passation, à l'exécution, au règlement, au contrôle et à la régulation des marchés publics et des délégations de service public (§II).

§ 1. LE TRAITE INSTITUANT L'UEMOA, PREMIER FONDEMENT JURIDIQUE DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE DANS LES ÉTATS MEMBRES

Analysons d'abord les dispositions du traité applicables aux contrats de la commande publique (A) et, ensuite, les enjeux de cette application (B).

A. LES DISPOSITIONS APPLICABLES AUX CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le traité instituant l'UEMOA ne contient pas de dispositions régissant spécifiquement les marchés publics, ni les contrats de délégation de service public. Il en est de même par exemple du traité instituant la Communauté économique européenne. Toutefois ce dernier faisait une allusion aux marchés publics passés dans le cadre des investissements financés par la communauté dans les pays et territoires d'outre-mer¹⁸⁰.

Il a fallu attendre l'acte Unique européen entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987 pour que les marchés publics soient introduits dans le traité instituant la communauté

¹⁸⁰Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 199 (ex. art. 132 du Traité instituant la communauté européenne, <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11957E/tif/11957E.html>), JOUE 2010/C83/01 du 30 mars 2010. Cette disposition prévoit que: «pour les investissements financés par la communauté, la participation aux adjudications et fournitures est ouverte, à égalité de conditions, à toutes les personnes physiques et morales ressortissantes des États membres et des pays et territoires». Il faut dire qu'en 1957, non seulement les marchés publics figuraient en bonne place sur le registre des outils d'interventionnisme de la puissance publique mais en plus la préoccupation majeure de la communauté était la suppression des obstacles tarifaires aux échanges. Voir en ce sens José Maria FERNANDEZ MARTIN, *The EC public procurement rules: a critical analysis*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 4-7.

européenne à travers leur association à la politique de recherche et de développement¹⁸¹. Néanmoins la Cour de justice des communautés européennes (actuelle Cour de Justice de l'Union Européenne) a, bien avant cette révision, appliqué les dispositions du traité de Rome aux marchés publics¹⁸². Qu'en est-il dans le cadre de l'UEMOA?

Il a été reproché au traité de Dakar de ne pas jeter les bases suffisantes à la création d'un marché intérieur des contrats administratifs¹⁸³. Certes, les marchés publics et les contrats de délégation de service public ne sont pas mentionnés dans le traité de Dakar. Pour autant, ces contrats ne sont pas exclus de son champ d'application matériel.

Le traité confère aux Etats et à leurs ressortissants un certain nombre de libertés fondamentales¹⁸⁴ dont la violation rendrait illusoire l'objectif de créer un marché unique, qui est la mission première de l'Union. Ainsi, il garantit, la libre circulation des marchandises¹⁸⁵ et des personnes ainsi que la liberté d'établissement et de prestation de services¹⁸⁶. La définition de ces libertés est accompagnée de la détermination des mesures

¹⁸¹ Acte unique européen du 17 février 1986, *Journal officiel des communautés européennes*, n° L 169 du 29 juin 1987; Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *op. cit.*, art. 179, parag. 2 (ex. art. 163, parag. 2 du Traité instituant la communauté européenne, JOUE n° C 325 du 24 décembre 2002.

¹⁸² Voir notamment, l'ouvrage de Nicolas MICHEL, *les marchés publics dans la jurisprudence européenne: exposé systématique des arrêts et ordonnances de la Cour de justice des Communautés européennes*, Fribourg, éditions universitaires, 1995, p.2 et s. Joël ARNOULD, « Les contrats de concession, de privatisation et de services «in house» au regard des règles communautaires. Les instruments de type marché » à l'épreuve du droit européen de la commande publique», *RFDA*, 2000, n° 1, pp.2-23.

¹⁸³ Eric P. L. KY, *L'intégration par la commande publique: la réforme du droit de marchés publics dans l'Union économique et monétaire ouest africaine*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, 2004, 611 p.87.

¹⁸⁴ La qualification de liberté fondamentale provient à la fois de la doctrine et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de Justice de la Communauté Européenne). Voir par exemple, CJCE, 17 novembre 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri contre Regione Sardegna, affaire N°C-169/08, paragraphe 42 Rec. I-10821; Pour une présentation des libertés de circulation dans l'UEMOA et des différentes mesures adoptées par les organes de l'Union pour leur mise en œuvre voir Hamidou S. KANE, «La libre circulation des personnes et des biens dans l'UEMOA», communication présentée lors de la *Troisième rencontre inter-juridictionnelle des cours communautaires de «l'UEMOA, la CEMAC, la CEDEAO et l'OHADA»*, Dakar, mai 2010, 34 p. Article publié sur le site de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises: (consulté en mars 2014).

www.institut-idef.org/IMG/pdf/CommunicationLibreCirculoPers_Biens_JugeKANE_.pdf

¹⁸⁵ La notion de marchandise au sens de traité UEMOA peut s'entendre de tous biens pouvant faire l'objet d'une transaction commerciale. Voir en ce sens, Mariane DONY, *Droit de la communauté et de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p 151.

¹⁸⁶ Traité instituant l'UEMOA, *op. cit.*, art. 91 et s.

qui garantissent leur effectivité. Il s'agit par exemple de l'élimination sur les échanges entre les pays membres de tout droit de douane, toute restriction quantitative, toute taxe d'effet équivalent à une telle restriction et de toute autre mesure d'effet équivalent¹⁸⁷.

La Cour de Justice de l'Union Européenne définit les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives comme «*toute réglementation commerciale des Etats membres susceptibles d'entraver directement ou indirectement actuellement ou potentiellement le commerce intra communautaire*»¹⁸⁸.

Or il est apparu que, laissées à la discrétion des Etats, les règles de passation des marchés publics ont souvent rempli une telle fonction. Tel est le cas de certaines prescriptions figurant dans les cahiers de charge ou les Codes des marchés publics et qui réservent certains contrats aux nationaux parce qu'exigeant des conditions qu'une entreprise étrangère ne peut pas ou peu difficilement remplir¹⁸⁹. Il en est de même des dispositions qui confèrent le monopole d'une prestation de service ou de la fourniture d'un bien donné à une seule entreprise¹⁹⁰. Entrent aussi dans cette catégorie les dispositions

¹⁸⁷ *Ibidem*, art. 76 (a).

¹⁸⁸ CJCE, 11 juillet 1974, Procureur de Roi contre Benoît et Gustave Dassonville, affaire n°8/74, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1974. p. 837.

¹⁸⁹ L'article 45 du Code sénégalais des marchés publics issu du décret n°2002-550 du 30 mai 2002, aujourd'hui abrogé, prévoyait ainsi que «la participation aux appels à la concurrence et aux marchés de prestations et fournitures par entente directe dont le financement est prévu par les budgets de l'Etat, des établissements publics, des collectivités locales et des sociétés nationales ou sociétés à participation publique majoritaire, est réservée aux seules entreprises installées au Sénégal, régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au registre du commerce et du crédit mobilier ou au registre des métiers». Une telle disposition exclut des soumissionnaires potentiels, toutes les entreprises étrangères qui n'ont pas les moyens d'ouvrir une filiale régulièrement installée au Sénégal.

¹⁹⁰ Au Burkina Faso, l'article 1^{er} du Zatu AN VII 44 du 23 juillet 1990 portant monopole des études et contrôles géotechniques et du contrôle technique en vue de garantie décennale en matière de bâtiments et travaux publics accorde au Laboratoire National du Bâtiment et des Travaux Publics, le monopole des activités dont le texte fait l'objet. Ceci oblige toute personne physique ou morale, étrangère ou de nationalité burkinabè, devant exécuter ou faire exécuter des travaux de génie civil pour le compte de l'Etat ou de ses démembrements, à recourir au LNBTP, détenteur du droit exclusif pour l'exécution de ces prestations. Toutefois parce qu'un tel monopole n'est plus en phase avec les exigences de concurrence et aussi pour des raisons d'efficacité et de qualité des prestations du LNBTP, l'ouverture à la concurrence de ses activités est en cours. Le ministère burkinabè des infrastructures et du désenclavement a initié une réforme du Zatu de 1990. Un atelier a été organisé à cet effet le 13 juillet 2012 pour ouvrir les discussions avec le secteur privé afin de réfléchir sur les modalités d'une telle réforme.

instituant une marge de préférence nationale ou exigeant que les soumissionnaires aient leur domiciliation fiscale ou commerciale sur le territoire de l'entité acheteuse, ou exigeant un agrément d'une autorité de ce même pays.

Lorsqu'elle a été sollicitée pour un avis sur le projet d'agrément unique, au profit des établissements bancaires communautaires, la Cour de justice de l'UEMOA s'est fondée sur la nécessité de ne pas entraver les libertés fondamentales du traité pour valider ce projet¹⁹¹. Selon elle, le fait que les établissements bancaires ne puissent créer de succursales que sur la base d'un agrément émanant de l'Etat d'accueil, *«constitue un handicap sérieux à l'exercice de la liberté d'établissement (...), la liberté de prestations de services (...), et la liberté de mouvement de capitaux»*. Afin de remédier à cette situation, elle s'est prononcée en faveur de l'établissement d'un agrément unique qui est un *«moyen fondamental de constitution d'un marché bancaire intégré qui consolide le marché financier, ce qui, (...) constitue le socle sur lequel repose tout le processus économique et monétaire de l'organisation d'intégration que constitue l'UEMOA»*.

Un tel raisonnement peut parfaitement être transposé dans le domaine des contrats administratifs. Les dispositions des Codes nationaux qui exigent un ou plusieurs agréments délivrés par les autorités nationales entravent les libertés fondamentales garanties par le traité et compromettent l'existence d'un marché commun de la commande publique.

Il apparaît ainsi, que, pour la réalisation du marché commun, les contrats de la commande publique ne sauraient être exclus du champ d'application du traité instituant l'UEMOA. Pour reprendre le professeur Alfonso MATTERA, il est juridiquement injustifiable et politiquement inacceptable de libéraliser les échanges de biens et de services lorsqu'on est en face d'acheteurs privés et que ces mêmes achats soient soustraits aux règles communautaires lorsqu'ils s'effectuent dans le cadre d'une commande

¹⁹¹ Cour de justice de l'UEMOA, Avis n° 003/1996 du 10 décembre 1996, Demande d'avis de la BCEAO sur le projet d'agrément unique pour les banques et les établissements financiers, Recueil de la jurisprudence de la Cour, 01-2002, pp 4-18.

publique¹⁹². L'objet de ces contrats, - la commande de biens, de services, de travaux, ou de services de gestion d'un service public - coïncide avec les prestations dont la liberté de circulation constitue une liberté fondamentale garantie par le droit originaire de l'Union. Ces libertés fondamentales sont reprises dans les directives communautaires relatives aux marchés publics et aux contrats de délégation de service public à travers ce que l'on appelle communément les principes fondamentaux de la commande publique.

En guise d'exemple, la liberté d'accès à la commande publique, en plus de partager la même matrice – le principe général de liberté - que ces libertés fondamentales, en constitue en quelque sorte, une traduction. La Cour de justice de l'Union européenne a estimé, dans une jurisprudence constamment reprise, que les directives dont le but est de coordonner les procédures de passation des marchés publics, visent à supprimer les entraves aux libertés de circulation des marchandises, des services, à la liberté d'établissement et de prestation de services garanties par le traité¹⁹³

A côté des libertés fondamentales consacrées dans le traité, on trouve aussi ce qu'il est convenu d'appeler les principes généraux du traité. Il s'agit des règles, juridiques ou non, établies en termes assez généraux, destinées à inspirer diverses application et s'imposant avec une autorité supérieure¹⁹⁴. Inscrits dans le traité, leur application se retrouve dans les principes fondamentaux de la commande publique.

Ainsi, le principe d'égalité d'accès à la commande publique peut être considéré comme une déclinaison, dans le champ des contrats, de la prohibition de la discrimination en raison de la nationalité posé à l'article 91 du traité¹⁹⁵.

¹⁹²Alfonso MATTERA, «La politique communautaire des marchés publics: nécessité ou souci de perfectionnisme? Quelques réflexions sur le livre de la Commission européenne», *Revue du marché unique européen*, n°4/1999. p.13.

¹⁹³CJCE, affaire n° C-380/98 du 3 octobre 2000, University of Cambridge, parag. 16, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. I-8035; CJCE, aff. N° C-360/96 du 10 novembre 1998, BFI Holding, parag. 41, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. I- 6821 etc.

¹⁹⁴Gérard CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France, 2014, 10e éd., p. 804.

¹⁹⁵ Traité instituant l'UEMOA, *op. cit.*, art. 91 (modifié).

De même, la régulation de la concurrence sur le marché de l'Union¹⁹⁶ constitue un autre principe général du traité dont la mise en œuvre effective nécessite la prise en compte des contrats passés par les personnes publiques. En effet, sur le marché commun, les acteurs économiques de la sphère publique sont tout aussi importants que ceux de la sphère privée. Dès lors, les transactions commerciales économiques que constituent les achats publics doivent pouvoir s'exercer dans *«le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationnalisé et harmonisé»*, pour reprendre les termes de l'article 4 du traité. Une politique efficace de régulation de la concurrence ne peut exclure l'achat public, tout comme la concurrence participe à l'efficacité de l'achat public. De ce fait, la concurrence est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire des marchés publics¹⁹⁷.

L'harmonisation et la reconnaissance mutuelle des normes techniques prévues à l'article 76 du Traité instituant l'UEMOA jouent également un rôle capital dans la mise en œuvre des procédures de passation des marchés publics. Elles permettent de réduire les obstacles potentiels à l'égalité d'accès à la commande publique entre les différents opérateurs de l'Union.

Ainsi, les dispositions du traité qui s'appliquent à la commande publique ne sont pas des moindres. Analysons maintenant la portée de l'application du traité à ces contrats.

B. LES ENJEUX DE L'APPLICATION DU TRAITE AUX CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les principes généraux du traité et les libertés fondamentales qu'il consacre concourent à la réalisation du marché commun. Leur application permet de soumettre aux

¹⁹⁶ *Ibidem*, art. 76, parag. c).

¹⁹⁷ Voir en ce sens CJCE, affaire n°C-247/02 du 7 octobre 2004, *Sintesi Spa c/ Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. I-9215.

règles posées par le traité, les contrats qui, pour des raisons de seuils par exemple, sont exclus du champ d'application des directives. Dès lors, le droit originaire de l'Union devient un droit applicable aux contrats administratifs passés par les administrations des Etats membres et qui n'ont pas d'incidence sur le commerce intracommunautaire.

La réalisation du marché commun exige l'élimination de toute barrière entre les différents marchés étatiques. Ainsi, la prise en compte des marchés publics, indispensables à la réalisation du marché commun de par leur poids économique, s'impose. Il est également nécessaire de considérer les contrats administratifs, d'une importance économique moindre et peu déterminants dans les échanges, mais constituant néanmoins des transactions se déroulant dans une portion du marché intérieur¹⁹⁸.

L'avis de la Cour de justice de l'UEMOA en date du 27 juin 2000, rendu sur demande de la Commission et ayant trait à l'interprétation des articles 88, 89, 90 du traité de Dakar éclaire parfaitement sur ce sujet. Ces dispositions font partie du dispositif communautaire relatif à la concurrence et, plus précisément, à la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres.

Dans son avis, la Cour distingue au sein de l'UEMOA, autrement dit à l'intérieur du marché commun, les échanges qui se font entre les Etats et ceux qui ne franchissent pas les frontières étatiques. Elle considère alors que l'application des règles relatives à la concurrence n'est pas subordonnée à la localisation géographique des échanges. Selon la Cour, *«le seul fait de restreindre la concurrence à l'intérieur de l'Union et quel que soit le marché en cause et ses limites, constitue selon le Traité de l'UEMOA, une infraction communautaire au Droit de la concurrence»*¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Sur l'intérêt des marchés dont les montants n'atteignent pas les seuils communautaires, pour la réalisation de l'espace économique régional voir Ann Lawrence DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire: analyse d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 390 et s.

¹⁹⁹ Cour de justice de l'UEMOA, avis n° 003/2000/CJ/UEMOA du 27 juin 2000 relatif à l'interprétation des articles 88, 89, 90 du Traité sur les règles de la concurrence dans l'Union, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1-2004, p 126.

Dans cet avis, la Cour applique les règles de la concurrence aux échanges n'entraînant pas le franchissement des frontières étatiques. Bien que critiquée²⁰⁰, cette interprétation des règles relatives à la concurrence n'en demeure pas moins conforme aux objectifs de l'Union. L'appréhension des échanges sur le marché commun exige au préalable celle des transactions commerciales qui se font dans chaque «*partie significative de celui-ci*», pour reprendre les termes de l'article 88 du traité. Les contrats de la commande publique peuvent être considérés comme faisant partie de ces transactions commerciales. Ceci implique que, quelles que soient les limites géographiques dans lesquelles ils se réalisent, ils doivent être soumis aux dispositions du traité dont la mise en œuvre favorise cette libre concurrence.

En guise de comparaison, la Cour de justice de l'Union européenne a, sur cette question, une jurisprudence caractérisée par ses variations. Elle cherche avant tout à réserver l'application du traité et des règles qu'il contient aux contrats administratifs affectant le commerce intracommunautaire et contenant donc un élément d'extranéité²⁰¹. Néanmoins, elle consent parfois à ce que le traité soit appliqué alors même que cet élément d'extranéité n'est que potentiel²⁰².

²⁰⁰ Le professeur Alioune SALL estime, en effet, que la juridiction communautaire a, dans cet avis, opté pour un «point de vue formaliste d'inspiration excessivement légaliste». Il ne prend pas en compte la condition «implicite» de l'affectation des échanges sur le marché de l'Union, donc la condition tenant aux conséquences des pratiques commerciales anticoncurrentielles. Il estime qu'en interprétant, ainsi qu'il l'a fait, l'article 88, la Cour de justice de l'UEMOA se démarque de la méthode habituellement utilisée en droit international économique, consistant à attacher une importance aux conséquences pratiques des écarts de conduite. Alioune SALL, *La justice de l'intégration, réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Dakar, Editions CREDILA, 2011, p. 141.

²⁰¹ CJCE, affaire n° C-108/98 du 9 septembre 1999, RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA. Suite à un renvoi préjudiciel, la Cour devait répondre à la question de savoir si le traité autorise une commune à s'associer à une société financière pour gérer un service de collecte de déchets urbains, dans le cadre d'une société à capital public local majoritaire, sans au préalable lancer un appel d'offres. Partant du constat que la société qui conteste la conformité au traité du contrat conclu par la commune est une société italienne, installée en Italie, opérant sur le marché de ce pays sans se prévaloir de la liberté d'établissement ou de prestation de service garantie par le traité. La Cour a répondu que le traité ne pouvait s'appliquer à la situation en cause dans cette affaire dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre.

²⁰² CJCE, affaire n° C-412/04 du 21 février 2008, Commission des communautés européennes c/ République Italienne. Dans cette affaire par contre la Cour juge que dans le cas d'un marché d'un montant inférieur à celui du seuil communautaire, il appartient à la Commission d'apporter la preuve que le marché présentait un intérêt certain pour les Entreprises situées dans les autres Etats membres. Si la preuve de l'intérêt

L'intérêt transfrontalier potentiel du contrat peut ainsi justifier le respect des règles de mise en concurrence à l'échelle communautaire par les Etats. Selon la Commission cet intérêt potentiel s'apprécie en fonction «*des circonstances spécifiques de l'espèce telles que l'objet du marché, son montant estimé, les caractéristiques particulières, du secteur en cause (...) ainsi que du lieu géographique de l'exécution du marché*»²⁰³.

Vu sous cet angle, il peut être considéré, que dans le cas des contrats de la commande publique, le traité instituant l'UEMOA a un champ d'application plus large que les directives dont le champ d'application est limité aux contrats dont le montant atteint les seuils qu'elles fixent²⁰⁴.

Notons aussi que les libertés fondamentales et principes généraux du traité ne sont pas sans limites. Les Etats peuvent apporter des restrictions à la libre circulation des marchandises pour des motifs tenant à la moralité publique, à l'ordre public, à la sécurité publique, à la protection de la santé ou de la vie des personnes et des animaux, à la protection de l'environnement, ainsi qu'à la protection de la propriété industrielle et commerciale²⁰⁵.

Quant aux libertés de circulation et de résidence des personnes²⁰⁶ et la libre circulation des services et leur prestation²⁰⁷, elles peuvent subir des restrictions justifiées par la protection de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique²⁰⁸.

transfrontalier du marché est apporté alors son «attribution en l'absence de toute transparence (...) à une entreprise située dans l'Etat membre du pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par ledit marché et qui sont situées dans un autre Etat membre».

²⁰³ Commission de l'Union européenne, Communication interprétative du 23 juin 2006 relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics», *Journal officiel de l'Union européenne*, C 179/2 du 1^{er} août 2006.

²⁰⁴ Ann Lawrence DURVIAUX, *op. cit.*, p. 390 et s.

²⁰⁵ Traité instituant l'UEMOA, art. 79.

²⁰⁶ *Ibidem*, art. 91, parag. 1.

²⁰⁷ *Ibidem*, art. 93, parag. 1.

La question qui se pose alors est celle de la marge de liberté des Etats pour mettre en place ces limites. Autrement dit, ces limites ouvrent-elles aux Etats la possibilité de définir dans leur législation des marchés publics des mesures qui viseraient la protection de la propriété industrielle, ou celle du consommateur qu'est l'administration contractante? Les auteurs sont d'un avis négatif, car, pour eux, les exceptions contenues dans le traité ne confèrent pas aux «*Etats une réserve de souveraineté*»²⁰⁹.

Dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, ces limites aux libertés fondamentales et principes généraux sont interprétées de façon très restrictive s'agissant de leur application aux marchés publics. Ainsi certains auteurs concluent que des mesures *a priori* normales pourraient être interprétées par la Cour comme étant constitutives d'entraves aux libertés fondamentales. Il en est ainsi par exemple de la mise à l'écart d'une offre qualifiée d'anormalement basse, de la nécessité d'obtenir l'accord ou l'avis d'un organisme autre que l'organisme adjudicateur, de l'obligation du choix d'une adresse postale ou de l'ouverture d'un compte postal ou bancaire dans le pays de l'entité acheteuse²¹⁰.

En effet, face à une jurisprudence peu réceptive aux restrictions dont peuvent faire l'objet les libertés fondamentales et principes fondamentaux, toute nuance qui leur est apportée pourrait être «*systématiquement interprétée comme une volonté protectionniste*

²⁰⁸ Toutefois l'usage de ces restrictions reste encadré par le Traité. Voir par exemple le dernier paragraphe de l'article 79 ou le paragraphe 3-c) de l'article 91 du Traité UEMOA.

²⁰⁹ Voir en ce sens Marc FALLON, *Droit matériel de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2002, p.145. Un tel avis est corroboré par certaines dispositions du traité qui encadre l'usage de ces restrictions et prévoyant une obligation pour les Etats de notifier à la Commission de l'UEMOA toute adoption d'une mesure entravant les échanges communautaires et la possibilité pour cette dernière de proposer leur harmonisation ou leur élimination progressive. Voir par exemple le dernier paragraphe de l'article 79 ou le paragraphe 3-c) de l'article 91, ou encore le dernier paragraphe de l'article 94 du Traité UEMOA.

²¹⁰ Christine BRECHON-MOULENES, Caractéristiques générales de la réglementation communautaire des marchés publics, *Jurisclasseur Europe*, fac. 2400.

inconciliable avec la construction communautaire et susceptible d'être condamnée pour cette seule raison»²¹¹.

La Commission et la Cour de justice de l'UEMOA ne se sont pas encore prononcées sur le sujet. Mais pour assurer l'effectivité des dispositions du Traité, elles pourraient bien adopter une attitude similaire face aux règles nationales de la commande publique affectant les libertés protégées. Le Conseil des ministres de l'Union, à travers l'adoption des directives régissant la commande publique, a donné à ces libertés une traduction concrète dans le champ de la commande publique. Mais en même temps, il a défini à la place des Etats, les restrictions dont elles pourraient faire l'objet dans ce domaine.

§ 2. LES DIRECTIVES RELATIVES A LA PASSATION, A L'EXECUTION, AU REGLEMENT, AU CONTROLE ET A LA REGULATION DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Le programme de réforme des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'UEMOA révèle la volonté des instances communautaires de mettre en place *«un nouvel ordre juridique de la commande publique»²¹²* conforme aux standards internationaux.

Deux textes vont donner une assise juridique à cette réforme. Il s'agit de la directive portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public²¹³ et de la directive portant contrôle et régulation des

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² El Hadji Abdou SAKHO, «Mécanismes de Contrôle par les pairs, surveillance régionale multilatérale et monitoring et leur rôle dans le renforcement du marché commun et du commerce régional: le cas de l'UEMOA», Communication à l'occasion du *Forum de haut niveau: les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle*, organisé à Tunis du 16 au 17 novembre 2009 par la Banque africaine de développement, <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283/> (dernière consultation le 17/11/2014).

²¹³ CONSEIL DES MINISTRES DE L'UEMOA, directive 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés public et des délégations de service public dans l'UEMOA, ce texte est disponible sur le site de l'UEMOA (rubrique Actes)

marchés publics et des délégations de service public²¹⁴. Ces deux textes s'inspirent pour beaucoup de la loi type sur les marchés de biens, de services et de travaux adoptée par la Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International²¹⁵. Les directives sont aussi complétées par les dossiers standards régionaux d'acquisitions qui portent sur les marchés de travaux, de fournitures et de services courants²¹⁶, sur les marchés de prestations intellectuelles²¹⁷ et sur les délégations de service public²¹⁸.

Adoptées par le Conseil des ministres de l'Union, les directives s'inscrivent dans un processus entamé depuis 2000 avec l'élaboration du *Document de conception du projet de réforme des marchés publics dans l'UEMOA*²¹⁹. Ce document met en lumière les

www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_04_2005_CM_UEMOA.pdf (dernière consultation 17/11/2014).

²¹⁴ CONSEIL DES MINISTRES DE l'UEMOA, directive 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA, www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_05_2005_CM_UEMOA.pdf (dernière consultation 17/11/2014).

²¹⁵ CNUDCI, loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (adopté en 1994) et Guide pour l'incorporation dans le droit interne, New York, Nations Unies, 1995, <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement/ml-proc-f.pdf>. Remplacé par la loi type sur la passation des marchés publics, adoptée le 1er juillet 2011, Document A/66/17. Voir CNUDCI, loi type sur la passation des marchés publics, Nations unies, New York, 2014, <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-f.pdf> (dernière consultation 17/11/2014).

²¹⁶ CONSEIL DES MINISTRES DE l'UEMOA, Décision n°13/2012/CM/UEMOA du 10 mai 2012 portant adoption des dossiers standards régionaux d'acquisition de travaux, de fournitures, de services courants et du modèle de rapport d'évaluation, www.uemoa.int/Documents/Actes/2012/Dec_13_2012_CM_UEMOA.PDF.

²¹⁷ CONSEIL DES MINISTRES DE l'UEMOA, Décision n°12/2012/CM/UEMOA du 10 mai 2012 portant adoption des dossiers standards régionaux d'acquisition de prestations intellectuelles et du modèle de rapport d'évaluation, www.uemoa.int/Documents/Actes/2012/Dec_12_2012_CM_UEMOA.PDF.

²¹⁸ Décision n°11/2012/CM/UEMOA du 10 mai 2012 portant adoption des dossiers standards régionaux d'acquisition de délégation de service public, www.uemoa.int/Documents/Actes/2012/Dec_11_2012_CM_UEMOA.PDF.

Il peut être souligné le recours à la «décision» comme support juridique des documents standardisés. Ce qui rend les règles et procédures qu'ils contiennent «obligatoires dans tous leurs éléments pour les destinataires qu'elles désignent» pour reprendre les termes de l'article 43 du Traité de Dakar.

²¹⁹ Voir CONSEIL DES MINISTRES DE l'UEMOA, *Décision n°01/2000/CM/UEMOA portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des Etats membres de l'UEMOA*, Disponible sur le site d'IZF:

www.izf.net/upload/document/JournalOfficiel/AfriqueOuest/2000/DEC_01_00.htm (consulté en février 2014). L'intégralité du Document est reproduite dans l'ouvrage de Doudou NDOYE, *L'Union économique et monétaire ouest africaine : U.E.M.O.A. Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal, Togo,*

objectifs de la réforme communautaire et ses enjeux, et permet d'étayer l'idée selon laquelle l'idéologie concurrentielle fonde les réglementations communautaires des marchés publics.

En effet, la réforme s'est faite dans le cadre d'un processus qui a associé les instances communautaires, les Etats membres et les bailleurs de fonds. Ces derniers ont joué un rôle très important dans le lancement de la réforme. Suite à la conférence d'Abidjan, la Banque africaine de développement et la Banque mondiale ont proposé à la Commission de l'UEMOA, en juillet 1999, un programme d'assistance technique afin d'aider les Etats membres de l'Union à mettre en œuvre les recommandations données lors de cette conférence²²⁰.

Ensuite, durant la mise en œuvre du projet, l'UEMOA a pris part aux travaux de la Table ronde du Comité d'aide au développement de l'OCDE et de la Banque mondiale. Les résultats issus de ces travaux et les prescriptions des Banques multilatérales de développement ont été déterminants dans l'approche adoptée par l'UEMOA dans sa réforme de la commande publique.

Guinée Bissau. traité du 10 janvier 1994, révisé le 29 janvier 2003, Dakar, EDJA, 2003, p. 374 et s. Cette décision est le résultat d'un rapport établi la même année par le département des politiques économiques et de la fiscalité intérieure de la Commission de l'UEMOA. Le projet proposé dans le document de conception s'articulait autour de trois volets. La réforme du cadre juridique et institutionnel des marchés publics en est le premier. Le second volet du projet s'articule ainsi autour de l'appui institutionnel aux Etats. Enfin le renforcement des capacités par la formation et le développement du cadre professionnel constitue le dernier volet du projet.

²²⁰ Cette assistance technique s'est aussi accompagnée d'une assistance financière. La première phase du programme a été réalisée grâce à un don de la Banque mondiale de 467 000 dollars. La Banque africaine de développement a financé l'étude diagnostic sur les réformes pour 97 000 dollars et la Commission de l'UEMOA a contribué à hauteur de 150 000 dollars. La seconde phase du projet de réforme des systèmes de gestion des marchés publics a été financée conjointement par le Fonds africain de développement (4 millions d'UC), la Fondation pour le Renforcement des Capacités en Afrique (1,36 millions d'UC), l'Organisation Internationale pour Francophonie (0,13 million d'UC), la Banque Ouest Africaine de Développement (0,75 million d'UC) et l'UEMOA qui a participé à hauteur de 0,90 million d'UC soit 12,6 % du coût total du projet. (Une Unité de Compte = 759,788 F. CFA). FONDS AFRICAINE DE DEVELOPPEMENT, *Rapport d'évaluation du projet d'appui à la réforme des systèmes des marchés publics dans l'espace UEMOA- Phase II*, Disponible sur le site de la BAD: www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/MN-2006-134-FR-ADF-BD-WP-UEMOA-RE-APPUI-LA-REFORME-DES-SYSTEMES-DES-MARCHES-PUBLICS-PHASE-II.PDF, p. i et s. (consulté en mars 2014).

Ainsi, dans ces directives, il faut également observer la traduction de l'action des bailleurs, d'une part, en faveur de l'efficacité de l'aide au développement et plus particulièrement de l'aide budgétaire, d'autre part, pour promouvoir l'ouverture des marchés nationaux en faveur des entreprises des Etats membres et des Etats en dehors de l'Union.

La directive portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public²²¹ et la directive portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public établissent donc un ensemble de règles relatives aux procédures (A) et aux organes participant à la gestion des contrats de la commande publique (B). Afin de mesurer la force obligatoire des directives relatives au contrat de la commande publique, leur place dans les ordres juridiques des Etats membres sera analysée pour finir (C).

A. LA DIRECTIVE 04/2005: L'EDITION DE PROCEDURES ENCADRANT LA COMMANDE PUBLIQUE

La directive n° 04/2005 du 9 décembre s'est voulue être une réglementation complète de la commande publique. Elle s'applique à la passation des marchés publics et des délégations de service public. Elle régit l'exécution et le règlement des marchés publics. C'est un texte englobant (1) qui, pourtant, compromet son effectivité en ne définissant pas les seuils d'application des procédures qu'elle fixe (2).

1. Un large champ d'application

²²¹CONSEIL DES MINISTRES DE L'UEMOA, directive 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés public et des délégations de service public dans l'UEMOA, ce texte est disponible sur le site de l'UEMOA (rubrique Actes) www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_04_2005_CM_UEMOA.pdf (dernière 17/11/2014).

La vocation première des directives relatives à la commande publique est de «garantir l'effectivité des droits»²²² que le Traité confère aux citoyens et entreprises de l'Union. Pour ce faire, elles neutralisent le pouvoir discrétionnaire des administrations acheteuses en leur imposant une obligation d'effectuer leur achat conformément à des critères objectifs.

Dans le cadre de l'UEMOA, une évaluation réalisée avec la Méthodologie d'évaluation des systèmes nationaux de passation des marchés publics du Comité d'aide au développement de l'OCDE et de la Banque mondiale avait révélé que les procédures, les institutions et le secteur privé présentaient des faiblesses qui pesaient, en particulier, sur la transparence et l'efficacité des systèmes nationaux de gestion des marchés publics.

Les directives essaient donc d'apporter des corrections à ces lacunes en définissant dans un premier temps, sous forme de principe, les objectifs de la réglementation communautaire. Tous ces principes concourent à la préservation des deniers publics et à la protection des entreprises pouvant soumissionner.

En effet, les objectifs d'«économie» et d'«efficacité»²²³ visent à la protection des deniers publics. En revanche, ceux relatifs au «libre accès à la commande publique», à «l'égalité de traitement des candidats» et à la «transparence des procédures»²²⁴, répondent à l'impératif de garantir la libre concurrence entre les acteurs économiques.

Quant à son champ d'application matériel, la directive 04/2005 du 9 décembre 2005 présente une certaine originalité en ce qu'elle étend ses règles aux conventions de délégation de service public.

La directive 04/2005 régit la passation, l'exécution et le règlement des marchés publics. Elle définit le marché public comme un «contrat écrit, conclu à titre onéreux par

²²² CJCE, affaire n°199/85 du 10 mars 1987, Commission/Italie, parag. 14, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. 1039.

²²³ Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, *op. cit.*, art. 2.

²²⁴ *Ibidem*.

une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux de fournitures ou de service». Se retrouvent dans cette définition le formalisme qui doit accompagner le contrat d'achat public ainsi que la définition de l'objet traditionnel du marché public, à savoir, l'achat de fournitures, de services et de travaux.

La convention de délégation de service public, quant à elle, constitue au sens du texte, le contrat par lequel une entité publique ou privée *«confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service»*²²⁵. S'agissant d'une notion générique, la directive cite parmi les contrats entrant dans la catégorie des délégations de service public *«les régies intéressées, les affermage, l'opération de réseau ainsi que les concessions de service public, qu'elles incluent ou non l'exécution d'un ouvrage»*²²⁶.

A travers la directive 04/2005, le législateur communautaire a pris part au *«procès en sorcellerie»*²²⁷ du service public, dont la gestion a longtemps été exclue du champ de la concurrence. L'importance financière et économique des services concédés, pousse l'exclusion de ces contrats du marché commun à amputer ce dernier d'une partie importante des transactions qui s'y déroulent. Le texte communautaire a alors édicté des règles particulières applicables à la passation des délégations de service public. Mais, la grande majorité des règles constituant le régime de la délégation de service public provient d'une extension de celles régissant les marchés publics. L'article 71 de la directive stipule que *«l'Etat et les collectivités territoriales peuvent conclure des conventions de délégation de service public en conformité avec les dispositions de la présente Directive, lorsqu'elles s'y rapportent, et avec celles visées au présent chapitre»*. Les dernières dispositions auxquelles il est fait référence ont trait aux mesures spécifiques pouvant régir la publicité

²²⁵ Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, *op. cit.*, art. 1.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ Placide MOUDOU DOU, «Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone», *Revue juridique et politique*, *op. cit.*, p. 60.

des délégations de service public, la sélection des offres, les négociations entre l'autorité délégante et l'entreprise retenue etc.

La directive de l'UEMOA soumet les marchés publics et les conventions de délégation de service public aux mêmes principes et règles. Elle consacre ainsi l'existence au sein de la catégorie des contrats administratifs, d'une catégorie spécifique, celle de la commande publique.

S'agissant de la définition par la directive communautaire des procédures de passation, elle constitue à notre sens une réponse apportée aux critiques auparavant adressées aux autorités nationales. Leur était reproché notamment, le fait de ne pas recourir à la procédure d'appel d'offres ouvert chaque fois qu'elle s'imposait, et lui préférer la procédure de gré à gré qui pouvait concerner jusqu'à 20% des marchés dans les Etats. Cette dernière procédure était décriée comme facilitant le détournement de deniers publics, ou empêchant l'achat au meilleur prix rendant impossible la réalisation d'épargne budgétaire pourtant nécessaire au soutien du développement.

C'est le titre second de la directive qui régit les procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'Union. Deux procédures principales y sont prévues: l'appel d'offres et l'entente directe.

Aux termes de l'article 28, «*l'appel d'offres est la règle*». Libellée sous forme de principe, cette disposition vise avant toute chose à mettre fin au recours abusif au marché de gré à gré et à généraliser la mise en concurrence chaque fois que c'est possible. Lorsque les besoins de l'administration contractante ne s'y prêtent pas, la directive prévoit des procédures différentes de l'appel d'offres ouvert mais qui laissent une place importante à la mise en concurrence. C'est le cas des marchés de prestations intellectuelles²²⁸, des marchés

²²⁸ Directive 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA, *op. cit.*, art. 34.

de maîtrise d'ouvrage déléguée²²⁹, des marchés de commande²³⁰ et des marchés de clientèles²³¹.

La directive autorise aussi le recours à la procédure de passation par entente directe, lorsque les conditions qu'elle établit sont réunies.

La directive 04/2005 de l'UEMOA prend aussi en compte l'exécution des marchés publics. Définies aux articles 79 à 92 du texte, les règles relatives à l'exécution définissent le régime des avenants, ainsi que les droits et obligations du titulaire du contrat en cas d'ajournement du marché et de résiliation. Elles régissent aussi le paiement des marchés. L'exécution du contrat est importante car non seulement elle est le résultat direct de la mise en œuvre des procédures de passation mais aussi et surtout, elle constitue un baromètre du respect de ces procédures de passation. La définition claire des modalités d'exécution et surtout des droits et obligations de chaque partie participe à la sécurité juridique des relations contractuelles.

Si à première vue la directive communautaire donne l'impression de ne laisser de côté aucun aspect de l'encadrement des contrats, elle recèle pourtant un vice congénital pouvant compromettre son application. Ce vice réside dans l'absence de définition dans la directive, des seuils à partir desquels ses dispositions transposées s'appliquent.

2. Un champ d'application limité par l'absence de définition des seuils de procédure

La vocation d'une directive communautaire relative aux contrats, c'est aussi de s'appliquer à ceux présentant un intérêt communautaire. C'est-à-dire aux contrats qui affectent le commerce intracommunautaire ou qui, de par leur montant élevé, pèsent sur les dépenses publiques. Ces contrats doivent être passés dans des conditions qui garantissent la concurrence et la gestion efficace des deniers publics.

²²⁹ *Ibidem*, art. 35.

²³⁰ *Ibidem*, art. 36.

²³¹ *Ibidem*, art. 37.

Dès lors, il appartient à la directive fixant le régime de passation des marchés publics et des délégations de service public, ou bien aux instances communautaires, par tout autre acte, de définir le ou les seuils à partir desquels les règles qu'elles posent, une fois transposées, doivent s'appliquer à la passation des marchés et des contrats de délégation de service public.

Il existe deux sortes de seuil remplissant des fonctions distinctes. Il y a d'une part, le seuil qui déclenche l'application d'une procédure de passation spécifique. On parle alors de seuil de procédure. Concrètement il s'agit de la valeur du marché à partir de laquelle ou au delà de laquelle les procédures formalisées devront être appliquées²³².

D'autre part, il y a le seuil qui sert à définir les modalités de publicité applicable. En ce qui concerne les seuils remplissant cette fonction, l'article 40 de la directive a prévu que «*la Commission de l'UEMOA définira en concertation avec les Etats membres, un seuil communautaire de publication pour les marchés de travaux, de fournitures et de services, et pour les délégations de service public*». Il s'agit du montant à partir duquel les autorités nationales devront transmettre à la Commission de l'UEMOA un avis de publication du marché, et ce, avant de procéder à toute publicité au niveau national. La Commission dispose d'un délai de 12 jours ouvrables au plus tard après réception des avis pour procéder à leur publication. En cas d'urgence, ce délai est réduit à 5 jours ouvrables. Si, au delà des délais qui lui sont impartis, la Commission ne procède pas à la publication des avis, les autorités étatiques pourront alors exécuter la formalité. Pour les autorités communautaires, cette obligation permet, au delà de l'exigence de transparence, d'assurer l'égalité entre toutes les entreprises de l'UEMOA.

Pour ce qui est des seuils de passation, la directive définit la façon dont ils doivent être calculés²³³ mais ne les fixe pas. Ce rôle est laissé à la discrétion des autorités

²³² La procédure peut aussi être définie en fonction du type de marché.

²³³ Directive 04/2005, *op. cit.*, art. 11.

nationales. L'article 10 de la directive 04/2005 dispose à cet égard que *«la présente Directive s'applique aux marchés publics qui n'en sont pas exclus en vertu de l'article 9 et dont la valeur estimée hors taxes est égale ou supérieure aux seuils nationaux de passation des marchés tels que définis par les réglementations nationales applicables des Etats membres»*.

En l'absence d'une définition, au niveau communautaire, des seuils à partir desquels les procédures de passation définies par la directive et transposées par les Etats s'appliquent, l'effectivité du droit communautaire devient tributaire de la volonté des Etats. Et, ce que l'on remarque au sein de l'UEMOA c'est une hétérogénéité des seuils, au point qu'entre deux pays le montant du marché à partir duquel les règles communautaires doivent être respectées peut doubler.

Au Sénégal par exemple, les marchés de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics sont soumis aux procédures d'appel d'offres lorsque leur montant atteint 70 millions francs CFA pour les marchés de travaux, 50 millions francs CFA pour les services et fournitures courantes et 50 millions de francs CFA pour les prestations intellectuelles²³⁴. Pour ce qui concerne les marchés des sociétés nationales, des sociétés anonymes à participation publique majoritaire et des agences ou autres organismes ayant la personnalité morale, les seuils sont fixés à 100 millions francs CFA pour les travaux, 60 millions de francs CFA pour les services et fournitures courantes et 60 millions de francs CFA pour les prestations intellectuelles.

En Côte d'Ivoire, un seuil unique de recours aux procédures formalisées du Code est prévu. Selon l'arrêté du 21 avril 2010, toutes les entités assujetties au Code des marchés publics issu de la transposition de la directive de l'UEMOA doivent recourir aux procédures prévues par le Code dès que le montant du marché atteint la somme de 30

²³⁴ Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.*, art. 53.

millions de francs CFA²³⁵. Ces procédures sont celles qui exigent une large publicité et une concurrence ouverte.

Au Burkina Faso, les règles relatives aux appels d'offres s'appliquent pour la passation des marchés publics «lorsque le montant financier prévisionnel estimé en toutes taxes comprises est égal ou supérieur à vingt millions (20.000.000) F. CFA»²³⁶.

Ces différentes dispositions qui régissent le régime des seuils à partir desquels les règles de passation transposées depuis le texte communautaire s'appliquent, montrent qu'en laissant aux Etats le soin de les définir, le législateur communautaire prend le risque qu'il y ait une application différenciée des prescriptions communautaires sur la passation des marchés.

La diversité des seuils de procédure entraîne une intégration communautaire à plusieurs vitesses. En effet, plus les seuils de mise en œuvre des procédures transposées sont élevés, moins l'Etat en question ouvre ses marchés à la concurrence. Ce qui fait que les Etats ne sont pas placés au même niveau quant à leur contribution à la construction communautaire. Et pourtant, les raisons économiques et juridiques militent pour une harmonisation des seuils au niveau communautaire ne manquent pas. Le niveau économique sensiblement équivalent des Etats membres de l'UEMOA, la très faible différence des taux de croissance de leur PIB, la participation sensiblement équivalente des Etats au commerce intra communautaire sont avancées pour justifier une telle harmonisation²³⁷.

L'Union européenne donne une parfaite illustration de l'importance d'une définition communautaire des seuils de passation. Alors que la coordination des procédures

²³⁵ Arrêté n° 200 MEF/DGBF/DMP du 21 avril 2010 portant fixation des seuils de passation, de validation et d'approbation dans la procédure des marchés publics, art. 3, <http://www.anrmp.ci/arretes.html>.

²³⁶ Décret n°2008-173 /PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, *op. cit.*, art. 12.

²³⁷ Abdoulaye GOUNOU SALIFOU, *Droit et pratique des marchés publics en Afrique de l'ouest francophone: cas de la République du Bénin*, *op. cit.*, p. 125 et s.

de passation des marchés est réalisée par voie de directive, le législateur communautaire procède par voie de règlement pour fixer les seuils de procédures applicables dans les Etats de l'UE²³⁸. Le recours au règlement illustre l'importance et la nécessaire précision des seuils de passation.

Il faut cependant se garder d'avoir un jugement tranché sur l'absence de fixation des seuils au niveau communautaire car, à côté des règles il y a la réalité des administrations publiques africaines. Quelle que soient l'efficacité recherchée à travers la fixation au niveau communautaire des seuils, elle ne sera pas atteinte si au sein des Etats de l'Union, les administrations n'ont pas les capacités requises ou la volonté nécessaire pour organiser la passation des marchés conformément aux exigences du droit communautaire.

L'ordre juridique de la commande publique dans l'espace UEMOA est également composé d'une directive qui organise le contrôle et la régulation des marchés publics et des délégations de service public.

B. LA DIRECTIVE 05/2005: L'INSTITUTION D'ORGANES GARANTS DE LA BONNE EXECUTION DES REGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Un système de gestion de la commande publique est composé à la fois de règles mais aussi et surtout d'institutions qui garantissent leur effectivité. La directive 05/2005 est conçue comme une réponse aux défaillances relevées dans la composante institutionnelle

²³⁸ Le dernier en date est le règlement (UE) n° 1336/2013 de la Commission du 13 décembre 2013 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, *JOUE* du 14 décembre 2013. Il faut aussi préciser que le législateur communautaire européen ne détermine pas les seuils librement. L'Union étant signataire de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (Décision du conseil n° 94/800/CE du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *JOUE*, n° L 336 du 22 décembre 1994), les seuils sont définis conformément à cet accord. Mais ces seuils de passation, tels que définis dans l'accord de l'OMC sont fixés en droit de tirage spéciaux. Pour tenir compte de la fluctuation des monnaies, les Etats ou organisations signataires doivent réviser les seuils de passation. Dans l'Union européenne la révision intervient tous les deux ans. Voir Philippe DELELIS, «Calcul des seuils», *JuriClasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 60-20.

des systèmes nationaux de passation des marchés publics et des délégations de service public.

Pour ce faire, elle se fixe comme objectif de «définir les principes et les modalités de mise en œuvre des fonctions, mécanismes et procédures de contrôle et de régulation» des marchés publics et des délégations de service public.

En 15 articles regroupés en trois titres (titre 1: contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public; titre 2: discipline et recours; titre 3: dispositions finales) elle fixe l'économie générale de la gestion institutionnelle de la commande publique.

Celle-ci repose sur un principe de base: la séparation et l'indépendance des fonctions et des organes de contrôle et de régulation²³⁹. Les Etats de l'Union disposaient d'un délai de deux ans à partir de l'entrée en vigueur de la directive pour adopter les mesures nécessaires à sa mise en œuvre.

Le contrôle de la passation des marchés publics a longtemps été décrié parce que présentant des lacunes liées à la disparité des institutions qui en ont la charge dans les différents Etats et à la faiblesse de leur moyens financiers et humains. L'UEMOA l'organise autour d'entités administratives centrales, décentralisées, déconcentrées²⁴⁰.

Ces entités ont des fonctions propres et des fonctions qu'elles partagent avec les autorités de régulation. S'agissant des missions qui leur sont propres, ces organes ont une fonction de contrôle consistant à émettre des avis, à donner des autorisations ou des dérogations lorsqu'elles sont prévues par les textes²⁴¹.

²³⁹ Directive 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, *op. cit.*, art 3.

²⁴⁰ *Ibidem*, art. 4.

²⁴¹ *Ibidem*.

Quant aux fonctions qu'elles partagent avec les agences de régulation, ces dernières consistent d'une part à former, informer et conseiller les acteurs de la commande publique et d'autre part à collecter des informations en vue de la constitution d'une base de données²⁴². Ces fonctions dévolues aux organes de contrôle par la directive ne sont pas limitatives. Les Etats peuvent, au besoin, les compléter.

Le contrôle des marchés publics et des délégations de service public va de pair avec un autre mécanisme: leur régulation. L'article 5 du texte oblige les Etats membres à *«mettre en place des mécanismes institutionnels et opérationnels de régulation qui ne peuvent pas être dévolus aux entités administratives chargées des fonctions de contrôle (...)»*.

Ces mécanismes doivent garantir une régulation indépendante des marchés publics et des délégations de service public ainsi qu'une représentation tripartite et paritaire de l'Administration, du secteur privé et de la société civile. La régulation que prétend ainsi instituer la directive 05/2005 apparaît tout d'abord comme le complément logique du vent de libéralisation qui, à travers le droit communautaire de la commande publique, souffle dans la gestion des services publics et des achats publics. La globalisation des échanges de biens, de services et la mobilité des capitaux nécessitent la mise en place de garanties parmi lesquelles figure l'institution d'organes de régulation qui veillent à la transparence des opérations financières. De même, la bonne gestion des affaires publiques nécessite la mise en œuvre d'une régulation sur le marché de la commande publique.

Le second chapitre de cette directive organise les recours en matière de délégation de service public et de marchés publics. La particularité du texte communautaire est qu'il ne fait pas mention d'un règlement juridictionnel ou de l'arbitrage des litiges nés des contrats administratifs. La directive prévoit la mise en place d'un mécanisme de recours permettant de saisir une autorité non juridictionnelle.

²⁴² *Ibidem*.

L'organe de recours est composé de membres de l'administration, du secteur privé et de la société civile²⁴³. Il doit intervenir après le recours gracieux et avant l'éventuel recours devant les juridictions étatiques. L'autorité de recours non juridictionnel, tel que prévu par l'UEMOA, devrait être un organe indépendant devant lequel les procédures devront revêtir certaines caractéristiques des procédures juridictionnelles (ex: respect du principe du contradictoire).

L'on perçoit ici la volonté de régler le contentieux de la commande publique en dehors du juge étatique. Cette méthode sera-t-elle opérante? L'analyse de l'application par les Etats de cette prescription permettra d'en rendre compte.

Pour le moment, il paraît judicieux d'analyser l'autorité du droit communautaire de la commande publique dans l'ordonnancement juridique interne des Etats membres.

C. LA PLACE DU DROIT COMMUNAUTAIRE DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE DANS LES ORDRES JURIDIQUES ETATIQUES

L'UEMOA a fait le choix d'une politique législative bien définie pour garantir l'efficacité de ses textes dans les ordres juridiques des Etats membres. Il s'agit en l'occurrence de l'harmonisation des législations internes relatives à la commande publique (1). Une fois la méthode d'intégration définie, pourra alors être déterminée la place du droit communautaire de la commande publique dans l'ordre juridique des Etats membres (2).

1. L'harmonisation des législations nationales relatives à la commande publique.

²⁴³ *Ibidem*, art. 12.

L'outil d'harmonisation du droit des contrats de la commande publique est la directive²⁴⁴. Le recours à cet instrument a pour fondement le paragraphe 2 de l'article 67 qui habilite le conseil des ministres à agir par voie de directives (ou de règlement) pour l'harmonisation des législations et des procédures budgétaires.

Qualifiée de technique juridique douce²⁴⁵, la directive participe, à l'instar de la recommandation, d'une approche dualiste. Suivant celle-ci, le droit international ne peut produire ses effets dans les ordres juridiques internes qu'à travers un double mécanisme de réception et d'harmonisation²⁴⁶. Ainsi pour conférer des droits et imposer des obligations aux sujets du droit interne, la directive doit être transposée au moyen d'un texte national d'exécution ou même de transformation. On parle alors de réception²⁴⁷.

L'article 43 du traité instituant l'UEMOA définit les directives comme étant des actes qui «*lient tout Etat membre quant aux résultats à atteindre*». Le propre de la directive est donc d'orienter ses destinataires dans la poursuite d'une certaine fin, sans enfermer sa mise en œuvre dans des prescriptions détaillées²⁴⁸.

En d'autres termes, la directive ne détermine que les objectifs à atteindre et laisse aux autorités nationales qui ont l'obligation de les transposer, dans un délai défini, le soin de définir les modalités qu'elles estiment appropriées pour la transposition. Elle constitue selon la formule du Juge Pierre PESCATORE, «*une méthode de législation à deux*

²⁴⁴ Pour une étude sur la directive, voir notamment Denis SIMON, «La directive européenne», Paris, Dalloz, 1990, 127 p.

²⁴⁵ Joseph ISSA-SAYEGH, «Quelques aspects techniques de l'intégration juridique: l'exemple des actes uniformes de l'OHADA», *Revue de droit uniforme*, 1999-1, p. 6.

²⁴⁶ Innocent FETZE KAMDEM, «Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique», *Revue Juridique Thémis*, n° 43-3, 2009 p.622. Voir aussi Bérangère TAXIL, «Méthodes d'intégration du droit international en droits internes», in *Internationalisation du droit – Internationalisation de la justice*, Actes du 3^e congrès de l'AHJUCAF, 21-23 juin 2010 à Ottawa, p. 106. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la « Reine Rechtslehre » par Charles EISENMANN, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2004, p.321 et s. Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 9^e éd., Paris, Editions Lextenso- Montchrestien, 2014, 11^e éd. p.183 et s.

²⁴⁷ Bérangère TAXIL, *op. cit.*, p. 106.

²⁴⁸ Dans l'UEMOA, le régime juridique de la directive est fixé par le chapitre III du Traité modifié de l'UEMOA, relatif au «Régime juridique des actes pris par les organes de l'Union».

étapes: au niveau communautaire sont arrêtées la ligne politique et le modèle législatif; ensuite il appartient aux Etats membres de traduire ce modèle dans leur catégories nationales»²⁴⁹.

Cette caractéristique de la directive est liée au fait que les autorités communautaires y ont recours dans «*des domaines de compétences législatives retenues des Etats membres*»²⁵⁰. En cela, elle est l'expression même de la subsidiarité²⁵¹.

Dès lors les instruments de transposition peuvent différer d'un Etat à un autre. Cette technique d'intégration est jugée plus respectable de la souveraineté législative et réglementaire des Etats. Toutefois l'instrument de transposition doit présenter des garanties de stabilité et d'accessibilité²⁵². C'est la raison pour laquelle la circulaire ne peut être admise au titre des mesures de transposition. De même, le simple renvoi au droit communautaire dans la législation nationale est interdit²⁵³.

Bien que ne produisant pas d'effet direct dans l'ordre juridique des Etats, la directive reste un acte obligatoire et plusieurs effets sont attachés à cette caractéristique. La Cour de justice des communautés européennes a admis à ce propos qu'un particulier peut,

²⁴⁹ Pierre PESCATORE, « L'effet des directives communautaires, une tentative de démythification », *Dalloz* 1980, Chronique XXV, pp. 171-176. Voir dans le même sens Jean BOULOUIS, « Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les "directives" », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, éd. Cujas, 1975, pp. 191-203.

²⁵⁰ Pierre PESCATORE, *op. cit.*, p. 171.

²⁵¹ Le principe de subsidiarité, constitue un régulateur de compétence. Elle permet de limiter le pouvoir discrétionnaire des autorités communautaires lorsqu'elles interviennent dans le domaine des compétences qui ne leur sont pas propres. Voir en ce sens Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la communauté européenne*, Paris, l'Harmattan, 2006, p. 475 et s. Alfonso MATTERA, « Subsidiarité, reconnaissance mutuelle, hiérarchie des normes européennes », *R.M.U.E.*, 1991, pp. 7-10.

²⁵² Laurent RICHER, *L'Europe des marchés publics: marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009, p. 28.

²⁵³ CJCE 20 mars 1997, Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne, affaire n° C-96/95, parag. 36, Recueil de jurisprudence de la Cour, 1997, 1-1653. Laurent RICHER, *L'Europe des marchés publics: marchés publics et concessions en droit communautaire*, *op. cit.* p. 28.

à l'expiration du délai de transposition, invoquer directement la directive devant un tribunal et ce à l'encontre d'un Etat membre²⁵⁴.

Les directives de l'UEMOA apparaissent comme étant des directives d'harmonisation et non de coordination²⁵⁵. Plusieurs conséquences y sont alors attachées. Contrairement à la directive de coordination, celle qui harmonise impose une unité des notions juridiques et donc une autonomie des définitions communautaires. La principale implication est que les Etats chargés de transposer de telles directives disposent d'une marge d'appréciation réduite. Plus encore, les directives d'harmonisation se rapprochent de plus en plus des règlements. Ainsi, elles ne se limitent plus à fixer des objectifs généraux mais édictent des règles de plus en plus précises²⁵⁶. Les directives relatives aux marchés publics dans l'UEMOA sont des règlements qui ne disent pas leur nom.

Dans le cadre des directives UEMOA, certaines dispositions mettent en exergue le niveau d'intégration visé par le législateur communautaire et donne donc une idée de la marge d'appréciation dont disposent les Etats. Celui-ci utilise principalement trois techniques dans les deux directives: celle du principe directeur, celle de l'option et celle du renvoi au droit national²⁵⁷. La technique du principe directeur est bien illustrée, notamment, par les articles 2 et 21, 23, 83 de la directive 04/2005.

²⁵⁴ CJCE, 5 février 1963, NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise (affaire Van Gend and Loos), affaire n° 26-62, *Recueil de jurisprudence de la Cour* 1963, p. 3.

²⁵⁵ Dans le cadre européen en revanche, la Cour de justice a estimé à propos de la directive sur les marchés publics de travaux, qu'elle se limitait à coordonner les procédures nationales de passation des marchés. Une position qui permet aux Etats d'exclure certaines règles ou de les intégrer dans leurs ordres juridiques avec un degré de rigueur variable en tenant compte du contexte économique, juridique ou social national. Voir CJCE, 27 novembre 2001, Affaires jointes C-285/99: Impresa Lombardini SpA et C-28-/99: Impresa Ing. Mantovani SpA, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. I-9252.

²⁵⁶ Cette évolution des directives a conduit la Cour de justice des communautés européennes à reconnaître aux directives un effet direct dans les ordres juridiques des Etats membres lorsqu'il s'agit de situations mettant en cause l'Etat et ses administrés, permettant ainsi à ces derniers d'invoquer, à l'issue des délais de transposition, les directives à l'appui d'un recours.

²⁵⁷ Cette typologie a été établie par Camille MIALOT à propos de la directive n° 89/665 du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux. Camille MIALOT, «L'intégration du droit européen des marchés publics, les exemples de la France

Ces dispositions posent, sous formes de principes, les objectifs que doivent viser les procédures de passation des contrats de la commande publique et interdisent aux Etats, lorsqu'ils définissent les capacités techniques, financières, et les garanties requises, de prendre des dispositions discriminatoires. C'est le cas en particulier de celles tendant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

Une autre illustration peut également être trouvée dans l'article 3 de la directive 05/2005 qui disposent que «Les Etats membres s'engagent à mettre en œuvre des procédures et mécanismes garantissant la séparation et l'indépendance des fonctions de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public». La portée de ces principes directeurs est précisée tout au long des deux directives. De telles dispositions ne suppriment pas, mais réduisent, la marge de manœuvre des Etats²⁵⁸.

En ce qui concerne, les dispositions qui laissent aux Etats le choix entre diverses options, elles se caractérisent par exemple par l'usage de l'expression «notamment» précédant une énumération.

Enfin, la définition des seuils d'application donne un exemple type de disposition de renvoi au droit national.

La directive est donc l'instrument adoptée pour réformer la passation, l'exécution, le contrôle et la régulation de la commande publique dans l'espace UEMOA. Elle harmonise les législations nationales²⁵⁹. Le but de cette opération est de les rendre

et de l'Espagne» in Mireille DELMAS-MARTY (sous la dir. de.), *Critique de l'intégration normative: l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, P.U.F, 2004, p. 121).

²⁵⁸ Si les règles devant permettre d'atteindre ces principes directeurs sont posées, il appartient aux Etats de définir les mécanismes permettant de les mettre en œuvre.

²⁵⁹ L'harmonisation est définie comme une «opération législative consistant à mettre en accord des dispositions d'origine différente, plus spécialement à modifier des dispositions existantes afin de les mettre en cohérence avec une réforme nouvelle»: Gérard CORNU, et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, op. cit. p. 505. Selon le professeur ISSA-SAYEGH, il s'agit de réduire les différences entre des législations nationales en «comblant les lacunes des unes et en gommant les aspérités des autres»:

compatibles entre elles et avec les objectifs communautaires visés. L'harmonisation vise donc à rapprocher des systèmes juridiques différents par l'édiction des grands principes régissant la discipline concernée. Il revient ensuite aux différents Etats de compléter le cadre juridique ainsi défini par l'adoption des règles. Pour ce faire, ils pourront tenir compte de leurs valeurs, leurs préférences ou encore de leur niveau de développement²⁶⁰.

L'harmonisation correspond ainsi à une technique d'intégration souple. Tout en restant maître de son action interne, chaque Etat sauvegarde une «*zone de symbiose juridique extrêmement large avec ses partenaires, dans laquelle les législations se rapprochent sans aller jusqu'à la fusion pure et simple*»²⁶¹. Chaque Etat garde la possibilité d'adopter ses propres règles pour mettre en œuvre les principes communs «*à condition que ces règles soient suffisamment proches du principe de référence pour rester compatibles*»²⁶².

En ce qui concerne les marchés publics, il est permis de s'interroger sur l'efficacité de la méthode d'intégration adoptée par l'UEMOA. Sur le plan politique, l'harmonisation est l'une des techniques d'intégration les plus faciles à réaliser. Respectueuse de la souveraineté des Etats, elle n'apporte que des modifications limitées à leur législation. Toutefois, d'un point de vue juridique, elle constitue une méthode d'intégration risquée, car ne garantissant pas toujours le résultat escompté.

Elle ne permet pas d'appréhender une discipline dans son intégralité. Les directives de l'UEMOA ont certes, un large champ d'application. Mais des aspects des contrats de la commande publique restent soumis à des réglementations nationales différentes. Et surtout, ce qu'on observe, c'est qu'à travers les révisions successives des

Joseph ISSA-SAYEGH, «Quelques aspects techniques de l'intégration juridique: l'exemple des actes uniformes de l'Ohada», *op. cit.*, p. 6.

²⁶⁰ Innocent FETZE KAMDEM, *op. cit.*, p. 617.

²⁶¹ Etienne CEREXHE et Louis LE HARDY DE BEAULIEU, *Introduction à l'Union économique ouest africaine*, *op. cit.*, p. 93.

²⁶² Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, «Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n°4, oct.-déc. 2000, p. 758.

premiers textes de transpositions des directives communautaires, les Etats reprennent de plus en plus de liberté par rapport à ces dernières.

L'étude des règles figurant dans les Codes issus de la transposition des textes communautaires ainsi que leur application pourra rendre compte de l'efficacité de l'harmonisation des droits nationaux des contrats publics dans l'UEMOA.

Toutefois l'analyse de la place du droit communautaire dans la hiérarchie des normes internes permet d'avoir une première idée sur l'application qui devrait être réservée aux règles relatives aux marchés publics et délégations de service public.

2. la place du droit communautaire de la commande publique dans l'ordre juridique des Etats membres

L'obligation de légalité de leurs actes impose aux Etats de l'UEMOA de reconnaître au droit communautaire de la commande publique la place qui lui sied à savoir celle d'une source supranationale. Il s'en suit que les textes élaborés par les instances communautaires bénéficient de la primauté sur le droit national. La primauté du droit de l'UEMOA est consacrée aussi à l'article 43 du traité qui énonce la portée obligatoire des règlements, directives et décisions adoptées par les différentes autorités communautaires. Ces actes s'intègrent dans le bloc de légalité des Etats membres dès que les formalités de leur entrée en vigueur sont achevées. Une fois intégré dans l'ordre juridique interne, le principe de primauté régit l'application des textes communautaires.

La primauté du droit communautaire UEMOA est consacrée aussi par l'article 6 du traité de Dakar qui stipule que: «les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure».

La Cour de justice de l'UEMOA a eu l'occasion de le préciser dans un avis émis à propos de la transposition dans l'ordre juridique de l'Etat malien de la Directive du 29 juin 2000 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA²⁶³. Elle a considéré que *«la primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, immédiatement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles et, même constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux»*²⁶⁴.

Concrètement la primauté du droit communautaire signifie que la norme communautaire prend place dans l'ordre juridique interne, avec *«rang de priorité sur toute norme nationale»* selon l'expression du juge Yves YEHOUESSI²⁶⁵.

Lorsque la CJCE a consacré la primauté du droit de communautaire²⁶⁶, il lui a été reproché de se fonder sur un principe qui n'existait nulle part dans le traité instituant la Communauté Européenne²⁶⁷. Mais force est de constater que le recours au principe de

²⁶³ COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA, Avis n° 001/2003 du 18 mars 2003, Demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à la création d'une Cour des comptes au Mali, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1-2002, pp. 67-84

²⁶⁴ COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA, Avis n° 001/2003 du 18 mars 2003, Demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à la création d'une Cour des comptes au Mali, *op. cit.*, p.73.

²⁶⁵ Voir Yves D. YEHOUESSI, « L'application du droit international dans l'ordre juridique des Etats francophones ouest africains: le cas du droit de l'Union économique et monétaire ouest africaine », Communication lors du colloques de Ouagadougou du 24-26 juin 2005, *Les cahiers de l'Association ouest africaine des hautes juridictions francophones*, pp. 343-357.

²⁶⁶ Voir CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, *op. cit.* CJCE, 15 juillet 1964, Flaminio Costa contre E.N.E.L., affaire n° 6-64, Recueil, 1964, p. 1141.

²⁶⁷ D'autres fondements ont alors été trouvés pour justifier la primauté du droit communautaire. L'on a ainsi considéré que la seule répartition des compétences aurait suffi pour écarter une règle nationale au profit d'une disposition communautaire. En effet, selon le professeur HERVOUËT ce qui fait qu'une règle communautaire puisse prévaloir sur une règle nationale et être appliquée en lieu et place de cette dernière, ce n'est pas tant une question de primauté qu'une question de compétence. En adhérant à la communauté européenne, les Etats ont consenti au transfert d'un certain nombre de leurs compétences au profit de celle-ci. C'est ce qui justifie que lorsque les organes de l'Union légifèrent dans le cadre des compétences qui leur ont été transférées, leurs textes s'appliquent à la place des dispositifs nationaux. De plus, les textes qui sont adoptés par les Etats dans les mêmes domaines doivent avoir pour seul rôle de participer à la mise en œuvre des règles communautaires. Par conséquent si un texte national est contraire à un texte communautaire, la sanction doit venir non pas de la primauté du second sur le premier mais plutôt de l'intervention de l'Etat

primauté s'est perpétué à travers les divers ordres juridiques communautaires. Les juges de la Cour de Justice de l'UEMOA l'ont repris à leur compte. Néanmoins l'étendue de cette primauté, telle que définie par la Cour de justice reste discutable. Elle lui confère un caractère indivisible. Ce qui implique que la primauté vaut pour toutes les normes communautaires, à l'égard de toutes les normes nationales, lesquelles comprennent la constitution. Or pour cette dernière, l'acceptation de la primauté du droit communautaire sur elle n'est pas sans difficulté. Les constitutions des Etats membres de l'UEMOA ne confèrent aux accords ou traités internationaux qu'une autorité supérieure à celle des lois²⁶⁸.

Ce qui signifie que dans l'ordre interne, la primauté du droit communautaire ne saurait s'étendre à la norme constitutionnelle. Le conseil d'Etat français a interprété cette disposition comme conférant aux engagements internationaux, une suprématie qui « *ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle (...)* »²⁶⁹.

De plus, pour reprendre l'analyse de la Cour constitutionnelle Allemande, les Etats ont la compétence de leurs compétences et ils « *sont les maîtres des traités* »²⁷⁰. Ils

dans un domaine qui relève de la compétence communautaire. François HERVOUËT, «Les relations entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux, De la primauté à la sphère de compétence», in *Le droit administratif, permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean François LACHAUME* Paris, Dalloz, 2007, pp. 649-665.

²⁶⁸ Pour quelques exemples de dispositions constitutionnelles dans l'UEMOA:

-République du Bénin, loi n° 90-32 du 11 décembre portant Constitution de la République du Bénin, art. 147. Texte disponible sur le site de la Cour constitutionnelle du Bénin (Rubrique textes fondamentaux) ou <http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/courconsbj.html>.

-République du Togo, Constitution du 14 octobre 1992, art. 140 révisée par la loi n° 2002-029 du 31 décembre 2002.

-République du Sénégal, Constitution du 22 janvier 2001, art. 98, in Ismaïla M. FALL, *Textes constitutionnels du Sénégal de 1959 à 2007*, Dakar, CREDILA, 2007, p. 195-245.

(République du Burkina Faso, Constitution du 11 juin 1991 révisée par la loi n° 033-2012 du 11 juin 2012, art. 151.

-République du Niger, Constitution du 25 novembre 2011, art. 171. Disponible sur le site de la Cour Constitutionnelle du Niger : <http://cour-constitutionnelle-niger.org/> ou sur http://cour-constitutionnelle-niger.org/documents/constitution_7eme_rep.pdf.

²⁶⁹ CE (France), Ass. 30 octobre 1998, Sarran, Levacher, et autres, *Lebon*, p. 368. La Cour de cassation a confirmé cette interprétation dans l'arrêt Fraisse: Cass, Plén. 2 juin 2000, Melle Fraisse, *Bulletin Ass. plén.* n° 4, p. 7.

²⁷⁰ BUNDES VERFASSUNGSGERICHT, 12 octobre 1993, Brunner/Europäische Union Vertrag, cité par François HERVOUËT, *ibidem*. Pour une analyse de cette décision, voir notamment Jurgen SCHWARZE,

créent les unions et communautés d'intégration et définissent leurs compétences conformément à leurs constitutions respectives. Par conséquent, les juridictions communautaires ne font que dire le droit que les Etats ont créé²⁷¹.

La deuxième partie de cette étude permettra d'analyser la portée de mesures contenues dans les directives communautaires dans les ordres juridiques nationaux au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire. Il faut tout de même souligner que tous les Etats de l'Union ont transposé les directives 04/2005 et 05/2005 du 9 décembre 2005²⁷².

L'harmonisation du droit des marchés publics et des délégations de service public dans l'espace UEMOA marque une étape décisive dans la construction communautaire. L'UEMOA et la COMESA²⁷³ sont les seules organisations communautaires d'Afrique subsaharienne à s'être doté d'un texte expressément consacré à l'harmonisation du droit des contrats administratifs spéciaux. Toutefois, parce que le droit des contrats est une discipline carrefour, en légiférant sur d'autres matières des organisations telles que l'OHADA et la CEMAC ont créé au profit de leurs Etats membres, un véritable cadre juridique communautaire applicable à ces contrats.

La mise en place d'une politique communautaire spécifique pour les marchés publics et les délégations de service public soulève bien des interrogations. Elles peuvent être résumées à la question des fondements de leur légitimité. Des réponses à ces interrogations pourraient être trouvées à travers l'analyse des justifications de la réforme communautaire de la commande publique.

«La ratification du traité de Maastricht en Allemagne, l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe», *RMCE*, 1994, pp. 293-303.

²⁷¹ François HERVOUËT, *op. cit.* p. 64.

²⁷² UEMOA, Département des Politiques Economiques et de la Fiscalité Intérieure, *Rapport de surveillance multilatérale des marchés publics et des délégations de service public dans l'espace UEMOA* 2011, p.41, <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/123203719151123873d4a45.pdf> (consulté le 02/12/14).

²⁷³ COMMON MARKET FOR EASTERN AND SOUTHERN AFRICA (COMESA), "Public Procurement Regulations" *Official Gazette of the COMESA*, vol. 15, n°3, 9 juin 2009. 36 p.

SECTION II. LES JUSTIFICATIONS DE L'HARMONISATION COMMUNAUTAIRE DES DROITS NATIONAUX RELATIFS A LA COMMANDE PUBLIQUE

L'UEMOA est une organisation internationale dotée de la personnalité juridique et disposant de compétences d'attribution. Toute son action doit avoir pour base juridique le traité qui l'institue²⁷⁴. Toutefois les organes de l'Union peuvent bénéficier d'une extension de leurs compétences. Ils peuvent se voir reconnaître des compétences implicites ou une réserve de compétences²⁷⁵. Il faut alors définir celles qui fondent son intervention dans le domaine des contrats de la commande publique. De l'existence de telles compétences dépendent la légalité et la légitimité de la réforme communautaire.

Plusieurs arguments sont avancés pour justifier la réforme des contrats publics dans les Unions ou Communautés économiques et monétaires en Afrique. L'intégration de la commande publique est une composante de l'intégration économique pour certains²⁷⁶. Pour d'autres, la réforme des contrats de la commande publique participe aux actions en faveur de la bonne gouvernance²⁷⁷.

²⁷⁴Voir en ce sens Robert KOVAR, «Compétence des communautés européennes», *JurisClasseur Europe*, Vol.2, fascicule 420, n°11 et s.

²⁷⁵Voir COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA, avis n°003/2000/CJ/UEMOA du 27 juin 2000 relatif à l'interprétation des articles 88, 89, 90 du Traité sur les règles de la concurrence dans l'Union, *op. cit.*

²⁷⁶Eric P. L. KY, *L'intégration par la commande publique: la réforme du droit de marchés publics dans l'Union économique et monétaire ouest africaine*, *op. cit.*

²⁷⁷La bonne gouvernance est au cœur des stratégies et priorités mises en œuvre par l'UEMOA en collaboration avec la CEDEAO pour approfondir l'intégration, promouvoir la croissance et atteindre la réduction de la pauvreté. La bonne gouvernance se traduit notamment par la bonne gestion des finances publiques. Or les deux organisations ont relevé que, dans ce domaine, les politiques menées par les Etats pour promouvoir la transparence, la responsabilisation et l'intégrité des acteurs n'étaient pas soutenues par des politiques régionales ciblées. Pour y remédier, elles ont adopté dans leur Document de stratégie régionale de réduction de la pauvreté un programme d'«harmonisation des standards et pratiques». Le programme de réforme des marchés publics dans l'Union rentre dans le cadre de cette stratégie. Voir COMMISSION DE L'UEMOA et SECRETARIAT EXECUTIF DE LA CEDEAO, (Groupe technique de pilotage de la stratégie régionale de réduction de la pauvreté en Afrique de l'ouest), *Intégration régionale, croissance et réduction de la pauvreté en Afrique de l'Ouest*, Stratégie et plan d'action, Abuja, Ouagadougou, 2006, p. 81 à 87, Document disponible sur le site de la CEDEAO: www.ecowas.int/publications/fr/macro/srrp.pdf. (dernière consultation le 03/03/2014).

L'objectif de bonne gouvernance est repris dans le document de conception du projet de réforme dans lequel il est précisé que l'objectif sectoriel visé est le renforcement de l'intégration à travers la bonne gouvernance.

A ces objectifs propres à la construction communautaire vont se greffer d'autres considérations extra communautaires mais qui vont peser sur les réformes. Il en est ainsi par exemple, de la nécessité de se conformer aux objectifs de la déclaration de Paris²⁷⁸. Rappelons que dans les engagements des pays bénéficiant de l'aide figure d'une part la réalisation d'études et de diagnostic pour fournir une évaluation fiable des procédures et systèmes nationaux et d'autre part, la mise en œuvre sur la base de cette évaluation, des réformes nécessaires pour garantir *«l'efficacité, la responsabilité et la transparence des systèmes, institutions et procédures de gestion de l'aide et autres ressources affectées au développement en place à l'échelon national»*²⁷⁹.

Quelles sont les dispositions juridiques pouvant fonder l'action de l'UEMOA dans le champ de la commande publique? Les institutions communautaires de l'UEMOA n'ont pas d'habilitation expresse pour intégrer les contrats publics dans le champ des politiques communautaires.

L'article 4 du traité définit les objectifs de l'Union²⁸⁰ et l'article 60 du traité, donne mandat à la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de procéder à un

Par cette réforme, l'UEMOA apporte un soutien à ses membres auprès des bailleurs de fonds que sont notamment la Banque africaine de développement et la Banque mondiale.

²⁷⁸Voir la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement, adopté le 2 mars 2005, disponible sur le site de l'OCDE,

<http://www.oecd.org/fr/cad/efficacitedelaide/declarationdeparissurlefficacitedelaide.htm>, (dernière consultation le 04/03/2014).

²⁷⁹Voir la *Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement*, adopté le 2 mars 2005, (spéc. II: Engagement de partenariat, parag. 20), Disponible sur le site de l'OCDE, (dernière consultation le 04/03/2014)

<http://www.oecd.org/fr/cad/efficacitedelaide/declarationdeparissurlefficacitedelaide.htm>

²⁸⁰ L'article 4 du traité dispose que:« l'Union poursuit, dans les conditions établies par le présent Traité, la réalisation des objectifs ci-après: a) renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des Etats membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé; b) assurer la convergence des performances et des politiques économiques des Etats membres par l'institution d'une procédure de surveillance multilatérale; c) créer entre les Etats membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale commune; d) instituer une coordination des politiques sectorielles nationales, par la mise en œuvre d'actions communes et éventuellement de politiques communes notamment dans les domaines suivants : ressources humaines, aménagement du territoire, transports et télécommunications, environnement, agriculture, énergie, industrie et mines; e) harmoniser, dans la mesure

rapprochement des législations nationales dans les domaines jugés prioritaires pour atteindre les objectifs de l'Union définis à l'article 4. Deux questions se posent alors: quels sont ces domaines prioritaires dans lesquels un rapprochement des législations nationales est nécessaire? Les contrats publics rentrent-ils dans un ou plusieurs de ces domaines prioritaires?

A l'analyse, l'importance des contrats publics dans les dépenses publiques et dans les échanges, fait que certains objectifs de l'intégration ne peuvent être réalisés sans une harmonisation de la commande publique. Il s'agit principalement de la convergence des politiques économiques (§I) et de la réalisation du marché commun (§II).

§ 1. LA REFORME DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC COMME PARTIE INTEGRANTE DE L'OBJECTIF DE CONVERGENCE DES POLITIQUES ECONOMIQUES

L'intégration économique au sein de l'UEMOA, repose sur la convergence des politiques économiques des Etats membres. C'est la raison pour laquelle l'Union fait de l'action économique de chaque Etat, une «*question d'intérêt commun*»²⁸¹ et de leur coordination un moyen d'atteindre ses objectifs. Afin de parvenir à cette convergence, les rédacteurs du traité de Dakar ont mis en place deux mécanismes complémentaires.

Le premier consiste en l'harmonisation des procédures et législations budgétaires des Etats membres. Le second réside dans l'établissement d'une surveillance multilatérale qui garantirait l'effectivité de la convergence des politiques économiques. La complémentarité entre ces deux mécanismes est posée par l'article 67 du traité de Dakar²⁸². Or la commande publique est un sous secteur des finances publiques. Elle

nécessaire au bon fonctionnement du marché commun, les législations des Etats membres et particulièrement le régime de la fiscalité.

²⁸¹ Traité instituant l'UEMOA, *op. cit.*, art. 63.

²⁸² Cette disposition prévoit en son paragraphe 1^{er} que «l'Union harmonise les législations et les procédures budgétaires, afin d'assurer notamment la synchronisation de ces dernières avec la procédure de surveillance multilatérale (...). Ce faisant, elle assure l'harmonisation des lois de finances et des comptabilités publiques, en particulier des comptabilités générales et des plans comptables publics. Elle assure aussi l'harmonisation

représente 20% du PIB des Etats de l'UEMOA²⁸³. Par conséquent, la réforme des systèmes nationaux de gestion des finances publiques, ne pouvait se faire sans que ne soit pris en compte la commande publique.

La corrélation entre la réforme de la commande publique et la convergence des politiques économiques dans l'UEMOA doit dès lors être recherchée dans les liens existant entre les contrats publics et les finances publiques (A). L'insertion des contrats publics dans le mécanisme communautaire de surveillance multilatérale, apparaît alors comme une confirmation de la nécessité d'intégrer ces contrats dans le dispositif de convergence des politiques budgétaires (B).

A. LA REFORME DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC, UN APPUI A LA REFORME DES FINANCES PUBLIQUES

La fiscalité et des dépenses publiques sont les principaux instruments de l'action financière de l'Etat²⁸⁴. La passation des marchés étant le moyen par lequel une bonne partie de ces dépenses s'effectue, les réformes budgétaires au sein de l'UEMOA ont inévitablement englobé une réforme des systèmes nationaux de passation des marchés publics et des délégations de service public. Et plus récemment, la réforme des finances publiques a pris en compte les contrats de partenariat public-privé.

Afin d'endiguer la disparité des législations budgétaires et comptables entre les Etats, le Conseil des ministres de l'UEMOA a mis en place un «*véritable Code général des*

des comptabilités nationales et des données nécessaires à l'exercice de la surveillance multilatérale, en procédant en particulier à l'uniformisation du champ des opérations du secteur public et des tableaux des opérations financières de l'Etat».

²⁸³ Estimation faite par la Banque africaine de développement et le Fonds africains de développement, FONDS AFRICAIN DE DEVELOPPEMENT, Rapport d'évaluation du projet d'appui à la réforme des systèmes des marchés publics dans l'espace UEMOA - Phase II, *op. cit.*, p.8. (dernière consultation en mars 2014).

²⁸⁴ Sur la définition et l'évolution des finances publiques, voir Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, 13^e éd, Paris, L.G.D.J., 2014, p. 57 et s.

finances publiques et de la comptabilité»²⁸⁵ qui puisse fournir aux Etats membres les clés d'une gestion saine des finances publiques. Aujourd'hui, six directives fondent le cadre harmonisé des finances publiques au sein de l'Union²⁸⁶.

Le lien entre la réforme de la commande publique et la réforme des finances publiques au sein de l'Union s'établit d'abord à travers l'exigence de transparence dans la gestion des finances publiques (1). La réforme des juridictions nationales des comptes impulsées par l'UEMOA renforce celle des contrats de la commande publiques (2).

1. Une réforme participant à la transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA

Selon certains auteurs, la directive portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques, constitue en quelque sorte l'exposé des motifs des autres directives participant à la réforme du système budgétaire des Etats membres de l'Union²⁸⁷. En effet, ce texte présente «*la philosophie générale*» de saine gestion des deniers publics qui sous

²⁸⁵ Salif YONABA, «La difficile intégration des règles budgétaires et comptables des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africain», *Revue Française de Finances Publiques*, n° 79, Septembre 2002, p. 225.

²⁸⁶ Directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA:

www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_01_2009_CM_UEMOA.pdf.

Directive n°06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009, relative aux lois de finances:

http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_06_2009_CM_UEMOA.pdf.

Directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA:

http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_07_2009_CM_UEMOA.pdf.

Directive n° 08/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant nomenclature budgétaire de l'Etat au sein de l'UEMOA: http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_08_2009_CM_UEMOA.pdf.

Directive n° 09/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant plan comptable de l'Etat au sein de l'UEMOA: http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_09_2009_CM_UEMOA.pdf.

Directive n°10/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant tableau des opérations financières (TOFE) au sein de l'UEMOA: http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_10_2009_CM_UEMOA.pdf.

Voir à propos de cette réforme: Daouda ZOURE, *La modernisation du cadre budgétaire des pays de l'UEMOA*, Paris, Presses académiques francophones, 2013, 548 p. Thiamba GUEYE, *L'incidence de l'Union économique et monétaire ouest africaine sur les finances publiques de ses Etats membres*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2011, 599 p.

²⁸⁷ Salif YONABA, «La difficile intégration des règles budgétaires et comptables des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africain», *op. cit.*, p. 225.

tend toute la réforme budgétaire dans l'Union²⁸⁸. Il exige de l'administration qu'elle soit performante et responsable de ses actes. Ce texte exige aussi que le cadre juridique de la transparence²⁸⁹ soit clairement défini et que l'intégrité de l'information budgétaire et la moralisation des finances publiques soient à la base de l'action publique en matière financière.

C'est donc avec raison que le Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA soit présenté, comme un «*Code de bonne conduite*»²⁹⁰. A l'image du Code de bonnes pratiques en matière de transparence des finances publiques adopté par le FMI en 1998 et révisé en 2007²⁹¹, celui de l'UEMOA pose les principes et obligations auxquelles doivent se soumettre les agents de l'administration publique afin de garantir une gestion saine et transparente des deniers publics.

Les apports du Code de 2000 sont multiples²⁹². Quelques uns se rapportent particulièrement aux contrats publics.

²⁸⁸ Un des objectifs visés par l'édiction d'un Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'Union était de compléter le Pacte de convergence, de stabilité et de croissance qui avait montré ses limites.

²⁸⁹ Selon la directive n° 02/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA, la transparence se réfère à «*la franchise, à la loyauté et à la clarté dans l'exercice des responsabilités et fonctions assignées*». Elle correspond aussi à «*la qualité de ce qui fait paraître la vérité toute entière sans l'altérer*», à ce qui est «*visible, compréhensible par tous*». Son contraire est l'opacité. Appliquée aux finances publiques, elle se matérialise par le travail qu'effectue l'administration pour fournir au public une information claire à la fois sur la structure et les fonctions des administrations publiques, sur les visées de la politique de finances publiques, sur les comptes du secteur public et sur les projections budgétaires. Texte publié dans Les Bulletins Officiels de l'Union Économique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA) 1996 à 2000, publié sur le site de l'UEMOA, http://www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/DIR_02_2000.aspx (dernière consultation le 17/11/2014).

²⁹⁰ Salif YONABA, «La difficile intégration des règles budgétaires et comptables des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africain», *op. cit.*, p. 225; Fonds africain de développement, Rapport d'évaluation du projet d'appui à la réforme des systèmes des marchés publics dans l'espace UEMOA (Phase II), *op. cit.*, p 5.

²⁹¹ FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL, *Code de bonnes pratiques en matière de transparence des finances publiques*, 2007, www.imf.org/external/np/fad/trans/fre/codef.pdf (dernière consultation mars 2014).

²⁹² Pour une étude détaillée, Thiamba GUEYE, *L'incidence de l'Union économique et monétaire ouest africaine sur les finances publiques de ses Etats membres*, Thèse de doctorat, soutenue à Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, 599 p., pp. 124 à 132. Nicaise MEDE, *Réflexion sur le cadre harmonisé des finances publiques dans l'espace UEMOA*, Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans

Tout d'abord, le Code de transparence considère que les textes législatifs et réglementaires relatifs aux marchés publics sont partie intégrante du cadre juridique et comptable des finances publiques. Le Code consacre de ce fait l'exigence d'une intégration de la commande publique aux finances publiques. Dans l'UEMOA particulièrement, le point de départ de la réforme des marchés publics est la recherche d'une gestion saine des finances publiques.

Lors de la conférence d'Abidjan de 1998, les partenaires au développement ont invité les Etats²⁹³ à réformer leur cadre juridique et institutionnel de gestion des marchés publics et des délégations de service public et ce, dans le but de mettre en œuvre les principes de bonne gestion des finances publiques²⁹⁴. La réforme des marchés publics et des DSP apparaît ainsi comme une composante des efforts d'intégration et de la rationalisation que l'Union mène dans le domaine des finances publiques. L'adoption quasi simultanée du premier texte du programme de réforme des contrats publics dans l'Union, en l'occurrence, le document de conception du projet de réforme des marchés publics et du Code de transparence dans la gestion des finances publiques répond à la nécessité de renforcer les actions de réformes des finances Publiques par une réforme de la commande publique.

Dans le Document de conception de projet de réforme des marchés publics, il est expressément prévu que l'objectif du projet est d'appuyer *«la mise en œuvre de l'orientation du projet de Code de transparence, visant à améliorer la passation et l'exécution des marchés publics, afin de promouvoir la transparence dans la gestion des finances publiques»*. La BAD estime à ce propos qu'à travers le document de conception

les pays d'Afrique, juin 2012, 121 p, <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/reflexion-sur-le-cadre-harmonise.html> (dernière consultation en mars 2013). Voir aussi, Salif YONABA, «La difficile intégration des règles budgétaires et comptables des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africain», *op. cit.*, pp. 229-232.

²⁹³ 33 pays africains dont tous les Etats membres de l'UEMOA à l'exception de la Guinée Bissau ont participé à cette conférence.

²⁹⁴ FONDS AFRICAIN DE DEVELOPPEMENT, *Rapport d'évaluation du projet d'appui à la réforme des systèmes de marchés publics dans l'espace UEMOA (Phase II)*, septembre 2006, *op. cit.*, p. VII.

du projet de réforme des marchés publics, l'Union confirme l'adéquation des objectifs de la réforme de la commande publique avec celle qui est mise en œuvre pour renforcer la transparence dans la gestion des finances publiques et consolider le marché commun²⁹⁵.

La corrélation entre finances publiques et contrats publics est ensuite confirmée dans la définition des actions à mener, au niveau étatique pour améliorer la transparence dans la commande publique. Le Code demande aux Etats *«de passer et faire exécuter les marchés publics dans de bonnes conditions d'économie, de transparence et d'efficacité, en donnant à tous les soumissionnaires répondant aux critères de sélection, la possibilité de concourir, et en encourageant la participation des entrepreneurs, fabricants et consultants ressortissants de l'Union. A cette fin, ils publieront les résultats de toutes les adjudications et procéderont périodiquement à une évaluation de l'exécution des contrats. Les rapports d'évaluation seront publiés»*²⁹⁶.

Par cette disposition le Code de transparence met l'accent sur un aspect fondamental du principe de transparence appliqué au contrat public. Il s'agit de l'obligation de publicité qui incombe à la personne publique contractante durant tout le processus de passation.

La réforme de 2009 a eu pour principal objet d'adapter le Code de transparence dans la gestion des finances publiques aux nouveaux outils de gestion budgétaire. Dans les grands principes, les deux Codes de 2000 et de 2009 se rejoignent. La légalité et la diffusion de l'information concernant la gestion budgétaire figure en première place des préoccupations du Code.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ Directive n° 02/2000/CM/UEMOA portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA, *op. cit.*, parag. A-2-1-2.

Le Code de transparence de 2009 fait partie des fondements juridiques des droits nationaux relatifs à la commande publique²⁹⁷. Les principes et règles établis dans la directive s'imposent aux autorités nationales lorsqu'elles élaborent les règles de la commande publique.

De même l'obligation de légalité et de publicité des opérations financières de l'Etat s'impose à l'administration lorsqu'elle passe un contrat. Par conséquent, il incombe aux Etats de mettre en place les mécanismes de publicité adéquate des contrats et de leur procédure de passation²⁹⁸. Ces exigences imposent aussi aux Etats de veiller au respect des règles lorsqu'elles engagent des dépenses pour effectuer une commande publique.

Le Code de transparence dans la gestion des finances publiques de 2009, consacre l'entrée des contrats de partenariat public-privé dans le paysage juridique communautaire. Faut-il rappeler que les directives de 2005 qui harmonisent les législations nationales relatives aux contrats publics ont limité leur champ d'application aux marchés publics et délégations de service public?

En étendant son champ d'application aux contrats de partenariat public-privé, le Code prend en compte une réalité juridique existante dans les Etats de l'Union et «oublié» en 2005. Mais surtout, par cette consécration il incite les Etats à mettre fin à la pratique consistant à légiférer exprès pour chaque projet de partenariat public-privé ou de concession.

De telles pratiques, constituent une source de distorsion entre les projets et entre les différents Etats et de ce fait, ne garantissent pas la sécurité juridique aux yeux des

²⁹⁷ Pour les innovations du Code de transparence de 2009 dans le domaine des finances étatiques voir notamment Thiamba Gueye, *L'incidence de l'Union économique et monétaire ouest africaine sur les finances publiques de ses Etats membres*, op. cit., pp.130-132.

²⁹⁸ *Ibidem*, paragraphe I- 1.6 : « Les contrats entre l'administration publique et les entreprises, publiques ou privées, notamment les entreprises d'exploitation de ressources naturelles et les entreprises exploitant des concessions de service public, sont clairs et rendus publics. Ces principes valent tant pour la procédure d'attribution du contrat que pour son contenu ».

investisseurs. La Directive impose donc aux Etats d'établir un cadre juridique clair pour ces contrats. Telle est la signification pouvant être donnée à son paragraphe 1.8 qui dispose que *«toute concession de droit d'utilisation ou d'exploitation d'actifs publics ainsi que les partenariats public-privés, s'appuient sur des bases juridiques formelles et explicites»*²⁹⁹.

Au regard des fonctions assignées à la commande publique dans la politique d'assainissement et d'efficience des finances publiques, le contrôle de ces dernières touche nécessairement celui des contrats. En intégrant la commande publique dans le champ de contrôle du juge des comptes, le législateur communautaire confirme son importance dans le mécanisme de gestion du budget.

■ 2. Une réforme renforcée par celle des juridictions des comptes

L'idée qui est au centre des développements qui vont suivre est qu'en engageant les Etats sur la voie d'une réforme de leur juridiction des comptes, l'UEMOA a essayé de mettre à leur disposition un outil de contrôle plus efficient des deniers publics. Ainsi, la réforme communautaire des contrats administratifs a pu être renforcée par celles des juridiction des comptes.

Le contrôle de la dépense publique est effectué en externe par le parlement³⁰⁰ et le juge des comptes et en interne par l'administration elle-même. Ce dernier contrôle sera abordé dans la seconde partie de cette étude. L'accent est mis ici sur le contrôle effectué par la juridiction des comptes³⁰¹.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ Lorsqu'il est mené par le Parlement le contrôle des finances publiques peut intervenir au moment de l'élaboration du budget, lors de son exécution et après celle-ci à l'occasion du vote de la loi de règlement.

³⁰¹ Djibrihina OUEDRAOGO, *L'autonomisation des juridictions financières dans l'espace UEMOA, Etude sur l'évolution des Cours des comptes*, Paris, Presses Académiques Francophones, 2014, 645 p. Nicaise MEDE, «Rapport introductif: la juridiction financière d'hier à demain et ...après demain», Actes du colloque sur *Le contrôle des finances publiques dans les pays membres de l'UEMOA: quelles contribution pour la juridiction financière*, organisé par le Centre d'études et de recherches en administration et finances à Cotonou les 20 et 21 juillet 2010, *Revue béninoise de droit*, n° 24, 2010, pp 7- 20. Pour une analyse des

«La Cour des comptes juge les comptes des comptables publics»³⁰². Elle peut également engager la responsabilité pour faute de gestion des comptables publics, lorsqu'à l'issue du contrôle celle-ci est avérée. Cette sanction peut aussi s'appliquer aux ordonnateurs³⁰³ qui, avec les comptables publics sont les premiers responsables des opérations d'exécution du budget de l'Etat. Globalement, toute personne physique justiciable devant la Cour des comptes peut voir sa responsabilité pour faute de gestion engagée³⁰⁴.

Il en est ainsi en cas de violation des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ainsi que de l'approbation données aux décisions entraînant de telles violations ou encore le fait qu'une personne dans l'exercice de ses fonctions, octroie ou tente d'octroyer à elle-même ou à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature. La violation des règles relatives à la commande publique fait partie de ces infractions³⁰⁵. Les textes nationaux qui définissent les fonctions de la Cour des comptes ont pris le soin de le mentionner.

obstacles que rencontrent la création et l'effectivité des juridictions des comptes, voir André DOSSI, Une Cour des comptes pour quoi faire? Actes du colloque sur *Le contrôle des finances publiques dans les pays membres de l'UEMOA: quelles contributions pour la juridiction financière*, organisé par le Centre d'études et de recherches en administration et finances à Cotonou les 20 et 21 juillet 2010, *op. cit.*, pp. 21-26

³⁰² Par cette disposition les directives communautaires relatives aux lois de finances et au règlement général sur la comptabilité publique soumettent les comptables publics au contrôle et à la sanction positive ou négative de la juridiction financière. En vue de ce contrôle, les comptables publics sont tenus de lui transmettre leur compte de gestion au plus tard le 30 juin de l'année budgétaire suivant celle pour laquelle le compte de gestion est réalisé.

³⁰³ Toutefois les ordonnateurs qui sont les membres du gouvernement et les présidents des institutions constitutionnelles ne sont pas justiciables devant la Cour des comptes et donc ne sont pas concernés par la sanction pour responsabilité au titre de la faute de gestion. *Ibidem*, art. 77.

³⁰⁴ «Toute personne appartenant au cabinet d'un membre du Gouvernement, tout fonctionnaire ou agent d'un organisme public, tout représentant, administrateur ou agent d'organismes soumis à un titre quelconque au contrôle de la Cour des comptes et toute personne à qui est reproché un des faits énumérés à l'article 80 de la présente directive, peut être sanctionné pour faute de gestion». *Ibidem*, art. 78.

³⁰⁵ Cour des comptes du Burkina Faso, arrêt n° 001/2014 du 7 mars 2014, affaire S.Y., ex Maire de la Commune de Banfora,

http://www.courcomptes.gov.bf/files/ARRET_COMMUNE_DE_BANFORA.pdf.

Au Sénégal, la chambre de discipline financière, compétente pour connaître des fautes de gestion, peut sanctionner toute personne coupable «*d'avoir enfreint la réglementation en vigueur concernant les marchés publics ou conventions d'un organisme soumis au contrôle de la Cour (...)*»³⁰⁶. Sont ainsi visés le fait d'avoir procuré ou tenter de procurer à un cocontractant de l'administration un bénéfice anormal, l'absence d'une publicité suffisante d'un marché conformément à la réglementation en vigueur, l'absence d'une mise en concurrence dans les conditions prévues par les textes, le gaspillage des deniers publics suite à une commande publique trop onéreuse pour la collectivité.

L'UEMOA prévoit que les juridictions des comptes peuvent sanctionner la passation de marché public sans intervention du contrôleur financier ou de l'organisme devant donner une autorisation. Elles peuvent aussi sanctionner l'absence de marché public alors qu'en raison de son montant il aurait été nécessaire ainsi que le fractionnement de la commande publique pour éviter d'atteindre le seuil au-delà duquel un marché est nécessaire³⁰⁷.

Enfin, les textes communautaires prévoient aussi que les juridictions des comptes analysent et donnent leur avis sur les rapports annuels de performance c'est-à-dire sur le contrôle réalisé en interne par l'administration elle-même. Au cours de ce contrôle, elles sont amenées à apprécier les résultats de l'administration ainsi que l'efficacité et l'efficience des politiques mises en œuvre et le coût des moyens utilisés³⁰⁸. Pour mener un tel contrôle, elles disposent d'un droit d'accès à l'ensemble des comptes qu'ils soient ou

³⁰⁶Loi organique n° 99-70 du 17 février 1999 sur la Cour des comptes, *op. cit.*, art. 57-A-7.

La chambre a sanctionné au titre des faits de gestion dans les marchés publics, le fait pour une autorité contractante de substituer deux entreprises à celle choisie par la commission des marchés qui était alors la moins-disante, CDF, arrêt n° 03 du 24 septembre 2003, l'achat de fournitures à un montant 40 fois supérieur au prix moyen en cours sur le marché etc. CDF, arrêt n° 2 du 30 mars 2006. Pour une analyse complète: René Pascal DIOUF, «Comment sanctionner les fautes de gestions», *Revue des marchés publics* (Sénégal), juillet 2011, n° 3, pp. 28-31.

³⁰⁷Voir COMMISSION DE L'UEMOA, *Guide didactique de la Directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA*,

www.uemoa.int/Documents/Actes/FINANCES_PUBLIQUES/Guide_didactique_directive_09_2009.pdf,

Annexes n°3: les contrôles externes. 37 p.

³⁰⁸*Ibidem*, p. 32.

non tenus par un comptable. Ce qui leur permet de connaître les montants réellement engagés au cas où la dépense publique aurait été fractionnée et dispersée dans plusieurs comptes. Au cours de ce contrôle, la juridiction doit se prononcer également sur la régularité des procédures mises en œuvre par les entités contrôlées.

L'apport de la juridiction financière au système de gestion de la commande publique va plus loin encore. Elle est en mesure d'apprécier l'efficacité voire l'opportunité du recours à une modalité de financement d'un projet donné et donc du recours à un type de contrat plutôt qu'un autre. Ici, il ne s'agit plus de l'appréciation des procédures, mais des moyens utilisés. Par exemple pour un projet donné, elle peut dire s'il fallait recourir à un marché ou alors vu l'état des comptes publics, s'il faut plutôt choisir un partenariat public-privé ou recourir à une délégation de service public.

Le contrôle de gestion peut conduire la Cour à apprécier l'efficacité d'un contrat public. L'on est alors dans le contrôle des résultats. Par exemple, elle apprécie l'efficacité d'un marché de travaux publics en fonction de la réalisation effective de l'ouvrage et des délais mis pour celle-ci. La livraison des fournitures dans le respect des délais prévus permet de juger de l'efficacité d'un marché de fournitures etc.

A l'analyse, dans le cadre du contrôle de gestion, la Cour doit jouer un rôle pédagogique. Son action ne se limite pas à relever les irrégularités. Elle doit fournir les recommandations nécessaires pour que celles-ci soient corrigées et puissent être évitées à l'avenir. Lorsque l'irrégularité procédurale révèle une faute pénale, elle peut saisir l'autorité judiciaire pour que des poursuites soient engagées contre les responsables.

Les rapports annuels des cours des comptes nationaux fournissent de nombreuses illustrations du contrôle de gestion effectué par la juridiction des comptes. En guise d'exemple, le rapport 2009 de la Cour des comptes du Sénégal révèle de nombreuses irrégularités résultant du non respect des règles et procédures régissant les contrats administratifs. Le contrôle de la Direction de la police des étrangers et des titres de voyage

a permis de relever que le marché public passé entre le gouvernement du Sénégal et une société de droit malaisien, ayant pour objet l'établissement de passeport numérisés d'un montant de 118 72 260 000 francs CFA est un marché irrégulier. L'autorité contractante devait requérir l'autorisation de la Commission des contrats de l'administration avant de passer ce contrat par entente directe³⁰⁹.

Celle-ci n'est intervenue qu'après la signature du contrat. Un autre point de ce contrôle révèle un amalgame entre les notions, qui incontestablement se répercute sur le fond du droit. Le juge des comptes relève qu'une des clauses de ce marché mentionne qu'il s'agit d'un contrat de «*construction, exploitation, transfert (CET)*», donc d'une forme de partenariat public-privé, régie par la loi du 1^{er} mars 2004 relative aux contrats CET. Il en ressort que le gouvernement du Sénégal a passé un contrat CET, selon les règles régissant les marchés publics tout en violant ces mêmes règles et en ignorant complètement les règles et procédures applicables au contrat CET. La Cour relève, en effet, qu'«*aucune des procédures décrites dans la loi n° 2004-13 du 1er mars 2004 relative aux contrats de construction, d'exploitation et de transfert n'a été respectée*».

Cette illustration montre l'importance du mécanisme de contrôle des finances publiques dans la rationalisation de la commande publique. Le juge financier n'est pas qu'un inquisiteur. A travers son contrôle et ses recommandations, il souligne les fautes consciemment ou inconsciemment commises et appelle à les corriger. Pour cela il représente un pilier central de la réforme de la gestion de la commande publique dans les Etats de l'Union. L'effectivité du contrôle des juridictions des comptes dans tous les Etats de l'Union, participera à renforcer le dispositif des contrats de la commande publique en particulier³¹⁰.

³⁰⁹ Au moment de la passation de ce contrat, les marchés publics étaient régis par le décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 (abrogé).

³¹⁰ Pour de plus amples développements sur la nécessité de cette harmonisation voir Nicaise MEDE, «Rapport introductif: la juridiction financière d'hier à demain et ...après demain», *op. cit.*, p.16.

L'importance de la commande publique dans le dispositif de convergence des politiques économiques justifie aussi sa soumission à la surveillance multilatérale.

B. DE LA SOUMISSION DES REGLES REGISSANT LES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE A LA SURVEILLANCE MULTILATERALE

La surveillance multilatérale dans le processus d'intégration économique dans l'UEMOA sera analysée dans un premier temps (1). Dans un second temps, son application dans le champ des contrats publics sera étudiée (2).

1. De la surveillance multilatérale dans le processus d'intégration économique dans l'UEMOA

Définie comme étant «*le mécanisme communautaire de définition et de contrôle des politiques économiques entre les Etats membres (...)*»³¹¹, la surveillance multilatérale est la clé de voûte du processus d'intégration économique dans l'Union.

L'Union économique n'a aucun sens en dehors d'une convergence des politiques économiques nationales. La surveillance multilatérale est le moyen d'y parvenir dans le cadre de l'UEMOA. La place, dans le traité des dispositions relatives à sa mise en œuvre atteste de l'importance de ce mécanisme. Elles se retrouvent dans la section consacrée à «*la politique économique*» de l'Union qui est la base de l'intégration.

Par le contrôle de l'harmonisation et plus précisément la comparaison des données nationales, la surveillance multilatérale participe à la mise en œuvre de la coordination des politiques économiques et permet d'en mesurer le résultat.

³¹¹ Traité modifié de l'UEMOA, *op. cit.*, art. 1^{er}. Pour une analyse plus approfondie du mécanisme de surveillance multilatérale, voir Laurent AGOSSA, Emédètémnin NONFODJI, «Politique budgétaire, Dette et convergence macroéconomique», in El Hadji Abdou SAKHO et Gilles DUFRENOT, *Enjeux des politiques macroéconomiques des pays de l'UEMOA*, Paris, Organisation Internationale de la francophonie, Economica, 2008, pp. 177-216.

C'est la directive n° 01/96/ du conseil des ministres de l'Union qui fixe les modalités de sa mise en œuvre³¹². Il ressort de ce texte que le conseil des ministres, la Commission, la Banque centrale des Etats de l'Afrique de l'ouest et les comités nationaux de politique économique sont en charge de la mise en œuvre de la surveillance multilatérale³¹³.

Le conseil des ministres est l'organe suprême dans l'exercice de la surveillance multilatérale au niveau communautaire. La directive 01/96 prévoit à cet effet que *«les Etats membres coordonnent leur politique économique au sein du conseil, lequel exerce la surveillance multilatérale dans l'Union, sur la base des rapports semestriels, des propositions et recommandations formulées par la Commission après avis du comité des experts (...)»*. S'il ressort de cette disposition que le conseil des ministres est le chef de file dans la mise en œuvre de la surveillance multilatérale il apparaît aussi nettement que la Commission est la cheville ouvrière de ce mécanisme.

Elle est présente durant toute la phase de surveillance multilatérale et remplit trois fonctions essentielles. D'abord, elle gère *«la base de données du dispositif de surveillance en veillant notamment à la cohérence, à la comparabilité des données, et enfin à leur disponibilité pour les Comités nationaux de politique économique»*³¹⁴. Ensuite, elle doit *«établir un rapport trimestriel sur l'environnement international et le transmettre aux comités nationaux de politique économique, à la BCEAO et à la BOAD»*³¹⁵. Enfin, elle élabore et soumet *«au Conseil des Ministres, les rapports semestriels d'exécution pour permettre de vérifier le respect des objectifs de la surveillance multilatérale tels que définis à l'article 64 du Traité de l'UEMOA»*³¹⁶.

³¹² CONSEIL DES MINISTRES DE L'UEMOA, directive n° 01/96/CM du 15 janvier 1996 relative à la mise en œuvre de la surveillance multilatérale des politiques macro-économiques au sein des Etats membres de l'UEMOA, plusieurs fois modifiée, *Bulletin officiel de l'UEMOA*, mai 1996, pp. 22-23.

³¹³ *Ibidem*, art. 2.

³¹⁴ *Ibidem*, art. 11.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ *Ibidem*.

La BCEAO a, quant à elle, un rôle centré sur les politiques budgétaires. Elle doit participer en collaboration avec la Commission à en garantir la cohérence.

Au niveau des Etats membres, les comités nationaux de politique économique sont les instances chargées de la surveillance multilatérale. Concrètement, leur rôle consiste notamment à assister la Commission par la collecte, l'analyse, le traitement et la transmission à celle-ci et à la BCEAO de données statistiques et mesures de politiques économiques. Ces mesures portent notamment sur les finances publiques, la dette publique, les comptes nationaux etc.

Concrètement, la surveillance multilatérale consiste en l'analyse des rapports semestriels sur la situation des Etats. Cet examen qui incombe au conseil des ministres s'effectue en avril et en septembre. Lorsqu'il apparaît qu'un Etat n'a pas respecté son obligation de mettre en œuvre une ou plusieurs règles communautaire allant dans le sens de la convergence des politiques économiques, ce fait est considéré comme un manquement à la légalité communautaire.

Si le manquement ne résulte pas de problèmes économiques rencontrés par l'Etat, la Commission adresse au conseil des ministres une proposition de directive destinée à le corriger³¹⁷. L'Etat qui fait l'objet d'une directive élabore en concertation avec la Commission des mesures rectificatives afin de se conformer à la légalité communautaire³¹⁸. Les Etats peuvent cependant être exemptés du respect des règles entrant dans la surveillance multilatérale³¹⁹ lorsqu'il s'avère que leurs manquements résultent du fait qu'ils rencontrent des difficultés économiques ou qu'ils sont susceptible d'y être confronté.

³¹⁷ *Ibidem*, art. 72.

³¹⁸ *Ibidem*, art. 73.

³¹⁹ Traité modifié de l'UEMOA, *op. cit.*, art. 71.

Afin de garantir l'effectivité de l'intégration économique, les contrats administratifs ont été inclus dans le champ d'application de la surveillance multilatérale.

2. De l'application de la surveillance multilatérale aux contrats de la commande publique

L'harmonisation des législations ayant trait aux contrats publics fait partie intégrante du dispositif de surveillance multilatérale des finances publiques. La nécessité de mettre en place un mécanisme de surveillance multilatérale pour garantir la convergence des législations nationales dans le domaine des marchés publics et des délégations de service public, est mise en exergue dès le préambule de la directive 05/2005 du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA.

Selon l'article 13 de ce texte, «la Commission de l'UEMOA définira en collaboration avec les Etats membres de l'UEMOA et par voie de décision, les organes, mécanismes et modalités de la surveillance multilatérale en matière de marchés publics et délégations de service public»³²⁰.

La mise en place de l'Observatoire régionale des marchés publics (ORMP ci après) concrétise l'institution d'une surveillance multilatérale consacrée aux réglementations sur la commande publique³²¹. Il faut cependant noter que cet organe a commencé à fonctionner dès 2008 c'est-à-dire deux années avant l'adoption de la décision qui fixe ses statuts³²².

³²⁰ CONSEIL DE MINISTRES DE L'UEMOA, directive 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA, *op. cit.*

³²¹ COMMISSION DE L'UEMOA, Décision 001/2010/COM/UEMOA du 02 février 2010 portant création, composition et modalités de fonctionnement de l'Observatoire régional des marchés publics dans l'espace UEMOA, disponible sur le portail des marchés publics: <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/13781089864f63ca2e44d87.pdf>, (dernière consultation en mars 2014).

³²² La première réunion de l'ORMP s'est tenue à Ouagadougou du 28 au 30 juillet 2008.

Placé auprès de la Commission, l'ORMP est un comité composé de 28 membres dont trois délégués par Etat membre, trois représentants de la Commission et un représentant de la Banque Ouest Africaine de Développement³²³. Il se réunit deux fois par an³²⁴. A cette occasion, chaque Etat informe les autres membres, de l'état de la transposition des directives communautaires. Bien que cette obligation d'information joue un rôle important, l'ORMP ne s'en contente pas et peut mettre en action les leviers de la surveillance multilatérale, par d'autres moyens.

Ainsi, il veille à la fois sur les textes et les institutions. A cet effet, il suit les réformes des systèmes nationaux de gestion de la commande publique et évalue leur qualité et leur performance. Pour ce qui est des institutions, il veille au bon fonctionnement du mécanisme de recours non juridictionnel, à l'atteinte des objectifs de renforcement de capacités des ressources humaines chargées de la passation des marchés publics et à la bonne exécution des programmes annuels d'activités des organes nationaux de régulation. L'ORMP remplit aussi le rôle de Comité de Pilotage du Projet de Réforme des Marchés Publics. Enfin, il peut être saisi de toutes questions générales relevant des marchés publics et délégations de service public.

A l'analyse, le rôle de l'ORMP consiste donc à appuyer la Commission dans sa mission de surveillance de la mise en œuvre du droit des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA. En offrant un cadre institutionnel pour l'exercice de la surveillance multilatérale. L'ORMP constitue ainsi *«un cadre d'impulsion et d'orientation des réformes communautaires»*³²⁵.

³²³ *Ibidem*, art. 3. Les représentants des Etats membres sont composés d'un représentant du secteur privé et d'un représentant de l'administration publique tous les deux sont désignés au sein de l'organe national de régulation des marchés publics. A eux s'ajoute un représentant du ministère des finances de chaque Etat.

³²⁴ *Ibidem*, art. 4. La douzième réunion de l'ORMP s'est tenue à Ouagadougou les 27 et 28 février 2014. Les rapports des réunions de l'ORMP sont publiés sur le site des marchés publics de l'UEMOA: <http://www.marchespublics-uemoa.net> (rubrique rapport de surveillance et réunion).

³²⁵ El Hadji Abdou SAKHO, Mécanismes de Contrôle par les pairs des marchés publics, surveillance régionale multilatérale et monitoring et leur rôle dans le renforcement du marché commun et du commerce régional: le cas de l'UEMOA, *op. cit.*

La surveillance multilatérale dans le domaine des marchés publics et des délégations de service public garantit la cohérence du système communautaire de gestion des contrats publics. Mais aussi et surtout elle assure la crédibilité de chaque Etat et de l'Union dans cette réforme, ce, à l'égard des partenaires techniques et financiers.

Il est encore tôt pour faire le bilan de la surveillance multilatérale dans le domaine des marchés publics. L'ORMP est relativement jeune. Sa méthode de travail reste intéressante. A chaque réunion un bilan d'étape est réalisé et les objectifs fixés lors des précédentes réunions sont passés en revue afin d'examiner leur état d'avancement. Lors de ces réunions, sont également recueillies toutes les informations sur l'Etat d'avancement des réformes au niveau des Etats membres. La seconde raison qui rend difficile l'évaluation de la surveillance multilatérale tient au fait que le programme de réforme communautaire du droit de la commande publique n'est pas encore achevé.

Néanmoins, force de constater que les Etats pour des raisons principalement économiques n'ont pas la maîtrise du droit applicable aux contrats qu'ils passent, ce qui ne facilite pas le travail de l'ORMP. Les Etats sont conduits, par moment, à déroger au droit communautaire ou plus précisément à certains de ses principes parce qu'étant contraints d'appliquer un texte qui n'a pas le même enjeu d'intégration que les textes communautaires.

L'on sait par exemple, que dans les marchés financés par la Banque mondiale, il est prévu un mécanisme de préférence nationale. Comment concilier la préférence nationale autorisée par le bailleur et la préférence communautaire exigée par les directives de l'UEMOA?

Le rapport final de la douzième réunion de l'ORMP qui s'est tenue à Ouagadougou les 27 et 28 février 2014, permet de mesurer les différences pouvant exister entre l'approche des bailleurs et celle de l'Union et de ses Etats membres. Cette réunion a été l'occasion pour les experts de la Banque mondiale de présenter un rapport intitulé

«Stimuler l'exécution du budget d'investissement dans les Etats membres de l'UEMOA pour un meilleur impact sur le développement»³²⁶. Parmi les objections que l'ORMP a soulevées à l'égard des propositions y figurant, il y a la proposition de dématérialiser les procédures. L'ORMP a répondu qu'il était encore «précoce» de procéder ainsi. A la proposition consistant à fixer les seuils nationaux de passation par appel d'offres, au niveau communautaire, l'ORMP a répondu, que cela ne relevait pas des compétences de la commission de l'UEMOA. Sur la question de la faible consommation des crédits à laquelle les bailleurs de fonds imputent une bonne partie du retard de croissance, les dissensions sont encore plus importantes. Alors que le rapport privilégie le relèvement des seuils de passation pour accélérer la consommation des crédits d'investissement, l'ORMP estime en ce qui le concerne que le relèvement de seuils ne peut être la panacée pour régler la question de la sous consommation des crédits, que la finalité de la dépense publique ne saurait être réduite à la consommation des crédits car son efficacité doit aussi guider les investissements.

Ces différences d'approche dans la conception du droit de la commande publique entre l'UEMOA et les bailleurs ne sont pas de nature à faciliter la réalisation des réformes.

A ces contingences externes s'ajoute le fait que les Etats, pour des raisons politiques décident de sortir de la légalité communautaire. C'est le cas par exemple lorsque le Sénégal en 2011 a apporté des modifications à son Code des marchés publics afin de soustraire la présidence et certains ministères au respect des règles qui y sont établies³²⁷. Il peut arriver aussi que tout en restant dans la légalité, ils assouplissent les règles communautaires à un point tel, qu'elles se retrouvent privées de leurs effets. L'analyse des procédures qui dérogent à l'appel d'offres en fournira des illustrations.

³²⁶L'objet de ce rapport est d'évaluer les réformes mises en œuvre dans l'UEMOA ces 10 dernières années dans le domaine de la passation des marchés et de la gestion financière. *Rapport final 12^e réunion de l'observatoire régional des marchés publics dans l'espace UEMOA*, Ouagadougou, 27 et 28 février <http://www.marchespublicsuemoa.net/documents/Rapport%20final%20scann%C3%A9%20sans%20liste%20pr%C3%A9sence.pdf>.

³²⁷ Voir par exemple, décret n° 2010-1188 du 13 septembre 2010 modifiant et complétant le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, *J.O* du 13 septembre 2010, n° 6546 (n° spécial) pp. 1013-1031. Ce décret a été abrogé en juillet 2011.

Tous ces facteurs affaiblissent la convergence des politiques économiques et sont susceptibles de priver la surveillance multilatérale, dans le domaine de la commande publique, de ses effets.

Ainsi présentée, la réforme des marchés publics dans l'UEMOA constitue un aspect de la réforme des finances publiques. Cette réforme entre également dans la mise en œuvre d'un autre objectif clé de l'intégration économique: le marché commun.

§ 2. LA REFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE, UNE NECESSITE POUR LA REALISATION DU MARCHE COMMUN

Des fonctions assignées à la réforme des marchés publics dans l'UEMOA, celle relative à la création et à la consolidation du marché commun paraît être de loin la plus emblématique. La raison est que le marché commun est au cœur de la construction communautaire³²⁸.

C'est l'article 76 du traité de Dakar qui définit les moyens par lesquels l'UEMOA peut aboutir à l'établissement et au fonctionnement du marché commun³²⁹. Sur les cinq actions envisagées, quatre peuvent avoir des interférences avec les contrats publics. Il s'agit d'abord de la suppression des entraves à la libre circulation des marchandises, ensuite de la mise en œuvre des libertés de circulation des services, des personnes, des capitaux et de la libre prestation de services, de l'institution de règles communes de

³²⁸ Eric P. L. KY, «Des enjeux de la réforme du droit des marchés publics au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine», *Revue trimestrielle de droit africain*, n° 859, avril-juin 2007, p. 133.

³²⁹ Cette disposition stipule que les moyens par lesquels l'Union peut atteindre la réalisation du marché commun sont: « a) l'élimination, sur les échanges entre les pays membres, des droits de douane, des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie, des taxes d'effet équivalent et de toutes autres mesures d'effet équivalent susceptibles d'affecter lesdites transactions, sous réserve du respect des règles d'origine de l'Union (...); b) l'établissement d'un tarif extérieur commun (TEC); c) l'institution de règles communes de concurrence applicables aux entreprises publiques et privées ainsi qu'aux aides publiques; d) la mise en œuvre des principes de liberté de circulation des personnes, d'établissement et de prestations de services ainsi que de celui de liberté de mouvements des capitaux requis pour le développement du marché financier régional; e) l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle des normes techniques ainsi que des procédures d'homologation et de certification du contrôle de leur observation».

concurrence et enfin de la reconnaissance mutuelle et l'harmonisation des obstacles techniques au commerce.

Pour entrer dans le champ de compétences des organes communautaires, l'harmonisation du droit de la commande publique dans l'UEMOA doit être «nécessaire»³³⁰ pour l'atteinte des objectifs visés à l'article 76.

La nécessité est le critère de détermination des matières dans lesquelles les instances communautaires peuvent procéder à une harmonisation des droits nationaux. Une définition de l'impact de la commande publique sur les libertés de circulation d'une part (A) et d'autre part sur la libre concurrence (B) permettra d'établir la nécessité de sa réforme pour la réalisation du marché commun.

A. DE L'IMPACT DE LA COMMANDE PUBLIQUE SUR LES LIBERTES DE CIRCULATION SUR LE MARCHE COMMUN

La commande publique entretient avec les libertés de circulation une relation fort ambiguë. D'une coté elle peut contribuer à leur expansion car elle constitue un terrain très propice a leur exercice (1). Les achats publics, lorsqu'ils sont ouverts à tous les ressortissants de l'Union, permettent, de mettre en œuvre la liberté de circulation de tous les facteurs de productions. D'un autre côté, lorsque ces achats sont fermés et réservés aux seuls nationaux, ils privent les libertés définis dans le traité de tous leurs effets (2). L'harmonisation des règles régissant la commande publique apparaît alors comme un stabilisateur des relations que cette dernière entretient avec les libertés conférées et protégées par le traité.

³³⁰ Sur le critère de «nécessité» comme critère de rapprochement des législations nationales, Eric P. L. KY, «Des enjeux de la réforme du droit des marchés publics au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine», *op. cit.*, p .136.

1. La commande publique comme facteur favorisant les libertés de circulation

La législation communautaire dans le domaine de la commande publique est un droit de finalité³³¹. Elle vise la réalisation et le fonctionnement du marché. Le Conseil des ministres de l'UEMOA estime à cet égard que, ce qui est attendu du cadre législatif et réglementaire issu de la réforme de la commande publique dans l'Union, c'est qu'il ait un effet d'entraînement sur l'accroissement des échanges sur le marché commun³³². Un auteur fait remarquer à ce titre que, «*la réforme du droit des marchés publics au sein de l'espace UEMOA procède essentiellement d'une logique d'efficacité financière et économique visant la réalisation, l'affermissement et la consolidation du marché commun*»³³³.

Pour comprendre la logique qui sous-tend le droit de l'UEMOA, il est nécessaire de considérer le poids économique de la commande publique. A l'occasion d'un séminaire sur le renforcement des capacités dans l'UEMOA, en date du 10 juillet 2012, les experts de l'union ont estimé le volume annuel des marchés passés sur le continent africain à 50% du montant total des importations annuelles africaines³³⁴. 5% des marchés publics passés annuellement sur le continent s'effectuent dans l'espace UEMOA. Ce qui représente 2,5 milliards de dollars soit 8% du PIB cumulés des Etats. L'administration ivoirienne arrive en tête des acheteurs publics avec 1,025 milliard de dollars. Elle est suivie par le Sénégal (455 millions de dollars, le Mali (253 millions de dollars), le Burkina Faso, (244 millions

³³¹ Sur le caractère fonctionnel du droit communautaire des marchés publics, Jean-Claude GAUTRON, «Rapport de synthèse», in *Les marchés publics et la Communauté européenne*: journée d'étude de la CEDECE, Toulouse le 26 mai 1989, *Revue du marché commun*, pp. 661- 664. Chantal BRUETSCHY, «L'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire», in *Les marchés publics et la Communauté européenne*: journée d'étude de la CEDECE, Toulouse le 26 mai 1989, *Revue du marché commun*, n° 332, décembre 1989 pp. 593-596.

³³² CONSEIL DES MINISTRES DE L'UEMOA, *Décision n°01/2000/CM/UEMOA portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des Etats membres de l'UEMOA*, *op. cit.*, parag. 11.

³³³ Eric P. L. KY, «Des enjeux de la réforme du droit des marchés publics au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine», *op. cit.*, p. 133.

³³⁴ ECO FINANCE, «Le volume des marchés publics en Afrique dépasse 50 milliards de dollars» Publication du 10 juillet 2012, <http://www.agenceecofin.com/gestion-publique/1007-5705-le-volume-des-marches-publics-en-afrique-depasse-50-milliards>.

de dollars), le Bénin (213 millions de dollars), Niger (185 millions de dollars), le Togo (147 millions de dollars), la Guinée Bissau (26 millions de dollars).

Vu le poids et l'importance de la commande publique dans l'Union, il serait utopique de vouloir réaliser un marché commun dans lequel les transactions commerciales des personnes publiques seraient fermés aux fournisseurs, aux prestataires de services, aux entreprises de travaux publics et aux produits originaires des autres Etats membres. Le secteur des contrats publics constitue un marché très prospère pour les fournisseurs de marchandises et les prestataires de services. Il peut ainsi contribuer à l'existence de ce pan de l'activité économique communautaire et favoriser l'exercice des libertés de circulation reconnues au sein de l'Union.

En plus du potentiel économique qu'elle recèle, la commande publique participe à la réalisation des infrastructures nécessaires au fonctionnement du marché commun. En l'absence de structures facilitant le commerce transfrontalier, les échanges entre Etats sont minimes voir inexistantes. Dans une étude sur les liens entre l'intégration et les échanges sous régionaux, il a été démontré qu'entre 1981 et 2000, les organisations d'intégration ouest africaine, en l'occurrence la CEDEAO et l'UEMOA n'ont pas réussi à relancer ou à intensifier les échanges dans la sous région.

Ce phénomène s'observe également dans les autres organisations d'intégration sous régionale et il s'explique notamment par la *«faiblesse des infrastructures qui engendrent des coûts de transports élevés»*³³⁵. Le rapport 2012 du FMI sur l'intégration dans l'UEMOA souligne les conséquences du déficit d'infrastructures dans l'espace UEMOA. Il est noté à cet effet que *«l'insuffisance des infrastructures de transport et d'énergie empêche de profiter du marché commun»*³³⁶.

³³⁵Akoété Ega AGBODJI, «Intégration et échanges commerciaux intra sous-régionaux: le cas de l'UEMOA», *Revue africaine de l'intégration*, vol.1, n° 1, janvier 2007, p. 174.

³³⁶FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL, *UEMOA, rapport des services du FMI sur les politiques communes des pays membres*, Rapport n°12/59 de mars 2012. Disponible sur le site du FMI: <http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/scr/2012/cr1259f.pdf>, (dernière consultation mars 2014).

Il apparaît ainsi que le fonctionnement du marché commun peut être compromis en l'absence d'infrastructures. L'harmonisation des règles relatives à la commande publique dans ce domaine se présente alors comme un gage de sécurité pour les investisseurs car permettant de résorber les déséquilibres entre les Etats en les rendant aussi attractifs les uns que les autres. Ce qui pourrait avoir un effet d'entraînement sur les contrats ayant pour objet la réalisation des infrastructures nécessaires au fonctionnement du marché commun.

Toutes ces considérations rendent nécessaire l'ouverture des contrats publics à la concurrence et donnent à la fois une légitimité et une légalité aux directives portant harmonisation des procédures de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public.

Ce d'autant plus, qu'en l'absence d'un cadre harmonisé, ces contrats peuvent être utilisés pour mener des politiques dont la mise en œuvre restreint les libertés de circulation et entrave ainsi les échanges sur le marché commun.

2. La commande publique comme cause potentielle d'entrave aux échanges sur le marché commun

En Afrique comme ailleurs, les contrats administratifs ont toujours été utilisés comme un moyen d'interventionnisme de la puissance publique³³⁷, et ce à des fins plus politiques qu'économiques. Pour ce faire, les règles sont établies de sorte à décourager ou tout simplement à exclure les fournitures, services ou prestataires issus des autres pays.

Ils peuvent être utilisés pour protéger un secteur privé local faible. Les pouvoirs publics adoptent alors des mesures de passation qui restreignent la libre circulation des

³³⁷Voir notamment El Hadji Abdou SAKHO, «Mécanismes de Contrôle par les pairs des marchés publics, surveillance régionale multilatérale et monitoring et leur rôle dans le renforcement du marché commun et du commerce régional: le cas de l'UEMOA», *op. cit.* Tung-Lai MARGUE, «L'ouverture des marchés publics dans la communauté, 1^{ère} Partie», in *Revue du marché unique*, 1991, p. 147 et s.

marchandises, des services et des prestataires étrangers pour protéger les entreprises ou les emplois ou la production locale d'une concurrence étrangère plus forte. Tel est le cas des marges nationales de préférence ou des dispositions réservant certains marchés à la production locale. La définition extensive des conditions de recours aux procédures qui dérogent à l'appel d'offres, peut aussi, dans une certaine mesure, participer à l'exclusion des entreprises étrangères.

L'exigence d'une caution peut aussi être utilisée comme barrière. C'est le cas lorsqu'elle est d'un montant élevé. En l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire, la caution peut être utilisée comme un obstacle à la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés³³⁸. Les Entreprises seront plus enclines à soumissionner dans les Etats où la législation exige des cautions de soumission d'un montant faible.

Les obstacles à la libre circulation des facteurs de production et directement liés à la commande peuvent également naître de pratiques de corruption ou de clientélisme.

Elles conduisent à l'utilisation de procédure discriminatoires pour attribuer le marché à des entreprises dans lesquels les décideurs publics ont un intérêt financier soit parce qu'elles leur appartiennent ou appartiennent à leurs proches soit parce qu'elles ont contribué au financement de leur campagne électorale etc. les procédures de gré à gré sont réputés pour avoir beaucoup servi de telles causes.

L'on voit ainsi que lorsqu'elles ne sont pas utilisées à bon escient les règles de la commande publique peuvent compromettre l'existence même des libertés de circulation. La nécessité de la réforme des contrats de la commande publique est ainsi établie.

³³⁸ Peut être cité par exemple l'article 47 du décret n° 95-401/P-RM portant Code des marchés publics du Mali (abrogé) qui prévoyait un cautionnement provisoire compris entre un et demi et trois pour cent du montant prévisionnel du marché alors que le code sénégalais issu du décret n° 2002-550 du 30 mai 2002, établissait le cautionnement provisoire entre 1 et 5% du montant estimatif du marché. Au Bénin l'article 76 de l'ordonnance n° 96-04 du 31 janvier 1996 estimait ce cautionnement entre 2 et 3% du montant prévisionnel du marché.

Les liens étroits qui existent entre la commande publique et l'exercice des libertés qui régissent la réalisation et le fonctionnement du marché commun se retrouvent aussi lorsque l'on analyse l'incidence de la commande publique sur la concurrence.

B. LA SOUMISSION DE LA COMMANDE PUBLIQUE AUX REGLES COMMUNAUTAIRES RELATIVES A LA CONCURRENCE

L'action communautaire dans le domaine des contrats de la commande publique consiste à agir sur deux leviers. Envisagé sous l'angle de la réforme budgétaire, l'encadrement de la commande publique a pour but de réguler la demande. En effet, l'encadrement de la dépense effectuée pour réaliser un achat public répond à des considérations d'efficience et de bonne gestion des deniers publics.

Le second levier consiste à agir sur l'offre et donc sur les opérateurs économiques. L'idée étant de leur ouvrir l'accès aux contrats passés dans l'UEMOA et atteignant un montant important, tout en veillant à ce qu'elles ne s'adonnent pas à des pratiques qui affectent la concurrence. Si l'encadrement des libertés de circulation vise en priorité la suppression des entraves publiques aux échanges dans la communauté, celle des règles régissant la concurrence a pour objet de combattre des obstacles publics certes, mais aussi et surtout les entraves qui naissent des agissements des opérateurs privés.

Le traité de Dakar constitue la première source communautaire du droit de la concurrence dans l'Union. L'article 76 qui énonce le principe d'une mise en concurrence sur le marché de l'Union est complété par les articles 88, 89 et 90. Ces trois dispositions ont trait aux pratiques anticoncurrentielles qui peuvent être le fait soit des entreprises privées soit des personnes publiques. Elles donnent mandat au conseil des ministres de l'Union d'adopter les textes précisant et définissant les procédures applicables à ces

pratiques et attribuent compétence à la Commission et à la Cour de justice pour veiller à l'application des règles de concurrence.

En plus du traité, le Code communautaire de la concurrence est composé de trois règlements et de deux directives adoptés le 23 mai 2002. Il s'agit du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA, n° 03/2002/CM/UEMOA portant sur les procédures applicables aux ententes et abus de position dominante et n° 04/2002/CM/UEMOA sur les aides d'Etat et sur les modalités d'application de l'article 88 (c) du traité³³⁹. Les directives quant à elles, traitent respectivement de la transparence des relations financières d'une part entre les Etats membres et les entreprises publiques et d'autre part entre les Etats membres et les organisations internationales et de la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence³⁴⁰.

Le Code communautaire de la concurrence dans l'UEMOA, doit être pris en compte tant par les législations nationales que par les acheteurs publics dans l'édiction et la mise en œuvre des règles relatives la commande publique. Ces textes trouvent leur pendant dans le règlement n° 01/99 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles dans la CEMAC et le règlement n° 04/99 du 18 août 1999 relatif aux pratiques étatiques anticoncurrentielles dans la CEMAC. Pour éviter la répétition, c'est au travers de l'étude des règles de la CEMAC applicables aux contrats que sera approfondie l'analyse sur les liens entre le droit de la concurrence et la commande publique.

³³⁹Ces textes sont disponibles sur le site de l'UEMOA www.uemoa.int (rubrique actes) et dans le journal officiel de l'Union en ligne sur www.izf.net.

³⁴⁰Directive n°01/2002/CM/UEMOA www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/directive_01_2002_cm.aspx et n° 02/2002/CM/UEMOA: www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/directive_02_2002_cm.aspx (dernière consultation en mars 2014).

CHAPITRE II.
L'ENCADREMENT DE LA COMMANDE PUBLIQUE A TRAVERS LA
LEGISLATION DE LA CONCURRENCE DANS LA COMMUNAUTE
ECONOMIQUE ET MONETAIRE DE L'AFRIQUE CENTRALE

L'idée selon laquelle «le droit communautaire des marchés publics est un véritable laboratoire expérimental de l'intégration juridique communautaire tant les questions qu'il met au grand jour sont variées et sont caractéristiques des obstacles à l'intégration» trouve une parfaite illustration dans le cadre de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC ci-après)³⁴¹.

Pour atteindre ses objectifs, l'UEAC, l'organisation d'intégration économique de la CEMAC a mis au centre de ses priorités, la construction d'un environnement juridique permettant de promouvoir et de sécuriser les investissements économiques en Afrique centrale. Reprenant à son compte les acquis de l'UDEAC, la nouvelle organisation a comme objectif «de donner une impulsion nouvelle et décisive au processus d'intégration en Afrique Centrale par une harmonisation accrue des politiques et des législations de leurs Etats». Ainsi dans la CEMAC - comme dans l'UEMOA- le droit est le principal moteur de l'intégration. Mettre en place un cadre juridique propice aux activités économiques, telle est la perspective de l'intégration dans la CEMAC.

C'est dans cette optique que le Conseil des ministres, législateur communautaire, a investi plusieurs domaines. La législation bancaire, celle relative à la concurrence, aux

³⁴¹Henri LABAYLE, «Les contrats dans l'Europe des marchés publics: les voies de l'harmonisation», *Les Petites Affiches*, mai 1992, p. 13. Les questions auxquelles il est fait référence sont la concurrence entre personnes privées et l'intervention des pouvoirs publics, l'efficacité des contrôles juridictionnels, l'articulation des rapports entre le droit interne et le droit communautaire, les obstacles aux libertés de circulation des facteurs de production etc. Voir à propos des obstacles à la libre circulation des biens, des services dans la CEMAC, Edouard GNIMPIEBA TONNANG, «Le nouveau régime juridique de la libre circulation des marchandises en Afrique centrale: entre influences européennes et réformes laborieuses», *Penant* n° 857, oct.-déc. 2006, pp. 433-483. Sur les obstacles à l'intégration en général: Désiré AVOM, «Intégration régionale dans la CEMAC: des problèmes institutionnels récurrents», *Afrique Contemporaine*, vol. 2 / n° 222, 2007, pp. 199-221. Béatrice HIBOU, «Contradictions de l'intégration régionale en Afrique centrale», *Politique africaine*, 1994, pp. 66-73. Daniel ABWA (sous la dir. de), *Dynamiques d'intégration régionale en Afrique centrale: intégration - Afrique Centrale, Actes du Colloque sur les Dynamiques d'Intégration Régionale en Afrique Centrale, Yaoundé, 26 - 28 avril 2000*, 2 vol., Yaoundé, Presses Universitaires de Yaoundé, 2001, 791p. Hakim BEN HAMMOUDA, Bruno BEKOLO-EBE et Touna MAMA (sous la dir. de), *L'intégration régionale en Afrique centrale: bilan et perspectives*, Paris, KARTHALA, 2003, 311 p. Martin Aristide OKOUDOU, «Vers un renforcement de l'intégration régionale en Afrique centrale», *ibidem*, pp. 15-18. Jean NKUETE, «Intégration régionale en Afrique centrale, Bilan et perspectives», *ibidem*, pp. 19-21.

investissements, aux transports, les textes relatifs à la surveillance multilatérale des politiques macroéconomique, le Code communautaire des finances publiques en attestent.

Les Etats de la CEMAC, ne sont pour le moment, pas parvenus à adopter un texte communautaire expressément consacré aux contrats de la commande publique. Toutefois, il existe dans l'ordre juridique communautaire des textes susceptibles d'influencer les droits des contrats des personnes publiques et de parvenir à une harmonisation des législations nationales sur certaines questions relatives à cette discipline. A la tête de ces textes communautaires il y a les règlements relatifs au droit de la concurrence³⁴².

En analysant les techniques du droit de la concurrence il sera démontré dans quelle mesure celui-ci peut être une source communautaire du droit des contrats de la commande publique (Section II). Mais au préalable, il est opportun d'établir à travers le dispositif relatif au droit de la concurrence dans la CEMAC, les liens existant entre celui-ci et le droit de la commande publique (Section I).

³⁴² Le Charte des investissements de la CEMAC contient également des dispositions applicables au contrat de la commande publique et en particulier aux contrats de concession (Règlement n° 17/99/CEMAC-20-CM-03 relatif à la Charte des investissements du 17 décembre 1999», *Bulletin officiel de la CEMAC*, disponible sur le site www.izf.net.) Les incitations et concessions figurant dans les textes relatifs aux investissements sont d'une grande importance dans la conclusion des contrats internationaux. Le code communautaire des investissements est cependant très critiqué. Son contenu en est la principale raison. Sur les 32 articles qui le composent, seuls quelques-uns sont au cœur des problématiques soulevées par les investissements (art. 7, 8, 9 et 14.) Le texte traite de questions liées à la politique économique et monétaire, à la sécurité juridique et judiciaire notamment dans le cadre de l'OHADA, à la formation des magistrats, au rôle des Etats dans le système économique, à la concurrence etc. Comme le souligne un auteur, les dispositions contenues dans ce texte «relèvent plus de la clause de «best efforts» que d'un réel engagement souscrit auprès des investisseurs»³⁴² (Sébastien MANCIAUX, «Que disent les textes OHADA en matière d'investissement?», *Revue de l'ERSUMA, Droit des affaires-Pratique professionnelle*, n°1, Juin 2012, Etude disponible sur le site de l'ERSUMA, <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/etudes-13/article/que-disent-les-textes-ohada-en> (consulté le 29 mars 2014). Ces deniers déplorent quant à eux, «l'inadéquation et l'inopérationalité» de ce texte qui se limite «à l'énoncé banal de principes généraux (...) sans mettre en exergue les avantages et incitations spécifiques à chaque secteurs ou filière (Célestin TAWAMBA, «Les défis auxquels font face les entreprises en Afrique», Communication à l'occasion de la Table Ronde du NEPAD/OCDE: *Mobiliser l'investissement privé en Afrique au service du développement: poser les bases d'un progrès soutenu*, Brazzaville, 12 et 13 décembre 2006, Communication disponible sur le site de l'OCDE: <http://www.oecd.org/fr/investissement/investissementpourledeveloppement/tabledunepad-ocdemobiliserlinvestissementpriveenafriqueauservice dudeveloppementposerlesbasesdunprogrèssoutenu.htm>

SECTION I. DES LIENS ENTRE DROIT DE LA CONCURRENCE ET DROIT DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

«La question de l'articulation entre la concurrence et la commande publique est un piège manifeste et annoncé: il s'agit d'un couple infernal, c'est-à-dire, intime, ancien, indissociable et tant de fois inconciliable, et vivant surtout sur tellement d'équivoques...»³⁴³. Ces propos émis en guise de conclusion à un colloque sur le thème «commande publique et concurrence» expriment toute la problématique de l'articulation entre les deux matières. Ils révèlent, notamment, combien il est impossible de dissocier le droit de la concurrence et celui des contrats de la commande publique (§I). Le législateur de la CEMAC en fournit une parfaite illustration en insérant des dispositions relatives aux marchés publics dans le règlement portant sur les pratiques étatiques anticoncurrentielles (§II).

§1. L'IMPOSSIBLE DISSOCIATION ENTRE DROIT DE LA CONCURRENCE ET DROIT DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les réformes entreprises dans le domaine des marchés publics, se prévalent toutes d'instituer un régime juridique fondé sur les principes de transparence, de liberté d'accès et d'égalité entre les soumissionnaires. La mise en œuvre de tous ces principes impose aux administrations le respect d'une règle fondamentale, l'obligation de mise en concurrence. L'inscription des réformes dans une perspective de libéralisation du marché de la commande publique, a fini par rendre l'obligation de mise en concurrence inséparable de la notion de marché public. Ainsi s'il existe des différences entre le droit de la concurrence et celui de la commande publique (A), dans leur mise en œuvre, ces deux corps de règles se complètent (B).

³⁴³ Noël DIRICQ, propos conclusifs lors de l'atelier de la concurrence, Commande publique et concurrence du 05 juin 2002, *Revue Concurrence et Consommation*, n°129, septembre-octobre 2002, p. 30.

A. DES DIFFERENCES ENTRE LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET CELUI DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Sur un certain nombre de points, le droit de la commande publique et le droit de la concurrence s'opposent.

Le premier a pour objet le comportement de l'acheteur public. L'application des règles du droit des contrats publics, doit amener la collectivité publique à effectuer sa commande de sorte que les deniers publics soient bien utilisés. L'analyse économique confirme cette idée dans la mesure où elle conçoit la mise en concurrence comme une réponse à l'exigence d'efficacité économique³⁴⁴. Son application favorise la diversité des offres. L'acheteur public qui dispose d'un large choix d'offres a plus de chance d'obtenir l'offre la plus conforme possible aux cahiers des charges et la moins chère assurant ainsi une bonne utilisation des deniers publics. Enfin, le droit des marchés publics intervient *a priori*, avant que la concurrence ne soit affectée et impose à l'administration des obligations de faire comme celle d'organiser une publicité et de mettre en concurrence les candidats potentiels³⁴⁵.

Quant aux règles du droit de la concurrence, elles s'appliquent aux comportements des entreprises et à ceux des Etats susceptibles de fausser la concurrence entre les entreprises. La prohibition des ententes, des abus de position dominantes et des concentrations, objet du droit de la concurrence, vise le comportement des entreprises, opérateurs sur le marché. L'interdiction des aides d'Etat illicite, vise le maintien de la concurrence entre les entreprises. Les entreprises sont donc au cœur du droit de la concurrence. Contrairement au droit des marchés publics, le droit de la concurrence est un droit répressif qui intervient *a posteriori* pour sanctionner les abus et réguler le

³⁴⁴ Michel BAZEX, «Les droits de la concurrence : l'exemple des marchés publics», *Contrats Concurrence Consommation* n°11, Novembre 2006, repère 10, p.1

³⁴⁵ Olivier GUÉZOU, «Droit des marchés publics et droit de la concurrence» fasc. III-130 mise à jour n° 66 in Olivier GUÉZOU (sous la dir. de), *Droit des marchés publics*, Paris, Ed. Le Moniteur, avril 2011, p.13. Olivier GUÉZOU, *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, Thèse de doctorat, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 1998, 2 vol., 283 et 729 p.

fonctionnement du marché en rétablissant la concurrence³⁴⁶. Il pose des obligations de ne pas faire.

L'obligation de mise en concurrence du droit des marchés publics est donc un moyen d'assurer la bonne utilisation des deniers publics, alors que les règles du droit de la concurrence visent à préserver le bon fonctionnement du marché. Ainsi les fondements et les objectifs de la mise en concurrence dans le droit des marchés publics, diffèrent de ceux du droit de la concurrence.

En dépit de ces différences, le droit de la concurrence constitue une source à part entière du droit des contrats de la commande publique. Il constitue à côté des règles relatives aux libertés de circulation, l'autre point de pénétration du droit communautaire dans la relation qui unit une entité publique et son cocontractant. Le fait que le législateur de la CEMAC, réunisse dans le même texte les dispositions constituant l'embryon du futur droit communautaire de la commande publique et le dispositif régissant les pratiques étatiques anticoncurrentielles constitue une preuve de l'indissociabilité des deux corps de règles. S'il s'oppose au droit de la commande publique, c'est parce que l'analyse se limite à une conception restrictive des objectifs visés par les deux corps de règles.

B. DES REGLES COMPLEMENTAIRES

Lorsqu'on y regarde de plus près, le droit des marchés publics et le droit de la concurrence répondent à une même exigence, celle de libre concurrence. Considérée comme une notion transversale aux deux corps de règle³⁴⁷, la liberté de concurrence permet de montrer que sur le terrain des objectifs, les deux disciplines peuvent se croiser.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ Olivier GUÉZOU, «Droit de la concurrence et droit des marchés publics: vers une notion transversale de mise en libre concurrence», *CP-ACCP*, mars 2003, p. 43-47.

En effet, pour reprendre les mots du professeur Olivier GUÉZOU, «bien loin de s’opposer, droit des marchés publics et droit des pratiques anticoncurrentielles s’épaulent mutuellement, constituant ainsi les éléments clés d’un système de mise en concurrence»³⁴⁸.

Le droit de la commande publique renforce le droit de la concurrence. Ce premier, se fonde sur une idée de protection de l’intérêt général. La mise en œuvre de la liberté de concurrence dans les procédures de passation permet d’atteindre cet objectif qui se décline d’abord en une protection des deniers publics. La protection de l’intérêt général peut aussi se traduire par une garantie du fonctionnement normal du marché. Lorsque les agents chargés d’effectuer un achat public, utilisent les marchés à des fins personnelles en supprimant la concurrence dans la procédure de sélection pour attribuer les contrats à des entreprises choisies en dehors de toutes considérations d’intérêt général, ils faussent la libre concurrence du droit des marchés publics et contribuent à la transgression de la loyauté de la concurrence entre les entreprises sur le marché. Ainsi le fait d’enfreindre le fonctionnement normal du marché peut aussi se faire au détriment de l’intérêt général.

Ainsi, en contraignant l’acheteur public à organiser les procédures de passation de sorte que les soumissionnaires puissent présenter librement leurs offres et soient traités sur un pied d’égalité et dans la plus grande transparence, le droit des marchés publics permet d’éviter que l’intervention des acheteurs publics ne trouble le fonctionnement normal du marché³⁴⁹. Ce qui revient en définitive à protéger le marché. Or, tel est la logique sur laquelle repose le droit de la concurrence.

C’est avec ses règles et ses techniques que le droit des contrats renforce le droit de la concurrence. Au départ, ce que vise le droit des marchés c’est l’effectivité des principes de transparence, de liberté, et d’égalité. Pour atteindre ces objectifs, l’acheteur public recourt à des techniques comme la publicité des avis d’appel public à la concurrence, la

³⁴⁸ Olivier GUÉZOU, «Droit des marchés publics et droit de la concurrence», *op. cit.*, p. 19.

³⁴⁹ Michel BAZEX, «Les droits de la concurrence: l’exemple des marchés publics», *op. cit.*

définition claire des procédures et critères de sélections etc.³⁵⁰. Ces techniques lui permettent de faire jouer la libre concurrence entre les entreprises et de le prémunir d'un contentieux. C'est cette libre concurrence que recherche aussi le droit de la concurrence. Ainsi, la libre concurrence qui, constitue un moyen par lequel les principes d'égalité et de liberté sont mis en œuvre dans le cadre de la commande publique, permet au droit des contrats de compléter et de renforcer le droit de la concurrence³⁵¹.

A côté des principes fondamentaux de la commande publique, plusieurs dispositions des Codes nationaux des marchés publics, permettent au droit des contrats publics, de recevoir et de renforcer le droit de la concurrence. Le droit de la concurrence veut que l'acheteur sur un marché quelconque effectue son achat de façon rationnelle et éclairée. Ce qui suppose que sur le marché de la commande publique il ne doit pas y avoir d'asymétrie d'information au détriment de l'acheteur public qui peut ainsi effectuer ses achats dans les meilleures conditions en s'adaptant à l'offre. Les dispositions des Codes des marchés publics qui imposent aux cocontractants l'obligation de ne pas sous-traiter la totalité du marché et qui soumettent la sous-traitance à l'approbation de l'acheteur permettent de préserver la rationalité de l'achat public et l'information de l'acheteur sur la réalité de la concurrence³⁵².

³⁵⁰ Olivier GUÉZOU, «Droit des marchés publics et droit de la concurrence», *op. cit.*, p.14 et s.

³⁵¹ Voir également Laurence IDOT, «Commande publique et droit de la concurrence: un autre regard», *Concurrences*, n°1, 2008, pp. 52-63.

³⁵² En guise d'exemple, l'article 146 du Code des marchés publics du Gabon dispose, «le titulaire du marché public peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition que cette faculté soit prévue dans le dossier d'appel d'offres. (...) Le soumissionnaire a l'obligation d'indiquer dans son offre, la nature et le montant de la partie des prestations qu'il envisage de sous traiter». République du Gabon, *Décret n° 0254/PR/MEEDD du 19 juin 2013 portant Code des marchés publics*, texte disponible sur www.droit-afrique.com, (consulté le 07/04/2014). Dans le même sens l'article 118 du décret portant Code des marchés publics au Congo prévoit qu' «en matière de travaux et de services, le titulaire d'un marché public peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition: - d'avoir obtenu du maître d'ouvrage ou du maître d'ouvrage délégué l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement, étant précisé que sont rejetés les dossiers des sous-traitants ne remplissant pas les mêmes conditions légales, techniques et financières requises pour la qualification des soumissionnaires; - que cette possibilité soit prévue dans le dossier d'appel d'offres. Le soumissionnaire a l'obligation d'indiquer dans son offre, la nature et le montant de la partie des prestations qu'il envisage de sous-traiter. La sous-traitance de plus de trente pour cent de la valeur globale d'un marché est interdite. (...) En cas de sous-traitance du marché, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations de celui-ci». République du Congo, *Décret n° 2009-156 du 20 mai 2009 portant code des marchés publics*, Disponible sur le site du

Enfin, la multiplication des expressions telles que «mise en concurrence», «appel public à la concurrence» dans les législations nationales relatives aux contrats publics, révèlent l'intégration de plus en plus importante des exigences du droit de la concurrence dans le droit des contrats administratifs.

Le droit de la concurrence renforce aussi le droit de la commande publique. Sous l'angle du droit de la concurrence, une entente ou un abus de position dominante est considéré comme un comportement qui trompe l'acheteur public sur la réalité de la concurrence³⁵³. Ces pratiques compromettent son objectif de réaliser un achat efficace et par la même d'économiser les ressources publiques. Donc de telles pratiques qui affectent la libre concurrence, principe sur lequel repose le droit de la concurrence, compromettent aussi l'intégrité de la procédure de passation. Ainsi, lorsque le droit de la concurrence, sanctionne une entente entre des entreprises candidates à une procédure d'appel d'offres, il sanctionne par là même une atteinte à l'égalité entre les candidats, à la liberté des offres et à la transparence.

Toujours, pour soutenir l'idée de complémentarité entre les deux corps de règles, on peut observer que si la loyauté de la concurrence permet le fonctionnement normal du marché, elle permet aussi de garantir la protection des demandeurs. Lorsque la libre concurrence - du droit de la concurrence – est effective, l'acheteur public est protégé de la même façon qu'il le serait si on avait mis en œuvre la libre concurrence dans le droit de la commande publique³⁵⁴.

ministère des finances, du Budget et du portefeuille public disponible sur http://www.mefb-cg.org/code_marches/nvcode_marches.html, (consulté le 07/04/2014).

Pour une étude doctrinale voir notamment Olivier GUÉZOU, «Sous-traitance et droit de la concurrence», in *CP-ACCP*, juillet-août 2005, pp. 57-61.

³⁵³ Voir notamment Conseil de la concurrence, «Décision n° 02-D-48 du 29 juillet 2002 relative à des pratiques relevées sur des marchés de VRD dans les arrondissements de Cambrai, Valenciennes et Avesnes sur Hèle», *Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes* n°14 du 30 sept 2002, Publication disponible sur le site du Ministère de l'économie et des finances, www.economie.gouv.fr/dgccrf/Bulletin-officiel-Concurrence-Consommation-Repress, (consulté le 07/04/2014).

³⁵⁴ Cette protection est particulièrement importante dans le contexte des Etats de la CEMAC où l'acheteur public fait souvent appel pour les grands marchés aux multinationales étrangères, rodées aux techniques

Le droit de la concurrence, protège l'acheteur public comme un consommateur qui ne doit pas être lésé parce que la concurrence est faussée. Ce qui fait dire au professeur BAZEX qu' *«entre la collectivité publique et son partenaire, il n'y a donc pas de relation de concurrence mais de consommateur à professionnel. En ce sens le Code des marchés publics, plus qu'un Code de la concurrence est un Code de la consommation, et probablement le premier du genre compte tenu de son ancienneté»*³⁵⁵.

Il apparaît ainsi que le respect par les entreprises, de la libre concurrence sur le marché de la commande publique en particulier, fait partie des conditions qui permettent d'obtenir un achat public efficient c'est-à-dire un achat qui permet d'économiser les deniers publics tout en obtenant des prestations de qualité. De même, le respect de la libre concurrence par l'administration contractante fait partie des conditions qui garantissent l'objectif de loyauté de la concurrence sur lequel repose le droit de la concurrence.

Dans un cadre de construction d'un marché commun, le droit de la concurrence et celui des marchés publics sont des piliers indispensables et complémentaires. Le législateur de la CEMAC a saisi cette réalité en inscrivant ce qui pourrait être décrit comme l'embryon du dispositif communautaire de la commande publique, dans le règlement qui encadre les pratiques étatiques anticoncurrentielles.

§ 2. DES LIENS ILLUSTRÉS PAR L'INSERTION DE DISPOSITIONS RELATIVES AUX MARCHÉS PUBLICS DANS LE RÈGLEMENT RELATIF AUX PRATIQUES ÉTATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Le règlement n° 04/99 du 18 août 1999 relatif aux pratiques étatiques anticoncurrentielles dans la CEMAC définit des procédures de passation applicables aux

contractuelles internationales et se trouvant par là même en situation de force. Dans une telle hypothèse, l'Etat se retrouve réellement dans la position d'un consommateur dont la protection est nécessaire.

³⁵⁵ Michel BAZEX, « Le Conseil de la concurrence et les marchés publics », AJDA 1994, n° 7, p. 103. Au regard de l'étroitesse des liens entre le droit de la concurrence et celui des marchés publics, le professeur BAZEX en appelle à une refondation du droit de la concurrence par la prise en compte dans le droit de la concurrence, des exigences spécifiques aux interventions des personnes publiques, ce qui devrait conduire à la reconnaissance à «côté des règles de concurrence applicables aux entreprises, de règles de «droit public de la concurrence», dont le régime des commandes publiques n'est qu'un exemple».

marchés publics dans les Etats de la Communauté (A). Il donne aux organes de contrôle des pratiques commerciales anticoncurrentielles et des aides d'Etats, la compétence pour connaître des contestations soulevées dans la phase de passation (B).

A. LA DEFINITION DES PROCEDURES DE PASSATION

Le titre quatre du règlement 04/99/UEAC portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les Etats membres traite de la mise en concurrence et de la publicité des marchés publics. Il impose aux Etats membres, «*en attendant l'harmonisation complète de la réglementation des marchés publics*», d'effectuer «*la passation des marchés publics dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé*» dans le respect des règles de mise en concurrence. En huit articles le règlement définit les principales procédures de passation et de contrôle des marchés publics.

Conformément au principe de libre concurrence, l'appel d'offres ouvert est consacré comme étant la procédure de droit commun de passation des marchés publics³⁵⁶. Toutefois, l'urgence ou la particularité du marché peut justifier le recours à la procédure d'appel d'offres restreint. De même lorsque le marché porte sur des projets ou des programmes spécialisés ou lorsqu'il s'agit d'un contrat important, les maîtres d'ouvrage peuvent aussi recourir à la procédure d'appel d'offres restreint.

La procédure de gré à gré reste encadrée dans des conditions restrictives. Les personnes publiques ne peuvent recourir à cette procédure qu'en cas d'urgence ou pour des actions de coopération technique de courte durée, pour les marchés complémentaires ou lorsque l'exécution du marché est réservée exclusivement aux titulaires de brevets ou de

³⁵⁶ Règlement n° 4/99/UEAC-CM-639 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le Commerce entre les Etats membres», *Les bulletins officiels de la CEMAC*, 18 août 1999, art. 11 et s.

licences régissant l'utilisation, le traitement ou l'importation des prestations, ou encore à la suite d'un appel d'offres infructueux après une seconde consultation³⁵⁷.

La mise en œuvre de l'appel d'offres exige de la part des Etats, l'organisation d'une publicité afin que de toutes les entreprises de la communauté soient informées. Pour que cette information soit des plus large possible, l'article 13 du règlement recommande aux Etats de publier les appels publics à la concurrence dans «les Journaux Officiels d'annonces légales de la Communauté et des Etats membres». Bien que sommaire, le dispositif communautaire, donne un place importante à l'information dans la procédure contractuelle. Il appartient au Conseil des ministres de la CEMAC de définir le seuil communautaire de publicité. Celle-ci doit avoir lieu avant et après la procédure de passation. Après la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, les autorités nationales doivent publier l'avis d'adjudication dans les journaux d'annonces légales. Le Secrétariat exécutif (actuelle Commission de la CEMAC) est également tenue informé de l'attribution du contrat par la transmission qui lui est faite des copies de l'avis d'adjudication³⁵⁸.

Il est également informé de l'issue des contestations adressées par les candidats évincés, au maître d'ouvrage. Cependant ces contestations ne peuvent concerner que les marchés de travaux. Il résulte, en effet, de l'article 16 que tout candidat évincé dans le cadre de la passation d'un marché de travaux peut en demander les motifs. Le maître d'ouvrage est tenu de lui répondre dans un délai de 15 jours suivant la réception de la demande³⁵⁹. La limitation des contestations au seul marché de travaux est révélatrice des insuffisances de cette réglementation.

Le règlement relatif aux pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres fixe aussi les règles applicables en matière de préférence. Entre des offres de

³⁵⁷ *Ibidem*, art. 15.

³⁵⁸ *Ibidem*, art. 16.

³⁵⁹ *Ibidem*, art. 16 in fine.

qualité économique, technique et administrative équivalente, les pouvoirs adjudicateurs peuvent fixer des marges de préférence communautaire dans une fourchette de 0% à 20 % du montant des offres pour les marchés de travaux. Si le marché porte sur une prestation de services, la marge de préférence peut être fixée dans une fourchette de 0 à 20%. Pour les marchés de fournitures, elle peut être établie dans une fourchette de 0% à 30 % lorsque les offres contiennent 40% de produits d'origine communautaire.

Le règlement n° 04/99 du 18 août 1999 soumet aussi le contrôle de la passation des marchés publics aux organes de contrôle de la concurrence.

B. LA SOUMISSION DU CONTROLE DES MARCHES PUBLICS AUX ORGANES DE CONTROLE DE LA CONCURRENCE

Les autorités chargées du contrôle et des sanctions en matière de concurrence, sont également celles qui interviennent dans celui de la passation des marchés. Le rôle fondamental des autorités de la concurrence dans la prévention, la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics est toujours mis en exergue dans les réflexions sur l'articulation entre ces deux disciplines³⁶⁰.

Il ressort des articles 17 et 18 du règlement 04/99 que le Conseil régional de la concurrence (ci-après CRC), peut être saisi par toute personne ayant «un intérêt à

³⁶⁰ Comité de la Concurrence de l'OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, Paris, OCDE, 2009, 18p, disponible sur le site de l'OCDE: <http://www.oecd.org/fr/concurrence/ententesetaccordsanticoncurrentiels/42340181.pdf> (consulté le 07/04/2014). Elias BERKANI, «Droit de la concurrence et commande publique: état des lieux d'un vieux couple», *Concurrences* n°1, 2007, pp. 58-67. Voir aussi SECRETARIAT DE LA CNUCED, «Politique de la concurrence et marchés publics», Document GE.12-50650 (F), Communication à l'occasion de la Douzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, Genève 9-11 juillet 2012, Disponible également sur le site de la CNUCED, http://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciclpd14_fr.pdf, (consulté le 07/04/2014). Dans ce document, le Secrétariat de la CNUCED, après avoir relevé les contradictions pouvant exister entre la concurrence et les marchés publics, donne quelques solutions permettant de concilier les deux. Pour ce faire il met l'accent sur la participation des autorités de la concurrence dans le contrôle de la passation et de l'exécution des marchés publics.

conclure» le marché et pouvant être lésée par les manquements aux obligations de publicité commise par l'administration. La saisine du CRC doit intervenir avant la conclusion du contrat. Il dispose d'un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration fautive et peut suspendre la procédure de passation lorsque celle-ci ne donne pas suite à ses injonctions. Toutefois, lorsque le CRC est saisi après la conclusion du contrat, il perd sa compétence exclusive et doit renvoyer le différend devant la Cour de justice de la CEMAC.

Cette organisation du contrôle, est cependant appelée à évoluer car elle est en contradiction avec la configuration des institutions de la CEMAC.

Les fonctions du CRC dans le contrôle des marchés, telles qu'elles viennent d'être présentées figurent dans le règlement n° 04/99 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les Etats membres. Ce texte a été adopté à la suite du règlement n° 01/99 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles. Ce règlement du 25 juin 1999 avait institué l'Organe de Surveillance de la Concurrence (OSC ci-après) composé du CRC qui était l'organe de décision et de sanction et le Secrétariat exécutif dont le rôle se limitait à recevoir les plaintes, instruire les enquêtes et donner des avis. C'est la raison pour laquelle dans le règlement 04/99, le législateur communautaire donnait au CRC, une place importante dans le contrôle des appels publics à la concurrence et ne réservait au secrétariat exécutif qu'une place résiduelle dans le système de contrôle de la concurrence.

Mais le règlement n° 01/99 du 25 juin 1999 a été modifié par le règlement n° 12/05 du 27 juin 2005. Dans sa nouvelle version, la répartition des rôles a été inversée. L'organe de décision dans le contrôle des pratiques commerciales anticoncurrentielles et des aides d'Etats est le secrétariat exécutif de la CEMAC (devenue la Commission de la CEMAC)³⁶¹. L'organe consultatif est le Conseil Régional de la Concurrence³⁶² (CRC).

³⁶¹ Désormais, la Commission reçoit les plaintes relatives aux ententes, aux abus de position dominantes et aux concentrations, mène l'instruction et les enquêtes sur les infractions se rapportant aux règles communes

La révision s'est limitée au règlement n° 01/99 du 25 juin 1999. Le règlement n° 04/99 du 18 août 1999 qui contient l'essentiel des dispositions relatives aux marchés publics n'a pas été modifié. Ainsi selon que l'on est dans le domaine des pratiques commerciales anticoncurrentielles ou celui des aides d'Etats et du contrôle des marchés publics, les rôles du CRC et du secrétariat exécutif sont inversés. Et même dans le cadre des pratiques commerciales anticoncurrentielles, le renversement de la répartition des compétences opéré par le règlement 12/2005 ne semble pas intégral dans la mesure où le CRC conserve encore des pouvoirs d'injonction importants en particulier dans le contrôle des ententes et des opérations de concentration.

de concurrence et aux aides d'Etat. A ces pouvoirs de police et d'enquête, s'ajoutent d'importants pouvoirs de décisions. Il lui appartient d'arrêter les décisions relatives aux infractions aux règles de concurrence et aux aides d'Etat.

³⁶² A propos des autorités de régulation de la concurrence et des procédures de contrôle dans la CEMAC et l'UEMOA voir notamment: Marie-Colette KAWME-MOUAFFO, «Etude comparée des autorités CEMAC et UEMOA de la concurrence» *Revue de droit uniforme UNIDROIT*, vol. 16/4, 2011, pp. 891- 926. René NJEUFACK TEMGWA, «La fonction transactionnelle des organes communautaires de régulation de la concurrence en Afrique (cas de la CEMAC et de l'UEMOA)», *Penant*, 2007, n° 861, pp. 438-464. Jacques FIPA NGUEPJO, *Le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de l'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les Etats membres*, Thèse de doctorat, École doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 97 et s. Marie-Colette KAWME-MOUAFFO, *Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence: Union européenne (U.E.) et Communautés d'Afrique subsaharienne (UEMOA et CEMAC)*, Thèse de doctorat, Université Montpellier I., 2007, 581 p. Mor BAKHOUM, *L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union économique et monétaire Ouest africaine (UEMOA)*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 425 p. Mor BAKHOUM, «Répartition et exercice des compétences entre l'Union et les États membres en droit de la concurrence dans l'Union économique et monétaire Ouest-africaine (UEMOA)», *RIDE*, vol. 193, 2005, pp. 319-354. Mbissane NGOM, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA*, op. cit. Ramata FOFANA-OUEDRAOGA, «Droit de la concurrence UEMOA» Deuxième partie, *Revue de droit uniforme africain/Actualité Trimestrielle de droit et de jurisprudence*, n°5, 2011, pp. 19-24. Abdoulaye SAKHO, «La législation communautaire de la concurrence et les mécanismes alternatifs de règlement des conflits commerciaux», *Revue sénégalaise de droit*, pp 37-57. Amadou DIENG, «Les procédures contentieuses dans la législation communautaire de la concurrence de l'UEMOA», in *Agence intergouvernementale de la francophonie, Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA - Actes du séminaire sous régional, Ouagadougou 6-10 octobre 2003*, Paris, Editions GIRAF, 2004, pp. 62-78. René NJEUFACK TEMGWA, «Étude de la notion de collaboration dans les procédures en droit de la concurrence: une lecture du droit africain (CEMAC et UEMOA) sous le prisme du droit européen », *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 86 / 1, 2009, pp. 73-103. Jean Pierre Pedro DIANGA NGANZI, *Le droit du marché en zone de la communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale (C.E.M.A.C): du droit national du Gabon vers le droit communautaire*, Thèse de doctorat, Université Montpellier I. UFR Droit, 2008, tome II, pp. 529-539. Ayawa Améhia TSKADI, «De la compétence exclusive de l'Union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA», *Penant, Revue trimestrielle de droit africain*, n° 873, octobre-décembre, pp. 473-510. Abdrahamane Oumar COULIBALY, *Le cadre juridique et institutionnel de la concurrence dans l'espace UEMOA*, Thèse de doctorat, Droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2007, 317 p.

Le moins qu'on puisse dire c'est que le dispositif actuel relatif à la répartition des compétences en matière de contrôle des marchés publics et des pratiques commerciales anticoncurrentielles est peu lisible.

Toutefois le droit communautaire de la concurrence est en cours de révision et l'avant projet de texte tend à réorganiser la répartition de compétences. En 2008, le traité instituant la CEMAC a été révisé ainsi que la convention régissant l'UEAC. Le secrétariat exécutif a été transformé en Commission. Pour adapter le droit dérivé à la nouvelle organisation institutionnelle de la communauté, le Conseil des ministres de l'UEAC a demandé, en décembre 2008, la révision du dispositif institutionnel de la concurrence. Un avant projet de *«règlement unique relatif à la protection de la concurrence»* a été élaboré en 2010. Ce texte maintient la Commission au centre du dispositif institutionnel de la concurrence. Il conservera le pouvoir de décision du Secrétariat exécutif. Mais l'enquête et l'instruction seraient à la charge d'une nouvelle entité dénommée «Conseil communautaire de la concurrence». Le contrôle des aides relèvera de la Commission et du Conseil des ministres³⁶³. Ce projet de texte ne fait plus référence aux marchés publics.

Cette exclusion pourrait s'expliquer par le fait que la question de l'harmonisation du régime des marchés publics a été inscrite à l'agenda des programmes économiques de la communauté et qu'elle doit déboucher sur un texte expressément consacré à la matière. La réforme des droits nationaux des marchés publics pour les besoins de construction communautaire fait depuis longtemps partie des questions que soulève l'intégration en Afrique centrale. Le programme Régional de Réforme UDEAC, adopté en 1991 et mis en

³⁶³ L'article 76 de l'avant projet de règlement dispose que «la Commission a compétence exclusive pour statuer sur la compatibilité avec le marché commun des aides d'Etat définies dans le présent règlement, le cas échéant, après consultation du Conseil communautaire de la concurrence» et l'article 77 «le Conseil des ministres définit sur proposition de la Commission une politique d'encadrement des aides (...)», Guy CHARRIER, *Projet de révision du dispositif institutionnel concurrence de la CEMAC*, étude réalisée pour le compte de la CEMAC dans le cadre du Programme d'appui à l'intégration régionale en Afrique centrale financé par la Commission européenne, Bangui, février 2010, p. 36.

œuvre à partir du 1^{er} janvier 1994³⁶⁴, évoquait déjà l'idée d'un réaménagement des systèmes nationaux de passation des marchés publics et l'adoption d'un texte servant de base juridique commune aux Etats en la matière³⁶⁵. C'est à partir de ce projet esquissé par l'UDEAC, que le secrétaire exécutif de la CEMAC a inscrit, dans le programme d'action communautaire 2002-2004, le projet d'adoption d'un texte d'harmonisation des législations relatives aux marchés publics³⁶⁶.

Aujourd'hui, la réforme est inscrite dans le programme économique régional (2010-2015)³⁶⁷. L'inscription de la réforme des marchés publics dans ce programme prouve une fois de plus encore, que l'intégration économique régionale ne peut exclure l'harmonisation des systèmes nationaux de gestion de ces contrats. Le programme économique régional définit quatre axes stratégiques, considérés comme étant les bases qui vont permettre le développement des piliers de croissance³⁶⁸. Le premier vise le renforcement de la gouvernance et de la stabilité macroéconomique³⁶⁹ et il inclut la mise en œuvre du programme régional de réforme des marchés publics. Mais pour une réforme dont la nécessité s'était fait ressentir depuis l'époque de l'UDEAC, elle n'a que trop tardé.

³⁶⁴ COMITE DE DIRECTION DE l'UDEAC, *Acte n° 8/93-UDEAC-556-CD-SE1 fixant la date de mise en application du Programme Régional des Réformes fiscal-douanières (PRR)*, disponible sur le site d'IZF, <http://www.izf.net/pages/acte-8-93/3591/> (dernière consultation le 01/12/14).

³⁶⁵ Programme Régional des réformes UDEAC/CEMAC, Introduction, Bangui août 1991, p.14 cité par Edouard GNIPIEBA TONNANG, *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique centrale: contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC*, op. cit., p. 258.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 259.

³⁶⁷ CEMAC, Conférence des chefs d'Etat, *Acte additionnel n°1/CEMAC/CCE/10 du 17 janvier 2010 portant adoption du programme économique régional et création du fonds émergence CEMAC*, texte publié sur le site de la CEMAC, http://www.cemac.int/TextesOfficiels/Actes/ACA01_2010.pdf (consulté le 07/04/14). Communauté Economique et monétaire de l'Afrique centrale, *CEMAC 2025: Vers une économie régionale intégrée et émergente - Programme économique régionale 2009-2015, Vol. 1: Rapport d'étape*, Janvier 2009, 30 p, disponible sur http://www.cemac.int/PER_Volume1.pdf (consulté le 07/04/14).

³⁶⁸ *Ibidem*, p.7.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 19. Les autres axes stratégiques sont la mise en place effective du marché commun et la facilitation des échanges, la construction d'infrastructures physiques d'intégration, la mise en place d'infrastructures et de services de soutien pour la compétitivité des moteurs de croissance.

En attendant cette réforme, l'on peut voir qu'avec le droit de la concurrence, le législateur communautaire a mis en place un encadrement de certains aspects importants des contrats de la commande publique.

SECTION II. LE RECOURS AUX TECHNIQUES DU DROIT DE LA CONCURRENCE POUR APPREHENDER LES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Aspect fondamental de la construction du marché commun, le droit de la concurrence trouve son premier fondement dans l'article 13 de la convention régissant l'UEAC. Il résulte de cette disposition que l'«*adoption de règles communes de concurrence applicables aux entreprises et aux aides d'Etat*» fait partie des conditions de réalisation du marché commun. La convention relative à l'UEAC prévoit qu'il appartient au conseil des ministres de donner une substance à cette disposition en adoptant les règles garantissant la libre concurrence sur le marché entre les opérateurs publics et privés³⁷⁰. C'est conformément à ces dispositions que l'organe communautaire a adopté deux règlements en date du 25 juin et du 18 août 1999. Il s'agit respectivement des règlements n° 01/99/UEAC-CM-369 portant Réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles (ci après règlement n° 01/99) et du règlement n° 04/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Étatiques Affectant le Commerce entre les États membres (ci après règlement n° 04/99)³⁷¹. La même démarche a été entreprise dans le cadre de l'UEMOA sur le fondement des articles 76, 88, 89 et 90 du traité³⁷².

³⁷⁰ Convention régissant l'Union économique de l'Afrique centrale, *op. cit.*, pp. 23-26.

³⁷¹ Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 modifié par le règlement n°12-05-UEAC-639 U-CM-SE du 27 juin 2005, *op. cit.* Règlement n° 4/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres», *Les bulletins officiels de la CEMAC*, publiés sur www.izf.net. Pour des études sur ces textes: Samuel-Jacques PRISSO-ESSAWE «L'émergence d'un droit communautaire africain de la concurrence: «double variation sur une partition européenne»», *Revue Internationale de droit comparé*, n°2, 2004, pp.329-354. Ahmed SEÏD, «Réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles affectant le commerce entre les Etats membres de la CEMAC», in Agence intergouvernementale de la francophonie, *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA - Actes du séminaire sous régional, Ouagadougou 6-10 octobre 2003*, Paris, Editions GIRAF, 2004, p. 71-78.

En Afrique centrale, la CEMAC est la première organisation d'intégration à avoir réglementé la concurrence dans un cadre communautaire. Son dispositif vient encadrer un aspect de la vie économique dans les Etats, qui jusque là ne l'était pas ou l'était très peu Voir en ce sens Yves KENFACK, *Réglementation communautaire de la concurrence et renforcement du processus d'intégration économique en Afrique Centrale*, étude réalisée pour le compte de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, New York, Genève, Nations Unies, 2000, 41 p.

³⁷² Sur le fondement du traité, ont été adoptés trois règlements et deux directives qui constituent le droit dérivé de la concurrence. Il s'agit du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA, n° 03/2002/CM/UEMOA portant sur les procédures applicables aux ententes et abus de position dominante et n°04/200/CM/UEMOA sur les aides d'Etat et sur

Lorsqu'il intervient sur le terrain de la commande publique, le droit de la concurrence le fait avec les techniques qui lui sont propres. Il s'agit principalement de la prohibition de l'entente et de l'abus de position dominante, du contrôle des concentrations et de l'encadrement des aides d'Etat. Les trois premières lui permettent d'encadrer le comportement des soumissionnaires et donc d'agir sur l'offre (§I) alors que la dernière permet au droit de la concurrence d'intervenir sur la demande, donc sur l'acheteur public (§II).

§ 1. LES SOUMISSIONNAIRES ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE: DE LA PROHIBITION DES PRATIQUES COMMERCIALES ANTICONCURRENTIELLES EN MATIERE DE COMMANDE PUBLIQUE

Le règlement UEAC relatif aux pratiques anticoncurrentielles des entreprises a pour objet la prohibition de «toute pratique de nature à faire obstacle au libre jeu de la concurrence et notamment les ententes illicites, les abus de position dominante, les concentrations qui réduisent sensiblement la concurrence»³⁷³. Avant d'analyser la manifestation des pratiques commerciales anticoncurrentielles sur le marché de la commande publique (B), leur contenu sera étudié dans un premier temps (A).

les modalités d'application de l'article 88 (c) du traité. Quant aux directives, elles traitent respectivement de la transparence des relations financières entre d'une part les Etats membres et les entreprises publiques et d'autre part entre les Etats membres et les organisations internationales (directive n° 01/2002/CM/UEMOA) et de la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence (directive n° 02/2002/CM/UEMOA). Textes publiés sur le site de l'UEMOA: <http://www.uemoa.int/Pages/ACTES/ConseildesMinistres.aspx>. Voir aussi Ramata FOFANA-OUEDRAOGA, « Droit de la concurrence UEMOA » Première partie, *Revue de droit uniforme africain/Actualité Trimestrielle de droit et de jurisprudence*, n°4, 2011, pp. 18-27. Abou Saïd COULIBALY, «Le droit communautaire de la concurrence», in Agence intergouvernementale de la francophonie, *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA - Actes du séminaire sous régional, Ouagadougou 6-10 octobre 2003*, Paris, Editions GIRAF, 2004, pp. 43-61. Jean-Marie NTOUTOUME, «Le concept de concurrence en droit communautaire», in Agence intergouvernementale de la francophonie, *ibidem*, pp. 103-108.

³⁷³ Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 modifié par le règlement n°12-05-UEAC-639 U-CM-SE du 27 juin 2005, *op. cit.*, art. 2.

A. LA PROHIBITION DES ENTENTES ET DES ABUS DE POSITION DOMINANTE ET LE CONTROLE DES CONCENTRATIONS ANTICONCURRENTIELLES

L'article 23 de la convention régissant l'UEAC et le règlement n° 01/99 relatif aux pratiques commerciales anticoncurrentielles interdisent les accords, associations et pratiques concertées constitutives d'ententes anticoncurrentielles (1), les abus de position dominante (2) et les concentrations d'entreprises ayant un objet anticoncurrentiel (3)³⁷⁴.

1. Des ententes anticoncurrentielles

La première pratique anticoncurrentielle prohibée par le règlement communautaire est l'entente. Elle est définie à l'article 3 du règlement n° 01/99 du 25 juin 1999 comme étant tout accord, toute décision d'association et toute pratique concertée susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres et ayant pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

Ainsi définie, la réalisation d'une entente suppose qu'il ait un concours de volonté entre deux ou plusieurs entreprises dans le but d'organiser leur comportement. Par la notion d'entente, le droit communautaire, recourt à un terme générique permettant d'englober plusieurs comportements qui affectent la concurrence³⁷⁵. S'agissant des

³⁷⁴ Les concentrations d'entreprise ne figurent pas dans la convention régissant l'UEAC.

³⁷⁵ Sur la notion d'entente voir également, CONSEIL DES MINISTRES DE l'UEMOA, *Annexe 1 du règlement n° 03/2002/ UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine: notes interprétatives de certaines dispositions*, Note 2, disponible sur

<http://www.uemoa.int/Pages/ACTES/ConseilDesMinistres.aspx>, (consulté le 07/04/14). Édouard GNIMPIEBA TONNANG, «Recherches sur le nouvel encadrement communautaire des ententes anticoncurrentielles des entreprises en Afrique centrale», *Penant, Revue trimestrielle de droit africain*, n° 862, janvier-mars 2008, pp. 5-35.

Le concours de volonté qui crée une entente peut se traduire par un accord. La nature ainsi que la forme juridique d'un tel accord importe peu. Il en est de même pour sa validité au regard du droit interne de l'Etat dans lequel il est passé. En guise d'exemple, l'accord constitutif d'une entente peut revêtir une force obligatoire ou être un gentleman's agreement. CJCE 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma c/ Commission aff .41/69, *Recueil de jurisprudence de la Cour* 1970 p. 00661. Il peut être passé sous seing privé ou être authentique, être écrit ou se limiter à un simple accord verbal, comporter une signature ou en être dépourvu. Cet accord peut aussi résulter d'une convention multilatérale ou bilatérale, d'un protocole ou d'une déclaration d'intention et même dans certains cas d'une décision unilatérale. Ainsi une décision unilatérale insérée «dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli» et par

caractéristiques de la volonté exprimée par les parties à l'entente, elle doit être libre³⁷⁶ et doit porter sur le comportement qu'elles vont adopter sur le marché³⁷⁷.

L'entente au sens de l'article 3 du règlement UEAC peut également résulter de décisions d'associations d'entreprises. C'est-à-dire des décisions prises par les «organismes professionnels ne constituant pas eux-mêmes des entreprises, mais rassemblant des entreprises et chargées de veiller à leurs intérêts communs»³⁷⁸. C'est le cas par exemple des ordres professionnels, des syndicats, des corporations etc.³⁷⁹. Tout comme les accords entre entreprises, la forme et la nature de la décision importe peu. Ce qui compte ici c'est le comportement anticoncurrentiel que l'association impose à ses membres³⁸⁰.

laquelle une entreprise définit le comportement anticoncurrentiel auquel les autres se sont conformées peut recevoir la qualification d'entente. CJCE 17 septembre 1985 aff. jointes 25 et 26/84 Ford – Werke AG c/ Commission, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1985 p. 02725. Voir aussi CJCE affaire C-70/93 du 24 octobre 1995, Bayerische Motorenwerke AG contre ALD Auto-Leasing D GmbH, demande de décision préjudicielle: Bundesgerichtshof – Allemagne, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1995 p. I-03439. Toutefois la preuve de l'acceptation tacite des autres entreprises parties à l'accord général doit être apportée. En ce sens: Tribunal de première instance des communautés européennes, 3 décembre 2003, Volkswagen AG c/ Commission aff. T-208/01, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. II-05141 et CJCE Commission c/ Volkswagen AG, aff. C-74/04 P, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 2006, p. I-06585. Il apparaît ainsi que l'interprétation des dispositions communautaires relatives à la forme de l'entente se caractérise par une banalisation de celle-ci.

³⁷⁶ Tribunal de première instance des communautés européennes 14 mai 1998, Cascade c/Commission, aff. T-308/94, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1998, p. II-00925.

³⁷⁷ Tribunal de première instance des communautés européennes 24 octobre 1991 Petrofina SA c/ Commission affaire T-2/89, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1991, p. II-01087.

³⁷⁸ André DECOCQ et Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence: droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ - Lextenso, 2014, p. 260.

³⁷⁹ Il faut cependant noter que le droit communautaire ne s'oppose pas à la constitution de telles associations. L'accord qui est à la base de la création d'un groupement professionnel, ne peut être regardé en tant que tel comme affectant la concurrence. L'association d'entreprise ne peut être considérée comme illicite que si les actes adoptés en son sein sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres et ont pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

³⁸⁰ La décision d'atteinte à la concurrence peut avoir comme support les statuts de l'association, les décisions unilatérales adoptées par les instances de directions (CJCE 29 octobre 1980 Heintz van Landewyck SARL et autres c/ Commission, aff. jointes 209 à 215 et 218/78, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1980, p. 03125 conclusion M. Gerhard REISCHL) ou encore un accord entre deux ou plusieurs associations d'entreprises (CJCE 15 juin 1975 Frubo c/ Commission aff. 71/74, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1975, p. 00563). L'imputabilité de l'entente aux entreprises membres des associations résulte du fait qu'elles sont considérées comme ayant délégué à ces dernières, le pouvoir de définir leur comportement. Dans l'hypothèse d'un accord passé entre des associations d'entreprises, leur responsabilité pour violation des règles de prohibition de l'entente est engagée lorsque cet accord est passé pour leurs propres activités ou celles des entreprises

La conception extensive de l'entente, se confirme avec l'extension des ententes aux pratiques concertées. Mais, contrairement aux accords entre entreprises et aux accords d'associations d'entreprises pouvant être établies de façon directe, la preuve d'une pratique concertée ne peut être apportée que par induction³⁸¹. Les pratiques concertées entre entreprises sont établies dès lors que celles-ci, censées être concurrentes sur le marché, adoptent des comportements parallèles économiquement irrationnels³⁸². Elles supposent donc une coordination ou une concertation entre entreprises qui, sans être formalisée par une convention, les amène à coopérer au lieu de se soumettre à la concurrence³⁸³. Il y a pratique concertée du moment qu'est établie l'existence d'«une discipline de comportement volontairement consentie par des entreprises»³⁸⁴.

De ce comportement convenu entre les entreprises doivent naître, des «conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché» au regard de ses caractéristiques en termes de volumes de produits ou de services, de volume et de taille des entreprises qui y évoluent³⁸⁵. Il en résulte, que lorsque les comportements parallèles ont une autre explication que la concertation ou la coopération entre les entreprises, ils ne sauraient être qualifiés de pratiques concertées³⁸⁶. Autrement dit, lorsque la concurrence est biaisée par le comportement des entreprises sans pour autant que celles-

membres et affectent la concurrence. Ce qui signifie que lorsque l'association d'entreprises passe un accord qui affecte la concurrence au nom et pour le compte de ses membres qui avaient préalablement négocié entre eux l'accord et n'a joué aucun rôle actif dans la constitution de l'entente, sa responsabilité ne peut être engagée (CJCE, 27 septembre 2008, «Pâte de bois I», aff. Jointes 89/85, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1988, p. 05193).

³⁸¹ André DECOCQ et Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence: droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 305.

³⁸² CJCE 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c/ Commission des Communautés européennes. Affaire 48-69, *Recueil de la jurisprudence de la Cour* 1972, p.00619

³⁸³ La notion de pratiques concertées témoigne de la volonté du législateur communautaire de saisir les formes les plus souples de collusion entre entreprises. La volonté d'agir ensemble et le comportement qui se traduit par des pratiques anticoncurrentielles suffisent pour déceler une pratique concertée.

³⁸⁴ Jean SCHAPIRA, Georges LE TALLEC et Jean-Bernard BLAISE, *Droit européen des affaires*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, p. 238.

³⁸⁵ CJCE 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c/ Commission des Communautés européennes, op. cit.

³⁸⁶ CJCE 28 mars 1984, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA et Rheinzink c/ Commission, « marchés des laminés de zinc » aff. Jointes 29 et 30-83, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1984, p. 01679.

ci se soient concertées, mais aient agi de façon unilatérale, la qualification d'entente ne pourrait être retenue.

La prohibition des ententes n'est pas absolue. Le législateur de la CEMAC a prévu des exceptions au principe général d'interdiction. L'objectif de ses dérogations est de tenir compte des exigences du développement des pays membres de la communauté. La reconnaissance de ces dérogations constitue alors «une sorte de règle de raison»³⁸⁷ qui accompagne la règle de droit.

³⁸⁷ S'il existe un consensus sur l'exigence pour chaque Etat, de se doter d'une législation sur la concurrence. Il est également admis que ces règles doivent être adaptées à l'économie nationale ou régionale. Le législateur de l'UEAC procure aux administrations et aux soumissionnaires des moyens importants pour faire régner la concurrence sur le marché de la commande publique. Toutefois les exigences qu'ils posent doivent tenir compte du fait que dans les pays en développement comme ceux de la CEMAC, le droit de la concurrence ne peut être conçu et appliqué avec la même rigidité que dans un Etat développé. Le Professeur SALAH disait à ce propos que, le «*grand droit de la concurrence*» apparaît comme un luxe que seul les Etats développés peuvent se payer». Mahmoud Mohamed SALAH «La problématique du droit économique dans les pays du sud», *RIDE*, vol. 12 n°1, 1998, p. 25. Le professeur GAL, estime quant à lui que «dans une économie de petite taille, il est vital que (...) l'efficacité économique ait la priorité sur d'autres objectifs» parmi lesquels figure la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Michal. S. GAL, *Competition policy for small market economies*, Cambridge, Harvard university press, 2003, p. 47. cité par OCDE, Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, *Les économies de petite taille et la politique de la concurrence: document de référence*, n° CCNM/GF/COMP (2003) 4, disponible sur le site de l'OCDE <http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP%282003%294&docLanguage=Fr> (consulté le 18/04/2014). Par exemple, s'il est nécessaire pour tout Etat ou organisation régionale de se doter de règles interdisant l'exploitation abusive d'une position dominante, cette règle doit être assouplie dans les économies faibles, dépourvues d'un tissu industriel efficace, car autrement, elle peut éloigner les multinationales étrangères. De même l'interprétation restrictive des règles relatives aux concentrations peut favoriser l'atomisation du tissu industriel constitué en très grande partie de petite PME. Cette exigence de souplesse dans l'application du droit de la concurrence est mise en avant par les rédacteurs de l'avant projet de «règlement relatif à la protection de la concurrence» dans la zone CEMAC, notamment en ce qui concerne le contrôle des concentrations. Ils préconisent un assouplissement du contrôle en le rendant facultatif, en raccourcissant le délai dont disposent les entreprises pour notifier l'opération de concentration et en simplifiant la procédure. Guy CHARRIER, *Projet de révision du dispositif institutionnel concurrence de la CEMAC*, op. cit. Il apparaît donc qu'il est nécessaire de distinguer le droit de la concurrence (c'est-à-dire les règles objectives qui prohibent les pratiques anticoncurrentielles) de la politique de la concurrence (c'est-à-dire leur mise en œuvre). Voir sur ce point OCDE, «Huit problèmes particuliers concernant les «économies de petites tailles»», *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2004/1, Vol. 6, p. 100. Tout est alors dans l'équilibre que les autorités de la concurrence sauront trouver entre les règles objectives et leur mise en œuvre qui exigera une certaine flexibilité afin de prendre en compte la réalité économique sur le marché de la communauté. En ce sens, Yann AUGUET, «L'équilibre, finalité du droit de la concurrence», in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Dalloz, 2006, pp. 29-58.

Aux termes de l'article 3 du règlement 01/99, pour bénéficier de la dispense de conformité aux dispositions du texte, l'entente doit soit «*apporter effectivement une contribution au développement de l'efficience économique*», soit «*être indispensable à la réalisation de l'efficience économique*». Dans les deux cas, elle doit «*apporter un bénéfice ou un profit, qui ne soit pas seulement pécuniaire aux consommateurs ou aux utilisateurs*». Ainsi, une entente peut être autorisée lorsque, tout en affectant la concurrence et les échanges sur le marché commun, elle permet aussi d'organiser l'activité économique de sorte à obtenir des résultats économiques efficaces. Le bilan économique positif³⁸⁸, est donc le premier critère de validité des ententes. Il est établi par la mise en balance des inconvénients et des avantages naissant de la pratique anticoncurrentielle en cause³⁸⁹. Lorsque ces dernières l'emportent sur les premiers, l'exemption peut être envisagée. Le Bilan positif doit être complété par l'existence de bénéfices, résultant de l'entente, au profit des utilisateurs ou des consommateurs. L'idée est que l'entente ne doit pas profiter qu'aux entreprises. La jurisprudence retient une conception extensive de la notion d'«*utilisateurs*»³⁹⁰. En plus, le profit ne doit pas nécessairement être de nature pécuniaire. Selon la Commission de l'Union européenne, il peut être constitué par les conditions avantageuses dont bénéficient les utilisateurs ou les consommateurs ou par le fait qu'ils bénéficient d'un choix plus large ou encore le fait qu'ils peuvent se procurer plus facilement le produit.

La seconde technique d'appréhension de la commande publique par le droit de la concurrence est l'abus de position dominante.

³⁸⁸ André Decocq et Georges Decocq, *Droit de la concurrence: droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p.358.

³⁸⁹ Comme le précise la Cour de justice des communautés européennes, les effets en terme d'efficience économique devront être suffisants pour «*pour contrebalancer les effets restrictifs de la concurrence que l'entente provoquerait.*»: CJCE, 29 octobre 1980, FEDETAB c/ Commission, aff. jointes 209 à 215 et 218/78, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1980, p. .03125

³⁹⁰ La jurisprudence européenne a ainsi admis que le partenaire commercial des opérateurs économiques auteurs de l'entente peut être considéré comme un utilisateur, Voir notamment Philippe ICARD, *Droit matériel et politiques communautaires*, Paris, Éd. Eska, 1999, p. 393.

2. L'abus de position dominante

C'est l'article 16 du règlement n° 01/99 qui consacre l'interdiction des abus de position dominante. Selon cette disposition, «est incompatible avec le Marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché Commun ou dans une partie de celui-ci». On retrouve la même prohibition, dans les mêmes termes quasiment à l'article 4.1 du règlement 02/2002 de l'UEMOA³⁹¹.

La notion d'abus de position dominante est difficile à saisir³⁹² au point qu'on l'ait qualifié de notion «sui generis, juridiquement indéterminée et inclassable, qui englobe des faits matériels hétérogènes et qui ne correspond à aucune réalité économique»³⁹³. Toutefois, dans la jurisprudence de la CJCE, il existe quelques critères permettant de distinguer l'abus position dominante des autres pratiques anticoncurrentielles. Dans l'affaire Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes, la CJCE a jugé que «la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à

³⁹¹ Selon cette disposition «est incompatible avec le Marché commun et interdit, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché commun ou dans une partie significative de celui-ci». CONSEIL DES MINISTRES DE L'UEMOA, Règlement n°2/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, *op. cit.*

³⁹² La question s'est posée de savoir si l'abus de position dominante entraine dans la théorie de l'abus de droit. Pour une partie de la doctrine l'abus de position dominante n'est qu'un aspect de l'abus de droit. Parmi les auteurs qui soutiennent cette thèse voir notamment Neville BROWN, «Is there a general principle of abuse of rights in European Community Law? », in Niels BLOKKER et Sam MULLER, *Towards more effective supervision by international organizations : essays in honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, Boston, London, M. Nijhoff, 1994, pp. 511-525. Alors que pour d'autres, l'abus de position dominante, n'est pas un abus de droit. Parmi les auteurs qui rejettent l'inclusion de l'abus de position dominante dans la théorie de l'abus de droit, voir Marco GESTRI, «Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario», cité par Raluca Nicoleta IONESCU (née MOÏSE), *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.11. Sur le thème plus général de l'abus de position dominante en droit communautaire, voir Annkatrien LENAERTS «The general principle of the prohibition of abuse of rights: a critical position on its role in a codified european contract law», *European Review of Private Law*, n° 6, 2010, pp. 1121 à 1154.

³⁹³ Edouard GNIPIEBA TONNANG, *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique centrale: contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC*, *op. cit.*, p. 286.

influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de [sa] présence, le degré de concurrence est déjà affaibli». Ce comportement doit avoir pour effet, «de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale (...), au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence».³⁹⁴

Cette décision identifie trois éléments dont la réunion permet d'établir l'existence d'un abus de position dominante. L'entreprise doit d'abord jouir d'une position dominante. Ensuite celle-ci ne peut être établie, c'est-à-dire ne peut s'exercer que sur un marché appelé marché pertinent. Enfin, la position dominante doit être exploitée de façon abusive affectant de ce fait la concurrence.

Le fait pour une ou plusieurs entreprises d'occuper une position dominante sur un marché ne constitue pas une infraction. Seule son exploitation abusive est prohibée. Selon le législateur de la CEMAC, une entreprise bénéficie d'une position dominante lorsqu'il y détient un monopole ou une situation lui permettant d'acquérir une part supérieure ou égale à 30% du marché³⁹⁵. Parce qu'elle se fonde sur des critères trop restrictives, cette définition ne permet pas d'appréhender toutes les situations de position dominante. Une entreprise qui détient plus de 30% de parts de marché et qui n'a que très peu d'influence sur celui-ci peut-elle être considérée comme ayant une position dominante? Inversement une entreprise qui a moins de 30% de parts de marché et qui se trouve face à des concurrents n'ayant que de très faibles parts va-t-elle échapper au statut d'entreprise en position de domination? Les législateurs des Etats membres de la CEMAC ont sur ce point, essayé de mieux appréhender la réalité du marché. Ainsi au Cameroun, la loi relative à la concurrence ne chiffre pas la part de marché que doit détenir l'entreprise³⁹⁶.

³⁹⁴ CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c/Commission des Communautés européennes, aff. 85/76, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1979 p. 00461, paragraphe 91.

³⁹⁵ CONSEIL des MINISTRES de la CEMAC, *Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 modifié par le règlement n°12-05-UEAC-639 U-CM-SE du 27 juin 2005*, *op. cit.*, art. 15.

³⁹⁶ Loi n°98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence,

<http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cameroun/Cameroun%20-%20Loi%20concurrence.pdf> (dernière consultation novembre 2014).

Cette part de marché est certes, le premier critère de détermination de la position dominante, mais d'autres critères tenant à l'avance technologique de l'entreprise sur ses concurrents et aux obstacles qu'elle peut mettre en place pour empêcher l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché sont également pris en compte³⁹⁷. Dans le cadre de l'UEMOA, le critère relatif aux parts de marché, bien que déterminant est jugé comme insuffisant pour déterminer la position dominante d'une entreprise. Aussi, doivent être pris en compte l'existence de barrières à l'entrée, l'intégration verticale et la puissance financière de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient³⁹⁸. La législation camerounaise et le règlement de l'UEMOA montrent qu'une appréciation in concreto est nécessaire pour déterminer une situation de position dominante.

Dans le texte de l'UEMOA, la position dominante est définie comme une «situation où une entreprise a la capacité, sur le marché en cause, de se soustraire à une concurrence effective, de s'affranchir des contraintes du marché, en y jouant un rôle directeur». Cette définition reprend une jurisprudence européenne qui consacre le critère de la puissance économique permettant à l'entreprise d'exercer sur le marché une influence substantielle, comme étant le critère de la position dominante.³⁹⁹. Il apparaît donc qu'une

³⁹⁷ *Ibidem*, art. 10 : « Pour l'application de la présente loi, la dominance d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises s'apprécie notamment par : • la part qu'elle occupe sur le marché; • son avance technologique sur les concurrents; • les obstacles de tout genre qu'ils posent pour empêcher l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché ».

³⁹⁸ Annexe 1 du Règlement n° 03/2002/ UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur l'Union économique et monétaire ouest africaine: notes interprétatives de certaines dispositions, *op. cit.* Selon la Note 3 de cette annexe, les obstacles peuvent résider dans des dispositions législatives ou réglementaires ou dans les caractéristiques propres au fonctionnement du marché en cause. Elles peuvent aussi résider dans la complexité technologique propre au marché de produit, la difficulté d'obtenir les matières premières nécessaires ou encore les pratiques restrictives des fournisseurs déjà établis.

³⁹⁹ CJCE 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission des Communautés européennes (Bananes Chiquita)*, aff. 27/76, Recueil de jurisprudence de la Cour, 1978, p .0207 paragraphe 65 et CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/Commission des Communautés européennes affaire 85/76*, *op. cit.*, parag. 38. Selon la CJCE la position dominante est caractérisée par «la puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs».

appréciation concrète des faits par les autorités de la concurrence ou l'autorité juridictionnelle est le moyen le plus adéquat pour déterminer une position dominante. Généralement c'est le constat de l'abus qui permet de déterminer la position dominante. Autrement dit c'est à partir de l'établissement de pratiques qu'une concurrence réelle ne permettrait pas, que l'on pourra préjuger de la position dominante.

Comme la position dominante, son abus est une notion objective, qui ne saurait être systématisée⁴⁰⁰. Pour déceler un abus de position dominante, l'analyse est orientée sur les effets des pratiques incriminées. Les comportements constitutifs d'abus de position dominante peuvent être classés en deux grandes catégories. D'une part, ceux qui visent l'éviction des concurrents en développant des obstacles au maintien du degré de la concurrence. D'autre part, ceux qui sont inéquitables envers les partenaires en mettant en place des obstacles au développement de la concurrence⁴⁰¹.

Entrent dans la première catégorie, les pratiques consistant à éliminer les concurrents, à leur fermer l'accès au marché ou à réduire leurs parts de marché etc. Enfin, les pratiques constitutives d'abus de position dominante peuvent être directes. Tel est le cas lorsqu'une entreprise instaure un blocus sur le marché de sorte que pour exercer leurs activités, ses concurrents doivent passer par elle. Elles peuvent aussi être indirectes lorsque par exemple l'entreprise en situation de position dominante accapare les clients et les fournisseurs.

A la suite de l'abus de position dominante, le droit communautaire de la concurrence s'est attaqué aux concentrations d'entreprises lorsqu'elles ont pour finalité de restreindre la concurrence.

⁴⁰⁰ Voir Mor BAKHOUM, *L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union économique et monétaire Ouest africaine (UEMOA)*, op. cit., p.53.

⁴⁰¹ Christophe CABANES et Benoît NEVEU, *Droit de la concurrence dans les contrats publics: pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions*, Paris, Ed. Le Moniteur, 2008, p.73-75.

3. Les concentrations d'entreprises ayant un objet anticoncurrentiel

Ni la convention régissant l'UEAC, ni d'ailleurs le traité relatif à l'UEMOA n'abordent la question des concentrations d'entreprises. Cependant, celles-ci sont d'une importance particulière, pour la réalisation d'un marché commun concurrentiel. On le sait, les règles relatives aux ententes et à l'abus de position dominante ont pour objet la prohibition de comportements anticoncurrentiels sur leur marché commun. Celles qui sont relatives aux concentrations d'entreprises visent elles, à prévenir les pratiques anticoncurrentielles en préservant l'ouverture à la concurrence du marché. Pour ce faire, elles «*imposent le maintien de structures concurrentielles*»⁴⁰².

Autrement dit, elles permettent d'éviter que «*la position de certaines entreprises en présence ne s'accroisse artificiellement au point de rendre la concurrence insuffisante*»⁴⁰³. Le contrôle des concentrations d'entreprises a donc une fonction préventive. C'est l'existence même du marché commun concurrentiel qu'il garantit.

L'omission des concentrations d'entreprises dans les traités communautaires en Afrique centrale et en Afrique de l'ouest, peut s'expliquer d'une part par la faible probabilité d'opérations de concentration d'envergures dans ces économies de petite taille. Et d'autre part, par la nécessité de favoriser le développement d'entreprises de grande dimension qui puissent faire face à la concurrence des multinationales étrangères. Car la vertu première des concentrations est de permettre aux entreprises de réaliser des économies d'échelle et d'être plus compétitives.

La distinction des concentrations d'entreprises de pratiques anticoncurrentielles, telles que l'abus de position dominante n'est pas facile à établir. Une concentration d'entreprises peut avoir pour objet de créer une situation de position dominante dans le but de l'exploiter de façon abusive par la suite. Ce lien étroit entre les deux notions a conduit le

⁴⁰² André DECOCQ et Georges DECOCQ, Droit de la concurrence: droit interne et droit de l'Union européenne, *op.cit.*, p. 174.

⁴⁰³ *Ibidem*.

législateur de l'UEMOA à traiter des concentrations d'entreprises dans le chapitre relatif à l'abus de position dominante. Il s'agit néanmoins de deux pratiques distinctes. Le contrôle des concentrations régule la concurrence de façon préventive. La prohibition des abus de position dominante sanctionne les atteintes faites à une concurrence existante.

Concrètement les concentrations d'entreprises visent les opérations ayant pour but d'accroître la taille des entreprises et leur puissance économique par leur regroupement entraînant de ce fait la réduction de leur nombre⁴⁰⁴. Selon l'article 5 du règlement 01/99, une opération de concentration est réalisée lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent. Elle peut aussi résulter de l'acquisition directe ou indirecte, que ce soit par prise de participation au capital, par contrat ou tout autre moyen, du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises. L'opération de concentration doit donc entraîner un changement durable dans le contrôle de l'entreprise.

Le droit communautaire ne prohibe pas les concentrations dans certaines hypothèses⁴⁰⁵ et les considère même comme compatible avec la législation relative à la concurrence lorsque certaines conditions sont réunies. L'article 7 du règlement communautaire prévoit que *«les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante et qui affectent faiblement la concurrence dans le marché commun ou une partie de celui-ci doivent être déclarées compatibles»*⁴⁰⁶. Avant de

⁴⁰⁴ Définition tirée de: Gérard CORNU, et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, op. cit. p. 220. A propos des concentrations d'entreprises dans la CEMAC: Sara NANDJIP MONEYANG, «Les concentrations d'entreprises en droit interne et en droit communautaire CEMAC», *Revue internationale de droit africain EDJA*, 2008, p. 5-32.

⁴⁰⁵ selon l'article 5 paragraphe 2 du règlement 1/99, Une opération de concentration n'est pas prohibée a) lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour leur compte ou pour le compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente.

b) lorsque le contrôle est exercé à titre provisoire par une entreprise mandatée par l'autorité publique en vertu de la législation d'un Etat membre dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ou de faillite des entreprises». CONSEIL des MINISTRES de la CEMAC, *Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 modifié par le règlement n°12-05-UEAC-639 U-CM-SE du 27 juin 2005*, op. cit.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, art. 7, parag. 2.

réaliser une opération de concentration, les entreprises concernées doivent la notifier à l'organe communautaire de surveillance de la concurrence⁴⁰⁷.

B. LES MANIFESTATIONS DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES SUR LE MARCHE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le législateur de la CEMAC fournit une liste non exhaustive de pratiques constitutives d'ententes ou d'abus de positions dominantes⁴⁰⁸. Ainsi un comportement consistant à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions ou bien à limiter ou contrôler la production ou les investissements constitue une entente ou un abus de position dominante. Les pratiques visant à se répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, ceux visant à appliquer, à l'égard des partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes peuvent également constituer une entente ou caractériser l'exploitation abusive d'une position dominante.

Les entreprises qui subordonnent la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats et celles qui se concertent sur les conditions de soumission à des appels d'offres en vue d'un partage du marché au détriment des autres concurrents sont également en infraction au regard des règles interdisant les pratiques commerciales anticoncurrentielles.

Pour caractériser ces pratiques, il est nécessaire de définir le marché sur lequel elles produisent leurs effets. Ce marché est appelé marché pertinent, marché de référence

⁴⁰⁷ *Ibidem*. L'article 8 du règlement définit les données que l'organe communautaire devra prendre en compte pour apprécier la conformité de l'opération au droit communautaire. Il devra tenir compte selon cette disposition, de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun, de la structure de tous les marchés en cause, de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, de l'intérêt des consommateurs intermédiaires et finaux, de l'évolution du progrès technologique pour autant que ce facteur soit à l'avantage des consommateurs.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, art. 3 et art. 16.

ou marché en cause. Il correspond au lieu où se rencontrent l'offre et la demande de biens ou de services. Les biens et services qui s'échangent sur le marché pertinent doivent être identiques ou substituables⁴⁰⁹. Ce qui permet à chaque offreur d'être soumis à la concurrence des autres⁴¹⁰.

Qu'ils soient substituables ou identiques les biens et services en cause doivent s'échanger dans une zone correspondant à la délimitation géographique du marché pertinent. Selon le législateur de l'UEMOA, cette zone correspond au *«territoire sur lequel les entreprises concernées contribuent à l'offre de produits et de services, qui présente des conditions de concurrence suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires limitrophes par le fait notamment que les conditions de concurrence y sont sensiblement différentes»*⁴¹¹.

Aux termes de l'article 16 du règlement UEAC 01/99, ce territoire correspond au marché commun ou à une partie de celui-ci. Il s'agit donc du territoire de la communauté ou de celui d'un Etat membre, voir d'une localité dans l'Etat membre. Le marché pertinent correspond donc à la combinaison du marché de produit en cause et du marché géographique en cause⁴¹². Sa délimitation a pour principal utilité d'apprécier le pouvoir de marché de l'entreprise en position dominante⁴¹³ et d'apprécier l'effet anticoncurrentiel d'une entente.

⁴⁰⁹ La substituableté peut être liée à leurs caractéristiques, leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Voir CONSEIL DES MINISTRES DE l'UEMOA, *Annexe 1 du règlement n° 03/2002/ UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur l'Union économique et monétaire ouest africaine: notes interprétatives de certaines dispositions*, *op. cit.* Note 4.

⁴¹⁰ Un produit X est substituable à un produit Y lorsque, l'augmentation du prix du produit X, conduit les acheteurs à accroître «de façon significative» la demande pour le produit Y. Voir Catherine PREBISSY-SCHNALL, «Abus de position dominante», *JurisClasseur Contrats et marchés publics*, Fasc. 37, p. 5.

⁴¹¹ CONSEIL DES MINISTRES DE l'UEMOA, *Annexe 1 du règlement n° 03/2002/ UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur l'Union économique et monétaire ouest africaine: notes interprétatives de certaines dispositions*, *op. cit.*

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ Le pouvoir de marché correspond à la «capacité de l'entreprise d'augmenter ses prix au-delà du prix concurrentiel sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés». Voir Catherine PREBISSY-SCHNALL, *op. cit.* Notons aussi que si le marché pertinent est celui sur lequel est appréciée la position dominante, celui-ci ne correspond pas toujours au marché sur lequel elle est exploitée

Au regard de ces caractéristiques on peut considérer chaque appel public à la concurrence comme un marché pertinent. L'appel d'offres est, en effet, un lieu où se rencontrent une demande contenue dans un cahier des charges et une offre qui lui correspond. Il ressort ainsi d'une jurisprudence constante qu' «*un marché public ou un appel d'offres pour une délégation de service public constituent un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande de la collectivité publique concernée et les offres des entreprises souhaitant y répondre*»⁴¹⁴.

Toutefois pour bien apprécier la position dominante d'une entreprise, sur un marché de la commande publique, l'analyse doit aller au-delà de l'appel public à la concurrence en cause car, les appels d'offres ont cette particularité d'être des marchés instantanés. Par conséquent l'appréciation de la position dominante d'une entreprise doit être appréciée au regard «*du marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné*»⁴¹⁵.

La même démarche doit être effectuée lorsqu'il s'agit d'entente. Cela permet, d'appréhender une entente organisée à un échelon plus vaste mais qui a pour effet d'amener les entreprises à se répartir illicitement des marchés publics. Toutes les pratiques commerciales anticoncurrentielles qui peuvent être pratiquées sur le marché ordinaire, peuvent l'être sur celui de la commande publique.

de façon abusive Il est nécessaire de faire la distinction entre le marché dominé et le marché sur lequel l'abus est commis. C'est le cas par exemple lorsqu'une entreprise qui occupe une position dominante sur un marché donné, impose des conditions à des fournisseurs ou des clients qui sur un autre marché sont en concurrence avec une entreprise du même groupe. Sur ce point voir Christophe CABANES et Benoît NEVEU, *Droit de la concurrence dans les contrats publics: pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions*, op. cit., p.71.

⁴¹⁴ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, Décision n° 08-D-24 du 22 octobre 2008 relative à une saisine concernant l'affermage de la distribution d'eau et de l'assainissement à Saint-Jean-d'Angély, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08d24.pdf. (Dernière consultation 01/12/14) Voir aussi, Olivier GUÉZOU, *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, op. cit.

⁴¹⁵ AUTORITE DE LA CONCURRENCE, Décision n° 10-D-31 du 12 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d31.pdf (Dernière consultation 01/12/14)

Les ententes entre entreprises constituent de loin la pratique commerciale anticoncurrentielle que l'on rencontre le plus sur le marché de la commande publique et elles représentent un coût important pour la société⁴¹⁶. Les termes de «*soumissions concertées*» ou d'«*offres collusoires*» ont été admis pour décrire les différentes formes d'ententes pratiquées sur le marché de la commande publique⁴¹⁷.

Les soumissions concertées sont définies comme le fait que des entreprises intervenant sur le marché, donc censées se faire concurrence dans le secret, s'accordent pour fixer les prix des biens, des travaux ou des services que recherche l'acheteur public, dans le but de les augmenter ou de diminuer la qualité de prestations. De telles pratiques ont donc pour principales conséquences de vider l'appel d'offres de ses effets concurrentiels.

Pour que la concurrence soit réelle, trois conditions formant un trépied doivent être réunies⁴¹⁸. D'abord, chaque soumissionnaire doit avoir la possibilité de prendre des décisions stratégiques et commerciales de façon autonome. Ensuite, il doit être dans l'incertitude quant aux décisions pouvant être prises par ses concurrents. Enfin, il ne doit pas entraver artificiellement l'accès au marché. Les atteintes à la concurrence lors de la

⁴¹⁶ Voir notamment Bernard CAILLAUD, «Ententes et capture dans la commande publique», *Concurrence et consommation*, n° 129, Septembre-octobre 2002, pp 8-13. Florian LINDITCH, «Ententes et marchés publics», *JurisClasseur Contrats et marchés publics*, Fascicule 36, 38 p. Christophe CABANES, Benoît NEVEU, *Droit de la concurrence dans les contrats publics: pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions*, op. cit., pp. 31-67.

⁴¹⁷ Sous l'égide de l'OCDE, il a été admis que les soumissions concertées dans le domaine des marchés publics rentrent dans la catégorie des ententes telles que prévues par les droits nationaux et communautaires de la concurrence. Dans sa recommandation du 25 mars 1998, elle définit les «ententes injustifiables» comme tout accord anticoncurrentiel, toute pratique concertée anticoncurrentielle ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité». OCDE, *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, 25 mars 1998 – C (98)35/Final, (Dernière consultation 01/12/14).

<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&Lang=fr&Book=False>

⁴¹⁸ Valérie MICHEL AMSELLEM, «Les ententes entre soumissionnaires: les leçons de la jurisprudence», *Revue Concurrence et Consommation*, n°129, septembre-octobre 2002, p. 14.

passation des contrats publics ont principalement pour objet ou pour effet de limiter ou de supprimer un de ces pieds rendant de ce fait le jeu de la concurrence bancal⁴¹⁹.

La première condition à savoir l'indépendance des offres, est remise en cause lorsque les entreprises se répartissent les marchés. La répartition qui peut être par zone géographique, par client ou à tour de rôle dans la même zone et auprès du même acheteur, se traduit par une désignation à l'avance de l'entreprise devant remporter le contrat. Les autres entreprises, vont se contenter de présenter des offres dites de «couverture» c'est à dire des offres sans intention d'emporter le marché mais qui donne l'apparence d'une concurrence⁴²⁰. Selon l'OCDE, l'offre de couverture est caractérisée lorsque les parties à l'entente soumettent des offres plus élevée que celles de l'entreprise qu'elles ont désignée pour remporter le marché, lorsqu'une offre est tellement élevée, que le soumissionnaire est sûr qu'elle sera rejetée, ou encore lorsqu'une offre est «*assortie de conditions notoirement inacceptables*»⁴²¹.

A défaut d'offres de couvertures, les parties à l'entente peuvent aussi mettre en place un schéma de suppression des offres⁴²². Pour ce faire, elles vont dans un premier temps soumissionner correctement et dans un second temps retirer leurs offres avant

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ Philippe-Emmanuel PARTSCH et Elie RAYMOND, «Droit de la concurrence et marchés publics», *Finance/Banque*, septembre 2009. Article disponible sur le site du Conseil de la concurrence du Grand Duché de Luxembourg:

www.concurrence.public.lu/actualites/articles_presse/2009/09/AGEFI_9_2009.pdf (consulté le 18/04/14)

⁴²¹ Comité de la Concurrence de l'OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, Paris, OCDE, 2009, p. 2, document disponible sur le site de l'OCDE: <http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/ententes/42340181.pdf> (dernière consultation 01/12/14). Très active dans la lutte contre les ententes dans les marchés publics l'OCDE, propose dans ses lignes directrices des indices pour détecter les collusions.

Voir aussi, Youri CHASSIN et Marcelin JOANIS, *Détecter et prévenir la collusion dans les marchés publics en construction- Meilleures pratiques favorisant la concurrence - Rapport de projet*, Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations, Montréal, CIRANO, 2010, 60 p.

⁴²² OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, *op. cit.*, p. 2.

l'évaluation. L'objectif étant toujours que l'offre de l'entreprise, qu'elles ont désignée comme devant remporter le contrat, soit choisie par l'entité acheteuse⁴²³.

La seconde condition, à savoir l'incertitude des soumissionnaires quant aux décisions devant être adoptées par les concurrents est quant à elle affectée lorsqu'il y a un échange d'informations entre les différents offreurs. Dans une jurisprudence constante, le conseil de la concurrence en France, retient la qualification d'entente dès lors que la preuve est apportée que les entreprises *«ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence des compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur disponibilité en personnel et en matériel, de leur intérêt ou de leur absence d'intérêt pour le marché considéré ou des prix qu'elles envisageaient de proposer»*⁴²⁴. Il faut aussi noter que la grande transparence qui accompagne certaines procédures peut être à l'origine de l'accès par les soumissionnaires d'informations qui leur permettent de connaître la stratégie des concurrents.

Le troisième trépied qu'est l'exigence de ne pas entraver la marché de la commande publique est, quant à lui, le plus souvent affecté par la répartition des contrats dans le but de bloquer l'accès des nouveaux entrepreneurs au marché. Grace au plan prévisionnel annuel de passation notamment, les entreprises peuvent se répartir l'ensemble du budget prévu pour la commande publique. En procédant par des offres de couvertures ou des échanges d'information, elles se répartissent les marchés et veillent à ce que chaque partie atteigne le quota qui lui est attribué. Une telle pratique peut entraîner une fermeture du marché pour les nouveaux arrivants. Ceci permet de constater que l'objet de l'entente n'est pas toujours déterminant de ses effets.

⁴²³ Notons à cet égard, que même si l'entreprise choisie par les parties à l'entente n'a pas été choisie par le pouvoir adjudicateur, l'offre de couverture reste quand même sanctionnée comme étant une pratique commerciale anticoncurrentielle. Ce qui compte étant l'objectif visé par les auteurs de l'entente.

⁴²⁴ Voir notamment Autorité de la concurrence, *Décision n° 10-D-10 du 10 mars 2010 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier*, décision disponible sur le site de l'Autorité de la concurrence: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d10.pdf> (consulté le 01/12/14)

Un accord visant juste une répartition des contrats peut aller jusqu'à bloquer complètement l'accès au marché et décourager toute nouvelle pénétration du marché. D'où la nécessité de sanctionner les accords ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence.

Plus directes sont les ententes occultes ou les ententes à couverture officielle qui elles, ont expressément pour objet d'empêcher la venue de nouvelles entreprises sur le marché⁴²⁵. En guise d'exemple: plusieurs entreprises peuvent soumettre une seule offre sous forme de groupement momentanée d'entreprises ou d'un Groupement d'intérêt économique et fixer un prix plus bas que celui qui se pratique sur le marché pour la même prestation.

La concurrence sur le marché de commande publique peut également être affectée par l'exploitation abusive d'une position dominante. Le pouvoir de marché de l'entreprise en cause pouvant être issue d'une opération de concentration. Ceci montre que cette dernière pratique, peut aussi avoir une incidence négative sur les appels publics à la concurrence⁴²⁶.

L'abus de position dominante sur le marché de la commande publique peut venir des entreprises soumissionnaires. Mais il peut aussi être le fait des collectivités publiques soumissionnaires⁴²⁷.

Lorsqu'il est le fait d'une entreprise soumissionnaire, l'abus de position dominante se traduit par des comportements visant à lui éviter d'être confronté à la concurrence. Il se matérialise notamment par l'imposition de clauses abusives à son profit.

⁴²⁵ Valérie MICHEL AMSELLEM, «Des ententes entre soumissionnaires: les leçons de la jurisprudence», *op. cit.*, p. 15.

⁴²⁶ Sara NANDJIP MONEYANG, «Les concentrations d'entreprises en droit interne et en droit communautaire CEMAC», *op. cit.*

⁴²⁷ Christophe CABANES et Benoît NEVEU, *Droit de la concurrence dans les contrats publics: pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions*, *op. cit.* p. 69-105. Catherine PREBISSY-SCHNALL, «Abus de position dominante», *JurisClasseur Contrats et marchés publics*, *op. cit.*

Ces clauses peuvent être assorties d'un droit de préférence, ce qui oblige l'administration contractante à l'informer en premier pour tout nouveau besoin⁴²⁸. Quelles que soient les manœuvres mises en place par l'entreprise en situation de position dominante, il est toutefois nécessaire de déterminer l'existence ou non d'une complicité même implicite de la part de la personne publique contractante.

Si jusqu'ici n'ont été envisagés que les comportements anticoncurrentiels, sur le marché de la commande publique et qui sont le fait des entreprises, cela ne signifie nullement que ces dernières en ont le monopole. L'acheteur public peut, par certains actes, entraver la concurrence sur le marché de la commande publique. C'est la raison pour laquelle, le droit de la concurrence met en place des techniques qui permettent d'empêcher la collectivité publique de participer à la création ou au développement de pratiques anticoncurrentielles.

§ 2. L'ACHETEUR PUBLIC ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE: LA PROHIBITION FAITE AUX ENTITES ACHETEUSES DE FAVORISER LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Le droit communautaire de la concurrence fournit aux autorités de la commande publique et aux soumissionnaires les moyens de préserver la concurrence sur le marché des appels publics à la concurrence en agissant sur la demande. Pour ce faire, il édicte des mesures encadrant les aides d'Etat (2). Plus indirectement les personnes publiques, peuvent se voir opposer les règles interdisant les pratiques commerciales anticoncurrentielles (1).

⁴²⁸ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Décision n° 98-D-52 du 7 juillet 1998, relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain*, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/98d52.pdf>. (Consulté 01/12/14). Voir aussi Christophe CABANES et Benoît NEVEU, *Droit de la concurrence dans les contrats publics: pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions*, op. cit., p. 98 et s.

A. DE L'OPPOSABILITE DES REGLES PROHIBANT LES PRATIQUES COMMERCIALES ANTICONCURRENTIELLES AUX ENTITES ACHETEUSES

Après avoir défini le sens de l'opposabilité des règles prohibant les pratiques commerciales anticoncurrentielles aux entités acheteuses (1), quelques uns des actes des acheteurs publics pouvant générer des situations anticoncurrentielles seront présentés (2).

1. Le sens de l'opposabilité des règles prohibant les pratiques commerciales anticoncurrentielles

L'entreprise qui exerce une activité à but lucratif est le critère organique d'application des dispositions du règlement UEAC n° 01/99 du 25 juin 1999 qui prohibe les pratiques commerciales anticoncurrentielles. Il en résulte que ses dispositions ne peuvent pas s'appliquer à l'administration qui, pour l'exécution de ses missions de service public, passe un contrat exerçant de ce fait ses prérogatives de puissance publique . Néanmoins, les collectivités publiques ne peuvent pas priver le droit communautaire de ses effets utiles. Les Etats membres doivent agir en cohérence avec la législation communautaire⁴²⁹.

Cette obligation induit une opposabilité des règles de prohibition des ententes et concentrations illicites et des abus de position dominante aux administrations acheteuses⁴³⁰. L'opposabilité signifie d'une part la reconnaissance de l'inapplicabilité du droit des pratiques commerciales anticoncurrentielles aux décisions normatives des autorités étatiques⁴³¹. D'autre part, elle exprime la reconnaissance que de telles décisions peuvent néanmoins avoir pour effet d'y contrevenir en structurant le comportement des

⁴²⁹ Selon la CJCE, il incombe «aux Etats de ne pas pendre ou maintenir en vigueur des mesures même législatives ou réglementaires, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises». CJCE, 21 sept 1988, Pascal Van Eycke contre Société anonyme ASPA, Demande de décision préjudicielle, Vrederegerecht Beveren -Belgique aff. 267/86, Recueil de jurisprudence de la Cour, 1988, p. 04769

⁴³⁰ Stéphane DESTOURS, La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence Paris, Litec, 2000, 587 p.

⁴³¹ Guylain CLAMOUR, Stéphane DESTOURS, «Droit de la concurrence – Droit public de la concurrence» *JurisClasseur Collectivités territoriales*, fascicule 724-20, 61 p.

entreprises, en les mettant en situation d'abuser automatiquement de leur position dominante ou de réaliser nécessairement une entente illicite⁴³². L'opposabilité signifie donc que la décision administrative «*doit être appréhendée dans ses effets pour apprécier sa légalité au regard du droit de la concurrence*»⁴³³.

Elle met alors l'administration dans l'obligation de prendre en compte le droit de la concurrence pour ne pas organiser, induire, avaliser, faciliter ou approuver des pratiques commerciales anticoncurrentielles⁴³⁴. Deux conditions sont néanmoins exigées pour que l'opposabilité soit envisageable. Il faut d'une part apporter la preuve des pratiques anticoncurrentielles et d'autre part établir le lien de causalité entre ces pratiques et la décision administrative.

L'exigence d'efficacité des règles communautaires de la concurrence fait peser sur les Etats membres l'obligation de ne pas générer de pratiques anticoncurrentielles découlant directement des contrats qu'ils passent avec les entreprises. Un marché public, une délégation de service public ou un contrat de partenariat public-privé ne doit pas contenir des clauses qui placent le cocontractant dans une position qui lui facilite la pratique d'une entente illicite ou d'un abus de position dominante. Les clauses contractuelles qui confèrent un monopole ou des droits exclusifs, celles qui déterminent la durée du contrat, celles relatives aux prestations hors monopoles⁴³⁵, celles qui favorisent

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ Laurent AYACHE, *Doit de la concurrence et secteur public – Applicabilité et compétence*, *JurisClasseur Concurrence et consommation*, Fascicule 120, p. 4.

⁴³⁵ L'hypothèse évoquée ici est celle dans laquelle, le cocontractant de la personne publique utilise son monopole pour bloquer l'accès sur un marché dans lequel les prestations sont libres. Pour ce faire, il peut procéder à des subventions croisées lui permettant de pratiquer des prix prédateurs sur le marché concurrentiels et compenser par des surcoûts appliqués aux clients des marchés sous monopole. L'objectif étant d'éliminer la concurrence sur le marché libre. Le contrat qui permet à une entreprise d'agir de la sorte et ce grâce au monopole qu'il lui confère, peut être frappé de nullité sur le fondement des règles de prohibition de l'abus de position dominante. Mais lorsqu'un tel comportement est détachable du contrat, seule l'entreprise est sanctionnée par application du droit de la concurrence. Voir Jacques-Henri STAHL, «L'application, par le juge administratif, de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence» Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 3 novembre 1997, Sté Yonne Funéraire, Sté Interarbres, Sté Million et Marais, *RFDA*, 1997, pp. 1228-1243. Voir aussi Jean-Pierre JOUGUET,

une asymétrie d'information au profit du cocontractant concernant notamment le renouvellement du contrat, celles qui lui confèrent le privilège d'exploiter certaines installations, ou encore les clauses relatives au tarif sont autant de dispositions contractuelles qui peuvent mettre l'administration en position de contrevenir à la législation qui prohibent les pratiques commerciales anticoncurrentielles⁴³⁶. De telles clauses peuvent, tout en étant conformes à la législation sur les contrats publics, amener l'administration à contrevenir au droit de la concurrence.

2. De quelques actes de l'acheteur public susceptibles de générer une situation anticoncurrentielle

Par la signature d'un contrat de concession contenant une clause de droits exclusifs, l'administration place incontestablement le concessionnaire dans une situation de position dominante. Ni l'octroi d'un monopole, ni l'octroi de droits exclusifs, ne sont interdits par les règlements de la CEMAC⁴³⁷. Toutefois le règlement n° 04/99 relatif aux pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres impose aux entreprises qui en bénéficient de respecter la prohibition des pratiques commerciales anticoncurrentielles et en particulier celle de l'abus de position dominante. Mais, le fait que l'Etat place une entreprise en situation de monopole, ne revient-il pas à l'inciter à exploiter sa position dominante de façon abusive? Ni la Cour de justice de la CEMAC, ni les autres

«Remarques sur la passation des délégations de service public et les atteintes au droit de la concurrence», *Revue juridique de l'économie publique*, Août-septembre 2007, pp. 288-292

⁴³⁶ *Ibidem*. En ce qui concerne les clauses relatives au tarif, parce qu'elles concernent d'abord et avant tout les usagers, le doute s'était posé quant à la possibilité pour le juge de l'administration, de les contrôler sur la base du droit de la concurrence. Ce doute semble être levé depuis 2002 par le Conseil d'Etat (CE, 29 juillet 2002, Société CEGEDIM, n° 200886, *Recueil Lebon*, 2002, p. 280). Dans cette affaire, le juge a contrôlé le niveau d'un tarif sur la base du droit de la concurrence. A ces différentes clauses, le professeur NICINSKI ajoute celles qui permettent au partenaire de l'administration de se prévaloir de l'image de marque de cette dernière, par exemple en installant des locaux commerciaux dans ceux de l'administration, les clauses qui obligent celle-ci à protéger son cocontractant, par exemple en restreignant l'octroi d'autorisation d'exercice d'une activité similaire à celle de son cocontractant sur l'aire géographique d'exécution du contrat qui les lie. Toutefois ces dernières clauses sont autorisées lorsqu'elles n'ont pas pour but de protéger le cocontractant de la concurrence mais lorsqu'elles sont destinées à lui apporter l'appui nécessaire à l'exploitation du service public, elles rentrent dans le cadre des prérogatives légitimes de l'administration. Sophie NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 57 et s.

⁴³⁷ CONSEIL des MINISTRES de la CEMAC, *Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 modifié par le règlement n°12-05-UEAC-639 U-CM-SE du 27 juin 2005*, *op. cit.*, art. 8.

instances de la communauté ne se sont pour le moment prononcées sur cette question. Mais la juridiction communautaire européenne y a répondu par l'affirmative et a développé la théorie de l'abus automatique⁴³⁸.

Selon cette théorie, en conférant à une seule entreprise des droits qui la placent dans une position dominante, l'administration contrevient aux dispositions qui prohibent l'abus de position dominante. Autrement dit en passant un contrat qui place le cocontractant dans une position où il pourrait contrevenir aux règles de la concurrence, l'administration génère une situation sanctionnée par le droit communautaire de la concurrence et peut donc se voir opposer les règles de prohibition des pratiques anticoncurrentielles.

Cette jurisprudence présente un intérêt certain. En Afrique, l'Etat est encore très présent sur le marché. La libéralisation est loin d'en être au même stade qu'en Europe et l'essentiel des grands services publics est géré soit directement par l'Etat soit par des entreprises détentrices de droits exclusifs ou de monopole. La prise en compte par les autorités communautaires et nationales de «*l'abus automatique de position dominante*» éviterait aux collectivités publiques d'assécher la concurrence par l'attribution de droits exclusifs et de monopole. Pour les petites entreprises, il s'agirait d'un important moyen de droit pouvant être soulevé à l'appui d'un recours. Il appartiendra cependant aux autorités de la concurrence de concilier ce moyen avec l'exigence d'efficience dans le fonctionnement des services publics.

Au titre des clauses qui peuvent soulever la question de la conformité du contrat aux règles de la concurrence il y a aussi celle relative à la durée du contrat⁴³⁹. Le contrat qui confie un monopole à une entreprise, ferme aux autres entreprises le marché couvert par ce monopole durant toute sa durée. Lorsque cette durée est longue, il peut y avoir atteinte au

⁴³⁸ CJCE (CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser c/ Macrotron, n° C-41/90 Recueil de jurisprudence de la Cour, 1991, p. I-01979, paragraphe 29.

⁴³⁹ Jacques-Henri STAHL, «L'application, par le juge administratif, de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence», *op. cit.*, p. 1237 et s.

droit des concurrents. Par conséquent, lorsque la durée d'un contrat *«excède sans justification ni motif d'intérêt général, la durée d'amortissements des biens nécessaires à l'exploitation du service»*, la clause qui la détermine peut être considérée comme générant un comportement anticoncurrentiel⁴⁴⁰.

Dans la zone CEMAC, plusieurs législations nationales apportent des précisions quant à la nécessité de prendre en compte l'exigence d'une mise en concurrence périodique lorsque l'on détermine la durée d'un contrat. Selon la loi camerounaise du 29 décembre 2006 qui fixe le régime général des contrats de partenariat, la durée du contrat doit correspondre à la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues⁴⁴¹.

Il en est de même du décret du 19 juillet 2012 portant Code des marchés publics au Gabon, qui précise à propos des contrats de partenariat public-privé, qu'ils doivent avoir *«une durée limitée qui tient compte de l'amortissement des dépenses de l'opérateur du projet»*⁴⁴² et que cette durée ne *«peut être allongée qu'en raison de conditions particulières, prévue dans le contrat, et pour une durée maximale de cinq ans»*⁴⁴³.

L'on voit cependant que les précautions qui sont prises à propos de la durée des contrats concernent surtout les grands projets d'investissements. Ces contrats, constituent, certes le domaine de prédilection des clauses de monopole ou de droit exclusif. Toutefois de telles précautions doivent aussi être prises concernant les marchés publics, qui eux,

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ Loi n° 2006/12 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun. *«le contrat de partenariat est un contrat par lequel l'Etat ou l'un de ses démembrements confie à un tiers, pour une période déterminée, en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, la responsabilité de tout ou partie des phases suivantes d'un projet d'investissement»*.

⁴⁴² Décret n° 0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012 portant code des marchés publics au Gabon, *op. cit.*, art. 116.

⁴⁴³ *Ibidem*.

constituent le champ privilégié des avenants. Car ces derniers ont aussi pour effet de proroger, parfois de façon excessive, la durée des contrats⁴⁴⁴.

La violation du droit de la concurrence peut également avoir pour origine les choix techniques du pouvoir adjudicateur. Tel peut être le cas lorsque l'entité acheteuse fait le choix d'une procédure contractuelle qui limite le nombre de candidats de façon excessive. Le regroupement de toute la commande en un seul lot fait aussi partie des choix techniques qui peuvent fausser la concurrence. L'allotissement de façade ou la constitution d'un seul lot a pour effet soit d'éliminer les petites entreprises soit de les inciter à se regrouper. De ce regroupement peut naître une entente entre entreprises. On peut même parler ici d'entente automatique⁴⁴⁵.

L'obligation d'allotir le marché, en même temps qu'elle cherche à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique, doit aussi permettre de lutter contre de telles pratiques. Toutefois, les dispositions relatives à l'allotissement dans les Codes nationaux des marchés publics ne semblent pas prendre en compte cette seconde dimension. Le Code des marchés publics du Cameroun fait certes référence à l'allotissement mais ne pose pas, à la charge des administrations contractantes, une obligation expresse d'y procéder lorsqu'elles lancent des appels publics à la concurrence. Toutefois, la circulaire du 31 janvier 2011, met en avant l'idée que le «*principe de*

⁴⁴⁴ Toutefois les codes nationaux des marchés publics contiennent des dispositions d'encadrement des avenants. En guise d'exemple, l'article 26 du Code tchadien des marchés publics exige pour la conclusion d'avenant que le prix et le volume des prestations en cause ne soient pas supérieurs à 30% du volume des prestations et du prix du marché initial. Toujours selon cette disposition, l'avenant ne doit pas avoir pour effet de modifier l'objet du marché ou d'en bouleverser l'économie. Il doit être conclu, approuvé et notifié dans les mêmes conditions que le marché initial. République du Tchad, *Décret n° 503/PM/SGG/2003 du 5 décembre 2003*, *op. cit.*

Ces contraintes procédurales et matérielles se retrouvent aussi à l'article 115 du Code des marchés publics du Congo. Il résulte de cette disposition, que «les stipulations d'un marché public ne peuvent être modifiées que par voie d'avenant et dans la limite de 20% de la valeur totale du marché de base. L'avenant est adopté et notifié selon la même procédure d'examen que le marché de base. Il ne peut modifier ni l'objet du marché, ni le titulaire du marché, ni la monnaie de règlement, ni la formule de révision des prix. La passation d'un avenant est soumise à l'autorisation de la Direction générale du contrôle des marchés publics» République du Congo, *Décret n° 2009-156 du 20 mai 2009 portant code des marchés publics*, *op. cit.*

⁴⁴⁵ Laurent AYACHE, «Doit de la concurrence et secteur public – Applicabilité et compétence», *op. cit.*

*l'allotissement doit être privilégié autant que possible*⁴⁴⁶. Au Congo, le pouvoir adjudicateur peut répartir les marchés en lots lorsque *«l'allotissement est susceptible de présenter des avantages financiers ou techniques (...)»*⁴⁴⁷. Ces deux exemples montrent que dans ces pays de la CEMAC, l'allotissement n'est pas une règle obligatoire devant être mise en œuvre à chaque fois que des conditions définies de façon objectives sont réunies. Il apparaît comme un procédé technique auquel le pouvoir adjudicateur peut recourir à sa discrétion⁴⁴⁸. S'agissant des contrats de délégation de service public, la question de l'allotissement reste entière⁴⁴⁹.

L'opposabilité du droit de la concurrence aux contrats de l'administration générateurs de pratiques anticoncurrentielles pose aussi la question de savoir s'il existe à la charge de la personne publique une obligation de contrôler et de sanctionner ces comportements. Autrement dit, les entreprises qui répondent à un appel d'offres dans la zone CEMAC – ou UEMOA – disposent-elles du moyen de contester la décision d'attribution au motif que l'autorité contractante a fermé les yeux sur une entente ou un abus de position dominante impliquant l'attributaire? Soulever un tel moyen devant le juge reviendrait à considérer l'administration contractante comme une autorité de contrôle de la concurrence. La perspective qu'un tel moyen de droit offre aux entreprises soumissionnaires, dans les pays de la zone CEMAC ou de la Zone UEMOA, est plus qu'intéressante.

⁴⁴⁶ République du Cameroun, Circulaire n°02/CAB/PM du 31 janvier 2011 relative à l'amélioration de la performance du système des marchés publics. Publiée sur le site des services du premier ministre du Cameroun: <http://www.spm.gov.cm/fr/documentation/textes-lois.html>

⁴⁴⁷ République du Congo, *Décret n° 2009-156 du 20 mai 2009 portant code des marchés publics*, op. cit., art. 24. A propos de ce texte, voir le Dossier intitulé «Le nouveau droit des marchés publics au Congo», *Revue congolaise de droit et des affaires*, n° 1, éd. spéciale, 2010. Aussi, Lewis NSALOU NKOUA, *Les marchés publics et le développement économique au Congo*, Thèse de doctorat, Université Paris-Sud, 2012.

⁴⁴⁸ Les dispositions des codes nationaux relatifs à l'allotissement peuvent s'expliquer par le fait que le saucissonnage des marchés pour échapper aux seuils d'application des règles de publicité et de mise en concurrence est beaucoup plus courant que la constitution de lot unique. Et c'est cette première pratique que les réglementations visent le plus souvent à combattre.

⁴⁴⁹ Sur ce point voir, Laurent AYACHE, «Passation des délégations de service public: existe-t-il une obligation d'allotir?», *AJDA*, 2009, pp. 1240-1244.

Les organes de règlement des litiges pourraient trouver dans le droit de la commande publique les moyens de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. En se fondant notamment sur l'article 24-3 nouveau du Code des obligations de l'administration, la Cour suprême du Sénégal a interprété l'obligation faite aux autorités contractantes de respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures comme imposant à l'autorité contractante de ne pas entraver le libre exercice de la concurrence entre les entreprises. La Cour a en effet jugé que cette disposition interdit à l'autorité contractante *«de violer les règles de concurrence et de libre accès aux marchés publics en insérant dans les dossiers d'appel d'offres (DAO) une clause relative à l'autorisation du constructeur à fournir par les candidats au marché de véhicules neufs»*⁴⁵⁰. Cette décision fait écho à celle rendue par le Conseil d'Etat français et selon laquelle il a estimé qu'il *«appartient à la personne publique responsable du marché de s'assurer, lorsqu'elle engage une procédure de passation d'un marché public, que les règles de libre concurrence sont effectivement respectées»*⁴⁵¹.

Le tribunal administratif de Lille a aussi jugé à ce propos, qu'«il appartient à l'autorité délégatrice de contrôler, lors de l'examen des offres, le respect de l'égal accès des candidats aux marchés publics (...)». En refusant de vérifier la recevabilité de l'offre d'un candidat soupçonné d'avoir bénéficié pour la détermination de ses prix d'un avantage découlant de ressources et moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public, l'autorité délégante a commis un manquement à ses obligations de mise en concurrence⁴⁵². Dans ces décisions, l'administration est sanctionnée parce qu'elle a refusé de contrôler et de sanctionner une pratique commerciale anticoncurrentielle.

Sauf que, ce n'est pas dans le droit de la concurrence que le juge est allé chercher la base légale de sa décision mais dans le droit de la commande publique. Une autre juridiction a estimé, quant à elle, qu'un pouvoir adjudicateur qui refuse d'éliminer des

⁴⁵⁰ CS/CA, arrêt n° 47 du 22 août 2013 Société SARRE-CONS c/ARMP et Etat du Sénégal.

⁴⁵¹ CE, 28 avril 2003, n° 233360, Fédération nationale des géomètres experts, AJDA 2004, p. 166

⁴⁵² TA de Lille, Ordonnance du 05 juillet 2001 cité par Sophie NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, op. cit., p. 63.

offres alors que les dossiers de candidature des entreprises qui les ont présentés *«permettaient d'établir qu'elles portaient atteinte au libre jeu de la concurrence, et que la société requérante l'avait alerté sur l'existence d'une entente illicite»*, entache de ce fait la procédure de passation d'illégalité⁴⁵³.

Si ces décisions sont encourageantes parce qu'elles ouvrent aux soumissionnaires une voie de contestation des décisions d'attribution, elles posent quand même un problème quant à la mise en œuvre d'un tel contrôle par l'administration. Celle-ci peut-elle exclure une entreprise de la procédure de sélection, au motif qu'elle a commis une pratique anticoncurrentielle, sans se voir opposer des arguments tirés du principe d'égalité entre les candidats⁴⁵⁴ et de liberté d'accès à la commande publique. Tout est alors dans l'équilibre que les autorités communautaires et nationales devront trouver entre opposabilité des règles de la concurrence et respect des règles de la commande publique.

Dans tous les cas, l'opposabilité des règles encadrant les pratiques commerciales anticoncurrentielles à l'administration ouvre aux entreprises une voie prometteuse vers l'assainissement de la commande publique. C'est dans cette perspective qu'il faut aussi placer les règles concurrentielles directement applicables à l'administration.

⁴⁵³ TA de Bastia 6 février 2003, SARL Autocars Mariani c/ Département de Haute Corse, *ibidem*, p. 64.

⁴⁵⁴ Cette problématique s'est posée récemment dans la zone UEMOA. La commission de l'UEMOA a été saisie par un groupement constitué par les soumissionnaires évincés (International Container Terminal Services INC (ICTSI), CMA-CGMT, TERMINAL LINK, MOVIS et NECOTRANS) dans l'attribution de la concession pour la réalisation et l'exploitation du deuxième terminal à conteneurs du port d'Abidjan. Le motif de la plainte est qu'en attribuant la concession du second terminal au groupement conduit par le concessionnaire du premier terminal à conteneurs, Bolloré Africa Logistics, l'autorité contractante (le port autonome d'Abidjan) plaçait ce dernier dans une position dominante générant un abus automatique. La commission de l'UEMOA saisie de cette affaire en mai 2013, mène l'instruction. Le rapport d'analyse préliminaire des experts mandatés, rendu en juin 2014 conclut notamment que la concentration créée par l'attribution de la concession à ce groupement est *«assimilable à un abus de position dominante»*. Maureen Grisot, «Le monopole de Bolloré sur le port d'Abidjan est de plus en plus contesté», LE MONDE, 6 septembre 2014.

B. DE L'APPLICABILITE DU DROIT DE LA CONCURRENCE AUX ENTITES ACHETEUSES: LA PROHIBITION DES AIDES D'ETAT

La prohibition des aides d'Etat qui affectent la concurrence est d'abord inscrite à l'article 23 de la convention régissant l'UEAC. A la suite de cette disposition, le règlement 04/99 de l'UEAC relatif à la réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les Etats membres, déclarent *«incompatibles avec le Marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides directes accordées par ces derniers ou celles octroyées au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions»*⁴⁵⁵.

Cette disposition laisse entrevoir la volonté du législateur de la CEMAC, de donner une conception extensive à la catégorie des aides d'Etat et dégage trois critères permettant de retenir une conception objective de l'aide. Le premier réside dans l'entrave à la concurrence, le second dans l'avantage consenti aux bénéficiaires et le dernier dans l'origine étatique de l'aide. Cette approche est identique à celle retenue par la Commission de l'UEMOA qui considère que la mesure constitutive d'aide au sens de l'article 88 du traité UEMOA doit *«procurer à ses bénéficiaires un avantage qui allège les charges qui normalement grèvent leur budget; être octroyée par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat; fausser la concurrence et présenter des avantages sélectifs»*⁴⁵⁶.

Au vu de ces considérations, l'aide d'Etat peut consister en une subvention, une exonération d'impôts et de taxes, une exonération de taxes parafiscales, une bonification

⁴⁵⁵ CONSEIL DES MINISTRES DE LA CEMAC, Règlement n° 4/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Étatiques Affectant le Commerce entre les États membres, art. 2, *Les bulletins officiels de la CEMAC*, <http://www.izf.net/pages/r-glement-n-499ueac-cm-639> (dernière consultation 01/12/14).

⁴⁵⁶ Commission de l'UEMOA, *Décision n° 06/2004/COM/UEMOA portant décision de ne pas soulever d'objections à l'égard des lois portant diverses dispositions relatives au régime juridique et fiscal unique et harmonisé applicable en République du Bénin et en République togolaise dans le cadre de la réalisation du projet gazoduc de l'Afrique de l'Ouest*, parag. 9 Disponible sur le site de l'UEMOA: http://www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/DEC_6_2004_CM.aspx (dernière consultation 01/12/14)

d'intérêts, une garantie de prêt à des conditions particulièrement favorables, une fourniture de biens à des conditions préférentielles, une couverture de pertes d'exploitation etc.⁴⁵⁷

Il ressort également de l'article 2 du règlement 04/99 de la CEMAC, que le principe de prohibition des aides d'Etat n'est pas absolu. Il peut paraître paradoxal, que le législateur communautaire apporte des assouplissements à cette règle alors que les aides sont considérées comme l'une des formes de l'interventionnisme qui compromettent le plus l'existence même de la libre concurrence. Mais cette démarche est justifiée par la nécessité de tolérer *«une certaine forme d'interventionnisme de l'Etat dans les situations où l'application implacable de l'idéologie de la libre concurrence pourrait conduire à des désastres économiques et sociaux»*⁴⁵⁸.

Ainsi une distinction doit être établie entre les aides compatibles avec le marché commun⁴⁵⁹ et celles qui, sous certaines conditions, pourraient l'être également. Rentrent dans cette dernière catégorie, les aides aux entreprises destinées à favoriser le développement économique de régions défavorisées ou souffrant d'un retard notoire dans leur développement économique ou encore, les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet d'intérêt sous-régional commun, ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre etc.⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷CONSEIL DES MINISTRES DE LA CEMAC, «Règlement n° 4/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Étatiques Affectant le Commerce entre les États membres», *op. cit.*, art. 2, parag. 4.

⁴⁵⁸Abou Saïd COULIBALY, «Le droit communautaire de la concurrence», *op. cit.*, p. 50.

⁴⁵⁹ Il ressort du second paragraphe de l'article 2 que *«sont compatibles avec le Marché Commun: a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits; b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements imprévisibles et insurmontables par l'entreprise»*. Règlement n° 4/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Étatiques Affectant le Commerce entre les États membres», *op. cit.*

⁴⁶⁰ *Ibidem*, art. 2, parag. 3. Le législateur de la CEMAC cite également «c) les aides aux entreprises destinées à faciliter le développement de certaines activités quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. d) les aides destinées à promouvoir la culture, la conservation du patrimoine et la protection de l'environnement quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun. e) les aides aux Petites et Moyennes Entreprises (PME)»

La détermination de la compatibilité de l'aide avec le fonctionnement du marché commun est du ressort du Conseil régional de la concurrence. Il appartient au conseil des ministres de la communauté de mettre à jour, périodiquement, la liste des aides pouvant être compatibles avec la législation communautaire.

Le lien entre la prohibition des aides d'Etat qui faussent la concurrence et la commande publique découlent de la «*similitude fonctionnelle*»⁴⁶¹ existante entre ces premières et les contrats publics. En effet, dans certaines hypothèses, l'attribution d'un contrat de la commande publique à une entreprise peut être assimilée à une aide d'Etat⁴⁶². Et d'un point de vue économique, les marchés publics, comme les aides d'Etat ont pu être justifiés comme étant des «*instruments de corrections des défaillances du marché*»⁴⁶³.

S'il est établi qu'il existe bien des interférences entre les aides d'Etat et les contrats de la commande publique, il reste difficile de définir les critères qui permettraient de qualifier un contrat en une aide d'Etat.

Le prix du contrat est pour certains auteurs le critère clé⁴⁶⁴. Si celui-ci est supérieur au «*market value*»⁴⁶⁵, alors le supplément payé par l'administration contractante peut être regardé comme une aide d'Etat. Mais la difficulté que soulève cette analyse réside dans la détermination de la valeur réelle du marché⁴⁶⁶. Dans l'hypothèse où la personne publique la connaît et accepte de payer un prix qui la dépasse, alors on peut

⁴⁶¹Dimitri TRIANTAFYLLOU, «Les règles de la concurrence et l'activité économique y compris les marchés publics», *RTDE* 1996, n°1, p. 69.

⁴⁶² Sur le rapprochement entre les contrats de la commande publique et les aides d'Etat, voir David MOREAU, «Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de service public», *AJDA*, 2002, n°13, pp. 902-907, Albert SANCHEZ GRAELLS, «Public Procurement and State Aid: reopening the Debate?», *Public Procurement Law Review*, avril 2012, pp. 205-2012

⁴⁶³ Voir Ann Lawrence DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire: analyse critique d'un système*, *op. cit.*, p. 363.

⁴⁶⁴ Cette analyse peut aussi être adaptée aux contrats dans lesquels la contrepartie n'est pas un prix payé par la personne publique.

⁴⁶⁵Jens HILLGER, «The Award of a Public Contract as State Aid within the Meaning of Article 87(1) EC », *Public procurement law review*, n°3 2003, p. 109-130. Cité par Ann. Lawrence DURVIAUX, *Ibidem*, p. 366.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

légitimement réfléchir sur la requalification d'un tel marché en aide d'Etat. Mais lorsque le pouvoir adjudicateur ignore que le montant qu'il paye excède la valeur du marché, la caractérisation de l'aide d'Etat devient très difficilement envisageable.

La réalité des besoins qui justifient la commande publique peut aussi aider pour la qualification du contrat en aide. On pourrait dire comme en ce qui concerne le prix, que lorsque l'administration commande des biens, services, travaux alors qu'elle n'en avait pas besoin, elle cherche peut-être à déguiser une aide d'Etat. Mais là aussi, comment déterminer la réalité des besoins? Bien qu'une telle hypothèse soit défendue, il n'existe pas de formule objective pour déterminer les besoins réels de l'entité acheteuse.

Un autre obstacle que peut rencontrer la qualification d'une aide en contrat public réside dans la condition de sélectivité inhérente à l'aide d'Etat et qui s'oppose à l'exigence de mise en concurrence inhérente à la passation des contrats publics. Toutefois, il faut admettre que la sélection n'est pas complètement exclue dans la procédure de mise en concurrence. Elle sera plus ou moins présente selon que l'on est dans une procédure d'appel d'offres ouvert, avec pré-qualification, en deux étapes, restreint, ou d'une procédure d'entente directe.

Le professeur Georges KARYDIS propose, pour vérifier si un contrat de la commande publique est une aide d'Etat, d'utiliser le *«principe de l'opérateur économique privé»* autrement dit d'apprécier le comportement des pouvoirs publics à l'aune du comportement de l'opérateur privé rationnel agissant dans les conditions d'une économie de marché⁴⁶⁷. La comparaison entre les conditions dans lesquelles ont agi les pouvoirs publics et le choix qu'aurait fait, dans des circonstances identiques, un opérateur économique rationnel permettrait de qualifier et de quantifier l'aide d'Etat. Ainsi, lorsque, pour effectuer un achat public, l'administration contractante définit des critères de sélection qui ne prennent pas en compte la capacité financière et technique des

⁴⁶⁷ Georges KARYDIS, «Le principe de l'«opérateur économique privé», critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87-1 du Traité CE», RTDE, 2003, n°3, pp. 389-413

soumissionnaires ou bien l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut y avoir une violation des dispositions régissant la commande publique, et aussi des règles relatives aux aides d'Etat⁴⁶⁸.

Lorsque le pouvoir adjudicateur utilise les critères précités, il peut alors bénéficier d'une présomption non irréfragable de respect du principe de l'opérateur économique privé. Cette présomption n'est pas irréfragable parce que d'autres données telles que la corrélation entre les besoins de l'administration et la quantité des biens ou des services doivent être établies.

Ces différentes analyses montrent que si l'attribution d'un contrat de la commande publique à une entreprise peut bel et bien cacher une aide d'Etat, la preuve d'une telle infraction reste difficile à apporter. Avec ses techniques, le droit de la concurrence permet d'appréhender la relation entre l'administration et son contractant et contraint les parties à respecter la liberté de concurrence.

Le droit de la concurrence secrété par les instances de la CEMAC est un droit communautaire. Il suit le même schéma d'insertion dans les ordres juridiques des Etats membres que le droit de l'UEMOA. Son support est le règlement. Il ressort du traité régissant la CEMAC que le règlement a une portée générale, est obligatoire dans tous ses éléments et est directement applicable dans tous les Etats membres de la communauté. Les caractéristiques du règlement en font un acte qui entraîne «*la substitution radicale de la réglementation communautaire à la réglementation nationale*»⁴⁶⁹.

L'intensité normative du règlement, plus importante que celle de la directive étudiée précédemment, lui garantit une application complète et la préserve de toute

⁴⁶⁸ *Ibidem*. La fonction du « principe de l'opérateur économique privé » est donc de veiller au respect par l'Etat des règles de concurrence et en particulier de celles qui encadrent les aides d'Etat. Appliqué au domaine des marchés publics, ce principe complète les règles de contrôle propre à cette matière.

⁴⁶⁹ Denis SIMON, Le système juridique communautaire, *op. cit.*, p. 318.

modification. Son applicabilité directe lui confère un effet direct⁴⁷⁰. Autrement dit, il crée au profit des ressortissants de la CEMAC des droits et à leur charge des obligations pouvant être invoqués devant les juridictions nationales, à l'expiration du délai d'entrée en vigueur. A travers le choix du règlement pour mettre en œuvre les dispositions relatives à la concurrence, les autorités communautaires ont donné à la législation sur la concurrence, les moyens de son application effective.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

En appliquant le droit communautaire dans leurs ordres juridiques respectifs, les Etats de la CEMAC et de l'UEMOA adoptent des sources qui vont avoir un impact certain sur leurs droits nationaux des contrats administratifs. Le droit communautaire de la concurrence est devenu une source à part entière des législations nationales relatives aux marchés publics. Il fournit aux entreprises soumissionnaires des moyens de droits importants dont l'invocation devant le juge contribue au respect de l'égalité de concurrence dans la passation des marchés publics. Aux administrations, il permet, de suivre une conduite qui empêchera d'enfreindre la concurrence entre les opérateurs économiques et de préserver, par là même, les intérêts de la collectivité. Le droit de la concurrence permet au droit communautaire de pénétrer dans le régime des contrats de la commande publique.

Mais le droit de la concurrence ne peut se substituer au droit des contrats de la commande publique. Bien qu'importants, ses mécanismes ne sont pas suffisants pour combler le vide laissé par l'absence d'un cadre harmonisé de la commande publique.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 321. Voir à propos des difficultés que rencontre l'application du droit communautaires dans les Etats membres de la CEMAC, Joël TCHUINTE, *L'application effective du droit communautaire en Afrique centrale*, Thèse de doctorat, Centre de philosophie juridique et politique, Université de Cergy-Pontoise, 2011, 673 p. Jacques BIPELE KEMFOUEDIO, « Droit communautaire d'Afrique centrale et constitution des Etats membres: la querelle de primauté », *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang*, tome 13, 2009, pp. 109-134.

Cette insuffisance aura des répercussions dans les droits nationaux. Dans le cas du Cameroun en particulier, les pouvoirs publics disposent de ce fait de plus de liberté dans l'élaboration de leurs textes relatifs à la commande publique. Le droit ainsi élaboré bénéficie d'un niveau de conformité, par rapport aux exigences découlant de l'idéologie concurrentielle, plus faible.

Alors qu' travers les directives applicables à la passation, à l'exécution et au contrôle des marchés publics, l'UEMOA a pris toute la mesure de l'importance d'un cadre harmonisé de la commande publique dans un processus d'intégration communautaire. Elle a aussi mieux saisi la nécessité de conformer les droits des contrats de ses Etats membres aux paradigmes actuels qui dominent dans la matière.

Quel que soit leur niveau d'influence, les textes communautaires, les politiques qui les sous-tendent et les dispositions qu'elles contiennent ont fait naître dans le domaine de la commande publique des impératifs que les Etats ne peuvent plus ignorer. Le droit communautaire est devenu une source dont les principes et les normes ont à des degrés différents influencé les autorités nationales et contribué à la refondation des droits nationaux des contrats administratifs.

La renouvellement des critères d'identification des contrats administratifs en constitue une manifestation patente.

TITRE II.
LE RENOUVELLEMENT DES CRITERES D'IDENTIFICATION DES CONTRATS
ADMINISTRATIF

Faisant l'«*Apologie des faiseurs de systèmes*», le Professeur Jean RIVERO expliquait la place essentielle qu'occupent les notions dans un système juridique. Aussi, disait-il, que le juriste, «*qu'il le veuille ou non, (...) n'échappe pas à la notion, parce qu'il est condamné à l'abstraction; [de même], le juge ne peut se refuser à considérer "la chose en soi", car c'est à elle qu'il lui faut se référer, pour en déterminer le statut juridique, la multiplicité des situations que lui propose la vie. Il demeure, même contre son gré, un "faiseur de systèmes"*»⁴⁷¹.

A sa suite, le Professeur Pierre DELVOLLE, expliquera que les notions sont nécessaires en droit et que, particulièrement, pour savoir si s'applique un régime, il faut préalablement connaître la matière, c'est-à-dire la notion à laquelle il s'applique⁴⁷².

On l'aura donc compris, pour une discipline juridique quelle qu'elle soit il est nécessaire d'identifier les notions qui fondent l'application des règles qui la composent. Il n'est possible d'envisager une étude sur le droit des contrats de la commande publique sans identifier au préalable les contrats regroupés dans cette catégorie.

Le droit communautaire africain va avoir une influence déterminante sur la manière de concevoir les notions à la base du droit des contrats de la commande publique. Il faut préciser à ce stade que les textes communautaires de la CEMAC, ne comportent pas de définitions. Ce qui a pour conséquence de laisser aux Etats membres plus de liberté dans les définitions adoptées. Toutefois, le mouvement d'élaboration des contrats de la commande publique dépassant largement les cadres communautaires et nationales, une certaine convergence dans les approches retenues va apparaître. Certes, les notions retenues par les Etats de l'UEMOA suite aux transpositions des directives présentent un caractère plus extensif. Mais, il n'en demeure pas moins qu'au Cameroun, les notions à la base du droit des contrats administratifs connaissent un renouvellement permettant l'émergence d'un droit de la commande publique.

⁴⁷¹ Jean RIVERO, «Apologie pour les faiseurs de système», *Dalloz* 1951, Chronique, p. 102

⁴⁷² Pierre DELVOLLE, «Les contradictions de la délégation de service public», *AJDA*, 1996, n° 9, p. 676.

La réception de la logique communautaire et des influences internationales dans les Etats ne va pas se faire sans heurt. Ce qui ressort alors des textes analysés, c'est que les législateurs nationaux reprennent les notions de leur droit administratif qu'ils renouvellent afin de les rendre «compatibles» avec les exigences communautaires ou internationales. Pour ce faire, sont adoptées des notions nouvelles et des critères nouveaux venus du droit communautaire alors que d'autres sont rejetés.

De la submersion des droits nationaux par les droits communautaires et de l'influence des «standards internationaux» est sorti un droit de la commande publique qui procède à une restructuration des notions classiques du droit des contrats administratifs. Les principaux contrats d'achat public que sont les marchés publics vont être redéfinis. Il en est de même des contrats de gestion déléguée des services publics. Concrètement, les notions classiques sont définies de façon fonctionnelle⁴⁷³ (Chapitre I). Cette démarche déstabilise les classifications classiques du droit des contrats administratifs. Cette déconstruction sera accentuée avec l'apparition des contrats de partenariat public-privé et l'existence au sein des catégories classiques de facteurs déstabilisants (Chapitre II).

⁴⁷³ L'expression «fonctionnelle» se réfère au sens où le doyen Georges VEDEL la définit lorsqu'il théorise le concept de «notion fonctionnelle». Il s'agit selon VEDEL de notions qui *«si on les envisage non au point de vue de leur pûr contenu logique, mais à celui de la fonction qu'elles jouent, on s'aperçoit que leur unité est réelle (...) Elles ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler; mais elles constituent des notions «ouvertes», prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur. (...) Elles répondent plus à une fonction qu'à une notion»*. Georges VEDEL, «De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires)», *JCP G*, 1948, I, n° 682, pt 11.

Dans un second article publié en 1950, Georges Vedel précise le concept de «notion fonctionnelle» en le distinguant des «notions conceptuelles». Il considère que ces dernières *«peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes»* alors que *«les «notions fonctionnelles» au contraire, (...) procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité (...), [ainsi, leur contenu] ne peut être épuisé par une définition»*, Georges VEDEL, «La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative», *JCP G*, 1950, I, n° 851, pt. 4. Pour une analyse critique: Guillaume TUSSEAU, «Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de «notion fonctionnelle», *RFDA*, 2009, pp. 641-656

CHAPITRE I.
L'ADOPTION D'UNE CONCEPTION FONCTIONNELLE DES CONTRATS
ADMINISTRATIFS CLASSIQUES

Dans leur nouvelle rédaction, les textes nationaux relatifs aux marchés publics et aux conventions de gestion déléguée des services publics, confrontent les critères traditionnels de ces contrats administratifs à la conception communautaire. Le droit qu'apporte ces nouveaux textes, influencés par le droit communautaire et le droit international, est un droit des finalités. Les législateurs nationaux ont ainsi revu les critères de qualification de ces contrats dans une perspective fonctionnelle. Une telle approche vise à garantir l'efficacité des procédures du droit de la commande publique.

L'émergence d'un droit de la commande publique a conduit au renouvellement des catégories notionnelles⁴⁷⁴ classiques que sont les marchés publics et les contrats de gestion déléguée des services publics. Aujourd'hui, c'est une conception fonctionnelle des marchés publics (Section I) et des délégations de service public (Section II) qui prévaut dans tous les textes étudiés.

⁴⁷⁴ Hubert-Gérard. HUBRECHT et Fabrice MELLERAY, «L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique, Retour sur les contrats de service public», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.I, pp. 809-823.

SECTION I. UNE CONCEPTION FONCTIONNELLE DES CRITERES D'IDENTIFICATION DES MARCHES PUBLICS

«Le marché public est un contrat écrit, conclu à titre onéreux, par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services». Cette définition du marché public, tirée de la directive n° 04/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA, est également celle qui présente en tous points les caractéristiques communes aux différentes définitions consacrées dans les Codes des Etats membres.

Les rédacteurs du Code des marchés publics de la Côte d'Ivoire la reprennent telle quelle. Les autorités du Burkina Faso précisent que les marchés publics sont des contrats administratifs. La définition consacrée dans le décret portant Code des marchés publics au Sénégal rajoute à celle du droit communautaire, que «les marchés publics sont des contrats administratifs à l'exception de ceux passés par les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire qui demeurent des contrats de droit privé».

En dehors de l'UEMOA, le Code des marchés publics du Cameroun définit les marchés publics, comme étant un «contrat écrit, passé conformément aux dispositions du présent Code, par lequel un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de service s'engage envers l'Etat, une collectivité territoriale décentralisée, un établissement public ou une entreprise du secteur public ou parapublic, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix».

De ces définitions, il est possible d'identifier deux principaux critères qui permettent de saisir la notion de marché public. Le premier est un critère organique qui a évolué en s'élargissant, ce qui témoigne d'une approche fonctionnelle des marchés publics (§I). Le second critère réunit l'objet des marchés publics et leur mode financement. Les deux critères tirés de l'objet et du mode de rémunération du cocontractant de l'entité acheteuse constituent le critère matériel des marchés publics (§II). Il a un «impact décisif»

dans la distinction entre les marchés publics, les contrats de délégation de service public et tout autre contrat de commande publique.

§ 1. L'ECLATEMENT DU CRITERE ORGANIQUE DES MARCHES PUBLICS

Il ressort des textes issus des réformes initiées dans le champ des marchés publics que les législateurs et autorités réglementaires nationaux ont entendu étendre le champ d'application de la réglementation relative à ces contrats. Pour ce faire, il fallait retenir une conception large de la notion de marché public, ce à quoi devait nécessairement participer une définition englobante du critère organique. Le but est d'intégrer dans le champ d'application des nouvelles réglementations tous les contrats financés par les deniers publics ou susceptibles d'engendrer des dépenses publiques, pour reprendre les mots du Professeur Christiane DJE Bi DJE⁴⁷⁵.

Aussi, aux acheteurs traditionnels que sont l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics, sont désormais adjointes de nouvelles autorités contractantes. Pour certaines d'entre elles, il s'agit d'une innovation dans la mesure où elles ne se retrouvaient pas dans les textes qui ont précédé les réformes. Pour d'autres autorités contractantes, leur présence dans les nouveaux textes ne constitue qu'une confirmation de dispositifs antérieurs. Mais, parce cette présence ne relève pas de l'évidence, elles seront classées dans la catégorie des autorités contractantes qui caractérisent l'extension du critère organique des marchés publics. Il s'agit des entreprises publiques et des mandataires des autorités contractantes. L'analyse distinguera donc le critère organique traditionnel (A) des marqueurs de l'extension de ce critère organique (B).

A. LE CRITERE ORGANIQUE TRADITIONNEL INCONTESTE

⁴⁷⁵ DJE BI DJE, Christiane, *Droit des marchés publics en Côte d'Ivoire*, Abidjan, FUPA éditions, 2014, p. 34.

Le droit de l'UEMOA utilise la notion d'autorité contractante pour désigner l'ensemble des entités dont les achats sont des marchés publics soumis aux directives de l'Union. Ces autorités contractantes sont d'abord constituées par l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics.

Ces trois entités constituent un fond commun, le premier cercle des entités assujetties aux réglementations relatives aux marchés publics. Donc, en ce qui les concerne, la directive communautaire est en phase avec les textes nationaux qui l'ont précédée.

Pourtant sous cette apparente homogénéité se cachait une relativité des conceptions d'un Etat à un autre. Et la transposition de la directive communautaire, n'a pas réglé la question dans la mesure où que ce soit dans le texte communautaire ou dans les Codes nationaux, il n'y a pas une définition permettant de caractériser les autorités contractantes. Elles sont juste énumérées.

Ainsi, l'Etat s'entend de l'administration centrale et de l'ensemble des administrations déconcentrées et des organismes non dotés de la personnalité juridique et placés sous son autorité. Si ce premier groupe d'autorité contractante semble homogène, des nuances sont apportées à cette homogénéité.

L'autorité de régulation des marchés publics du Sénégal, dans deux avis différends, a nié la qualité d'autorité contractante à des organismes dotés d'une autonomie de gestion mais dépourvus de la personnalité juridique⁴⁷⁶. Ces avis vont vraisemblablement

⁴⁷⁶ ARMP du Sénégal, AVIS N° 002/13/ARMP/CRD du 08 mai 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de l'Autorité de régulation des télécommunications et des postes (ARTP) demandant l'autorisation de confier à la cellule de passation des marchés et à la commission des marchés de l'ARTP, la conduite des procédures de passation du Fonds de développement du Service Universel des Télécommunications (FDSUT), avis publié sur le site de l'ARMP: http://www.arpmp.sn/images/Avis/Avis_N_002-13_-_ARTP.pdf.

ARMP du Sénégal Avis n° 003/13/ARMP/CRD du 12 juin 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la direction générale de l'enseignement supérieur (DGES) concernant la mise en place d'une commission des marchés en son sein:

à l'encontre de celles figurant dans le Code des marchés publics et font naître une particularité sénégalaise qui place le pays en deçà des exigences communautaires.

Au Sénégal toujours, les missions diplomatiques et consulaires à l'étranger ne sont pas soumises à la réglementation des marchés publics pour les achats effectués à l'étranger⁴⁷⁷. De même les marchés passés par l'Assemblée nationale sont également exclus du Code des marchés publics. Ces exclusions ont soulevé des controverses dans la mesure où tous ces organes sont gestionnaires de deniers publics⁴⁷⁸.

L'argument selon lequel, les actes de gestion des Assemblées parlementaires engagent des dépenses publiques, ne peut être exclu des raisons pour lesquelles, au Burkina Faso, les rédacteurs du décret portant Code des marchés publics ont tenu à préciser que *«l'Assemblée législative et les missions diplomatiques et consulaires du Burkina Faso à l'étranger sont également soumises aux dispositions du présent décret»*⁴⁷⁹.

En Côte d'Ivoire également, les rédacteurs du Code des marchés publics, précisent que les règles et procédures figurant dans le Code des marchés s'appliquent à ceux passés par les institutions, structures ou organes de l'Etat créés par la Constitution, la loi ou le règlement, pour tout ce qui est de leurs dépenses de fonctionnement et d'investissement. Font partie de ces institutions notamment, la Présidence de la

http://www.armp.sn/images/Avis/AVIS_N_003-13-Direction_G%C3%A9n%C3%A9rale_de_l'Enseignement_Sup%C3%A9rieur.pdf

⁴⁷⁷ Art. 3, parag. 4 du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant code des marchés publics au Sénégal. *op. cit.* Cette exclusion existait aussi dans le Code des marchés publics issu du décret abrogé, n° 2011-1048 du 27 juillet 2011 (*J.O.* n° 6604 du 27 Juillet 2011).

⁴⁷⁸ La soumission des marchés des assemblées parlementaires a fait l'objet d'une décision du Conseil d'Etat français qui s'est déclaré compétent pour connaître des contestations portant sur les décisions par lesquelles les services de ces assemblées procèdent à la passation, au nom de l'Etat, de ces contrats qui constituent des contrats administratifs. CE, 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, Req. n° 163328, Recueil Lebon, 1999, p. 41. Catherine BERGEAL, «Le contrôle de la passation des marchés des assemblées parlementaires, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale», *RFDA*, 1999, n° 2, pp. 333-344.

⁴⁷⁹ Art. 5 du Décret n° 2008 - 173 /PRES/PM/MEF portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, *J.O* n° 18 du 1^{er} mai 2008. ; Art. 2, parag. 2.2 du Décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant code des marchés publics en Côte d'Ivoire, *J.O*, n° 47, du jeudi 19 novembre 2009, pp. 709-743.

République, l'Assemblée nationale, le Conseil économique et social ainsi que toute autre institution similaire.

Les collectivités locales ont toujours fait partie du premier cercle des autorités contractantes⁴⁸⁰. Elles sont soumises aux procédures formelles établies dans les Codes nationaux, même si des aménagements peuvent y être apportées en raison soit de leur taille, soit de la faiblesse des ressources locales⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Art. 2, parag. 1-b) du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 (Sénégal), *op. cit.*. Art. 5 du décret n° 2008-173 /PRES/PM/MEF (Burkina Faso) *op. cit.* Art. 2, parag. 2-1 du décret n° 2009-259 (Côte d'Ivoire), *op. cit.*

⁴⁸¹ Il résulte de l'article 79 du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 que « *les marchés passés par les communes dont le budget ne dépasse pas un seuil fixé par arrêté du Ministre chargé des finances, peuvent faire l'objet de procédures allégées, comportant en particulier des formalités de publicité et des cahiers des charges adaptés, dans le respect des principes posés par le présent décret et conformément aux modalités fixées par Arrêté du Ministre chargé des finances* ».

Au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire toutes les autorités contractantes figurant dans le code sont soumises aux mêmes seuils de passation. La Côte d'Ivoire présente néanmoins une particularité en ce sens qu'il n'y a qu'un seuil uniforme 30 millions de FCFA quelque soit l'objet du contrat, qui déclenche l'application des procédures de passation figurant dans le code des marchés publics (Arrêté n°200 MEF/DGBF/DMP du 21 avril 2010 portant approbation des seuils de passation, de validation et d'approbation dans la procédure des marchés publics, Texte publié sur le site de l'ANRMP: <http://anrmp.ci/fr/arretes/117-arrete-nd200-mefdgbfdmp-du-21-avril-2010-portant-fixation-des-seuils-de-passation-de-validation-et-dapprobation-dans-la-procedure-des-marches-publics.html>). Toutefois, le décret portant code des marchés publics consacre un titre spécial (Titre VIII art. 172 à 176. 2) consacré aux collectivités territoriales pour tenir compte des spécificités que peuvent revêtir tant les procédures de passation que de contrôle des marchés publics.

Le Bénin aussi fournit une illustration de la prise en compte des spécificités que peuvent présenter les marchés des collectivités territoriales. Le décret n° 2011-479 du 08 juillet 2011 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics [Texte publié sur le site de l'ARMP du Bénin: <http://www.armp.bj/index.php/reglementations/decrets> ou sur le site de l'UEMOA consacré au Système d'information sur les marchés publics dans les Etats de l'Union: <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/18265822194fa96fec6124.pdf>] établit une distinction entre les seuils applicables aux marchés des collectivités locales et ceux applicables à l'Etat et aux collectivités à statut particulier. Les premiers sont nettement inférieurs. En guise d'exemple, concernant l'Etat, ses marchés de travaux sont soumis aux procédures de passation établies dans le code des marchés publics dès que leur montant hors taxe est supérieur ou égal à 60 millions de FCFA, et 20 millions de FCFA pour les marchés de fournitures et de services. Pour les collectivités territoriales, ces seuils sont ramenés à 15 millions pour les marchés de travaux et 7,5 millions pour les marchés de services et de fournitures.

Les Etats membres de l’UEMOA, soumettent les établissements publics sans distinction, ni par rapport à la nature de leur activité ni par rapport à leur autorité de rattachement, aux règles et procédure des Codes des marchés publics⁴⁸².

Si la soumission des marchés passés par les établissements publics administratifs aux mêmes règles que ceux passés par l’Etat ou les collectivités territoriales ne soulève aucune difficulté, tel n’est cependant pas le cas pour les établissements publics industriels et commerciaux. En effet, on a pu s’interroger sur la conformité aux règles de la concurrence, de la soumission de ces entités aux règles de passation des marchés, alors qu’elles fonctionnent comme des entreprises⁴⁸³. Les rédacteurs des Codes des marchés publics ne portent-ils pas atteinte à liberté du commerce et de l’industrie et à la libre concurrence? Mais le fait est que si l’EPIC est une personne morale exerçant une activité de production et de distribution, c’est-à-dire fonctionnant comme un entreprise, elle bénéficie aussi des prérogatives qui s’attachent à la personnalité morale de droit public comme le fait d’échapper aux saisies et voies d’exécution, de bénéficier de l’immunité d’exécution⁴⁸⁴.

Partant de là, il n’y a pas de raison qu’il soit soustrait aux obligations qui s’imposent à ces entités comme celle de soumettre ses marchés aux règles de publicité et de mise en concurrence du Code des marchés publics. En plus, avant l’arrivée des

⁴⁸² Art. 2, parag.1-c du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 (Sénégal), *op. cit.* Art. 1, parag. 4 du décret n° 2008-173 /PRES/PM/MEF (Burkina Faso) *op. cit.* Art. 2, parag. 2-1 du décret n° 2009-259 (Côte d’Ivoire).

⁴⁸³ Thomas BIDJA NKOTTO, *Les contrats de l’administration au Cameroun*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, 600, p. 130.

⁴⁸⁴ A propos des ambiguïtés que peut soulever la nature de l’activité des EPIC et les prérogatives dont ils bénéficient et qui font qu’ils échappent aux contraintes qui s’appliquent aux sociétés commerciales, on peut voir notamment Filiga Michel SAWADO, «L’immunité d’exécution des personnes morale de droit public dans l’espace OHADA», Actes du Colloque tenu à Yaoundé les 14 et 15 janvier 2008, sur le thème, *L’arbitrage en Afrique: questions d’actualité*, *Revue Camerounaise d’arbitrage*, n° spécial, Fév. 2010 pp. 136-159. Voir aussi Félix ONANA ETOUNDI, «L’immunité d’exécution des personnes morales de droit public et ses applications jurisprudentielles en droit OHADA», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 00, 09 août 2010, *ohadata D-13-55*. On peut noter à titre de droit comparé qu’en France, le code des marchés publics exclut de son champ d’application les EPIC rattachés à l’Etat alors que ceux des collectivités locales y sont soumis. Voir sur cette question François LICHERE, «La définition contemporaine du marché public», *Revue du Droit public*, 1997, n° 6, p. 1756 et s.

directives de l’UEMOA, des textes nationaux, soumettaient les marchés des EPIC aux règles de passation des marchés publics.

La loi sénégalaise du 26 juin 1990⁴⁸⁵, soumettait déjà les contrats des établissements publics industriels et commerciaux à des règles spécifiques pour la passation de leurs marchés. En effet, en stipulant qu’*«à l’exception de leurs contrats à caractère administratif, les établissements publics à caractère industriel et commercial sont soumis, en ce qui concerne leurs contrats, et en général dans leurs rapports avec les tiers, aux règles de droit privé»*, l’article 8 de ce texte établit bien l’existence dans les conventions passées par les EPIC, de contrats qui doivent être soumis à une réglementation spécifique relative aux marchés publics bien que différente, à l’époque, de celle applicable à l’Etat et aux collectivités territoriales.

En Côte d’Ivoire, tant les marchés des établissements publics administratifs nationaux que ceux des établissements publics industriels et commerciaux nationaux étaient déjà soumis aux procédures de passation des marchés publics. La seule différence résidait dans les seuils de passation qui étaient plus élevés pour les EPIC (quarante millions de francs CFA) que pour les EPA (Trente millions de francs CFA)⁴⁸⁶.

Au Burkina Faso, les EPIC, bien qu’étant une catégorie en voie de disparition, du fait de leur transformation progressive en entreprises publiques, dotées de la personnalité morale de droit privé, n’étaient pas exclus du champ organique de la réglementation des marchés publics avant l’arrivée des directives de l’UEMOA⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Loi n° 90-07 du 26 juin 1990 relative à l’organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, *J.O* n° 5358, du 07 juillet 1990, pp. 325-330.

⁴⁸⁶ Arrêté n° 188 MDPMEF/DGBF/DMP du 02 AOUT 2006 portant fixation des seuils de passation, de validation et d’approbation dans la procédure des marchés publics (abrogé), art.3. (Texte disponible sur le site de la Direction des marchés publique relevant du ministère de l’économie et des finances: http://www.dmp.finances.gouv.ci/pdf/arrete_sur_les_seuils_version_finale.pdf).

⁴⁸⁷ La loi n° 025-99/AN du 16 novembre 1999 portant réglementation générale des sociétés à capitaux publics ne traite pas de l’EPIC (*JOBF* du 30 décembre 1999, p. 2898) et la loi n° 39-98/AN du 30 juillet 1998 portant règlement des établissements publics de l’Etat à caractère administratif l’exclut expressément de son

Aussi, on peut dire qu'en étendant le champ d'application de la réglementation des marchés publics aux établissements publics, la réglementation de l'UEMOA ne fait que reprendre ce qui existait déjà dans les Etats membres.

Au Cameroun, selon l'article 5 du décret du 24 septembre 2004⁴⁸⁸, les procédures établies dans le Code s'appliquent aux marchés passés par l'Etat, une collectivité territoriale décentralisée, un établissement public ou une entreprise du secteur public ou parapublic. Lorsqu'on se réfère à la loi du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic, on peut relever d'une part que dans ce texte, la notion d'établissement public ne renvoie qu'à l'établissement public administratif⁴⁸⁹. Il y est défini comme étant *«une personne morale de droit public, dotée de l'autonomie financière et de la personnalité juridique ayant reçu de l'Etat ou d'une collectivité territoriale décentralisée un patrimoine d'affectation, en vue de réaliser une mission d'intérêt général ou d'assurer une obligation de service public»*⁴⁹⁰. L'établissement public industriel et commercial n'apparaît nulle part dans ce texte ni d'ailleurs dans celui qui l'a précédé en l'occurrence l'ordonnance du 17 août 1995⁴⁹¹.

champ d'application. Selon le Professeur SAWADOGO, cette situation pourrait trouver une explication dans le fait que la qualification de personne morale de droit public des EPIC l'emportait sur la nature de leur activité industrielle et commerciale, dans la plupart des Etats de l'OHADA. Aussi, cette situation n'étant plus tenable, les Etats se sont engagés à travers les programmes d'ajustement structurel à transformer leur EPIC en entreprises publiques revêtant la forme d'une personne morale de droit privé. Filiga Michel SAWADOGO, «L'immunité d'exécution des personnes morale de droit public dans l'espace OHADA» *op. cit.*, p. 152.

⁴⁸⁸ Décret n° 2004-275 du 24 septembre 2004, portant code des marchés publics, (texte publié sur le site de l'ARMP: <http://www.armp.cm/directiv.htm>)

⁴⁸⁹ Loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic, (texte publié notamment sur le site de la chambre des comptes de la Cour suprême, consulté le 20/04/2014:

http://www.chambredescomptes.net/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=75

⁴⁹⁰ *Ibidem*, article 2, paragraphe 3.

⁴⁹¹ Jacques BIAKAN, «Les innovations fondamentales de l'ordonnance du 17 août 1995 portant statut général des entreprises du secteur public et parapublic au Cameroun», RJPIC, 1996, n° 2, pp. 191-199.

A côté de ces entités qui ont toujours fait partie des assujettis à la réglementation des marchés, la consécration ou la confirmation dans les nouveaux textes d'autres entités soumises au Code des marchés publics marque une extension du critère organique.

B. LES MARQUEURS DE L'EXTENSION

L'extension du critère organique des contrats administratifs vient du fait que la qualification de marché public est aussi reconnue au contrat passé par des personnes assimilées aux personnes morales de droit public⁴⁹². L'assimilation est alors fondée sur plusieurs critères qui peuvent être relationnel, organique ou matériel. C'est ainsi que les marchés des organismes de droit public (1) des entreprises publiques et des détenteurs de droit exclusif ou spéciaux attribués par la puissance publique (2) et des mandataires et bénéficiaires du concours financier de la puissance publique (3) sont soumis à la réglementation des marchés publics car pour chacune de ces entités, il existe un lien fondé sur un ou plusieurs des critères qui viennent d'être énumérés.

1. L'organisme de droit public

Parmi les personnes morales de droit public visées par la législation communautaire, se trouvent *«les agences et organismes, personnes morales de droit public bénéficiant du concours financier ou de la garantie de l'Etat»*. Aux termes de la directives 04/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA, l'organisme de droit public se définit à partir de trois critères: d'abord c'est un organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Ensuite, il doit être doté de la personnalité juridique. Enfin, soit son activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la

⁴⁹² Jean-François PREVOST, «A la recherche du critère du contrat administratif (La qualité des contractants)», *RDP* 1981, pp. 817-842.

moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public⁴⁹³.

Les Etat membres de l'UEMOA abordent cette notion différemment.

En Côte d'Ivoire le décret portant Code des marchés publics ne fait pas référence à la notion d'organisme de droit public, mais parle simplement de «*personne morale de droit public*» sans autres précisions⁴⁹⁴. Une telle démarche procède d'une approche extensive, car elle permet d'inclure dans le champ d'application de la réglementation des marchés publics tout organe administratif même si, l'organe en question ne réunit pas tous les critères de l'organisme de droit public.

Les rédacteurs du Code des marchés publics du Sénégal, non plus, n'ont pas transposé la notion d'organisme de droit public. Ils font référence aux «*agences ou organismes, personnes morales de droit public ou privé, (...) dont l'activité est financée majoritairement par l'Etat ou une collectivité locale et s'exerce dans le cadre d'activité d'intérêt général*». Non seulement, cette approche n'exclut pas l'organisme de droit public au sens du droit communautaire, mais en plus elle intègre des organismes qui ne rempliraient pas toutes les conditions pour être qualifiés comme tel⁴⁹⁵. En effet, parmi les

⁴⁹³ Art. 1^{er}, directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA, *op. cit.*

⁴⁹⁴ L'Article 2, parag. 2-1 du décret portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire dispose que « les marchés publics sont des contrats écrits conclus à titre onéreux avec une ou des personnes physiques ou morales par l'Etat, les établissements publics, les collectivités territoriales et, plus généralement, par les personnes morales de droit public, les associations formées par une ou plusieurs personnes morales de droit public (...) ». Décret n° 2009-259 *op. cit.*

⁴⁹⁵ ARMP du Sénégal, Avis n° 012/09/ARMP/CRD du 23 septembre 2009 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de l'Agence nationale de promotion touristique (ANPT) sur l'application du code des marchés publics aux marchés relatifs aux opérations conjointes de promotion de la destination Sénégal avec les tours operators. http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=249:avis-nd-01209armpcrd-du-23-septembre-2009&Itemid=253

Application du code des marchés publics aux prestations qui, dans le cadre d'une opération conjointe de promotion du tourisme au Sénégal, ont été payées sur fonds publics.

organismes et agences, ainsi visés, certains peuvent être assimilés à des organismes de droit public.

C'est d'ailleurs pour une démarche identique qu'opte les rédacteurs du Code des marchés publics au Burkina Faso. Ils prévoient, en effet, que les dispositions du Code s'appliquent aux marchés passés par «*les agences et personnes morales assimilées à la qualité d'organisme de droit public (...)*»⁴⁹⁶.

Si la notion d'organisme de droit public n'est pas transposée telle quelle, au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire, les entités assimilables à des organismes de droit public sont soumises à la réglementation des marchés publics⁴⁹⁷.

Les critères de l'organisme de droit public définis dans la directive n° 04/2004 du 9 décembre 2005 posent la question de leur caractère alternatif ou cumulatif. Les instances nationales et communautaires dans la zone UEMAO n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Néanmoins une comparaison peut être faite à partir de la définition de la notion d'organisme de droit public en droit communautaire européen et de l'interprétation qu'en a donné la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière a eu l'occasion de préciser dans l'arrêt *Mannesmann Anlagenbau Austria AG*, que les trois grands critères de la notion d'organisme de droit public sont cumulatifs⁴⁹⁸.

Ce qui peut être retenu en définitive c'est que la notion d'organisme de droit public et surtout ses critères d'identification ont pour finalité de saisir une réalité: le contrôle public sur certaines structures. La notion d'organisme de droit public vise à

⁴⁹⁶ Art. 5 du décret n° 2008 - 173 /PRES/PM/MEF, *op. cit.*

⁴⁹⁷ On peut aussi citer le cas du Mali. Le décret 11 aout 2008 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public au Mali, n'a pas non plus transposé la notion d'organisme de droit public. Toutefois les rédacteurs du code incluent dans la catégorie des autorités contractantes «les agences et organismes, bénéficiant du concours financier ou de la garantie de l'Etat» sans distinguer leur nature publique ou privée. Art. 4, parag. 4-1 du décret n° 08 - 485 / P-RM du 11 aout 2008 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public.

⁴⁹⁸ CJCE, affaire n° C-44/96 du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG*, parag. 21, *Recueil de jurisprudence*, 1998, p. I-00073. Pour plus de précision sur la notion d'organisme de droit public, voir Rozen NOGUELLOU, «Champ d'application organique», *JurisClasseur contrats et marchés publics*, fasc. 40, dernière mise à jour, 25 février 2013. Philippe TERNEYRE, «L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs», *AJDA*, 1996, n°6, pp. 84-91.

englober dans un même concept toutes les entités dotées de la personnalité juridique, contrôlées d'une manière ou d'une autre par les autorités contractantes personnes morales de droit public. Elle permet d'implanter la réglementation, des marchés publics partout où il y a une maîtrise publique de l'opération⁴⁹⁹.

En définitive la législation du Cameroun est la seule dans laquelle on ne retrouve pas la notion d'organisme de droit public. Cela confirme d'une part, l'importance de l'influence qu'exerce le droit communautaire de l'UEMOA sur les droits nationaux. D'autre part il atteste des limites de la réglementation communautaire de la CEMAC relative au droit des contrats. Le dispositif relatif à la concurrence ne permet pas d'envisager tous les aspects et questions que soulève le droit de la commande publique.

L'extension de la notion d'autorité contractante aux entreprises publiques et aux détenteurs de droit exclusif ou spéciaux attribués par la puissance publique a la même finalité.

2. Les entreprises publiques et les détenteurs de droits exclusifs ou spéciaux attribués par la puissance publique

La soumission des sociétés nationales, des sociétés anonymes à participation publique majoritaire et des détenteurs de droits exclusifs ou spéciaux au respect des procédures de passation établies dans le Code des marchés publics, répond à la volonté de soumettre des capitaux en partie ou entièrement publics à l'exigence de bonne gestion des deniers publics⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Expression empruntée aux Professeurs Maurice-André FLAMME et Philippe FLAMME, «Enfin l'Europe des marchés publics», *AJDA*, 1989, n°11, pp. 651-678

⁵⁰⁰ Pour une illustration, ARMP du Sénégal, Avis n° 008/09/ARMP/CRD du 28 mai 2009 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la SONES (Société nationale des eaux du Sénégal) relative à l'application du code des marchés publics à l'acquisition de produits pharmaceutiques au Sénégal,
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=253&Itemid=275

Pour ce qui concerne les sociétés nationales et les sociétés à participation publique majoritaire, la soumission de leurs contrats aux nouvelles réglementations de la commande publique n'a pas soulevé de difficultés particulières. Cela, parce que les textes qui les ont instituées consacraient déjà, d'une part, leur personnalité morale de droit privé et d'autre part, pour certains d'entre eux, la soumission de leurs marchés aux règles de droit public figurant dans les Codes des marchés publics⁵⁰¹. Dans certains cas, avant que ne soient transposés les directives communautaires, les textes nationaux relatifs aux marchés publics incluaient déjà dans leur champ d'application les entreprises du secteur public⁵⁰².

En revanche, pour les entités bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux, les exigences communautaires se sont imposées avec moins d'évidence. Pour celles d'entre elles qui sont des personnes morales de droit privé, la soumission de leurs contrats d'achat aux procédures de passation du Code des marchés publics procède d'une véritable déconstruction des conceptions qui prévalaient jusque-là dans les Etats membres⁵⁰³. L'ambiguïté des situations résultant d'une telle exigence justifie certainement qu'elle n'ait pas été transposée au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire.

Et pourtant, le concessionnaire d'un service public détenteur d'un droit exclusif ou du monopole d'exploitation de l'activité objet du service, n'est en définitive qu'un «*satellite*» des personnes publiques soumises au Code des marchés publics. L'exploitation

⁵⁰¹ Au Sénégal, l'article 8 de la loi n° 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, laissait au pouvoir réglementaire la liberté de définir par décret les procédures encadrant la passation des marchés conclus par les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire. Mais à partir de 2002, les procédures applicables aux marchés de l'Etat, des établissements publics et de ces sociétés ont été unifiées par le décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 portant code des marchés publics (abrogé), *J.O.* n° 6054 du 6 juillet 2002.

⁵⁰² Burkina Faso, Décret n° 2003-269 du 7 mai 2003 portant Réglementation générale des achats publics (abrogé), art. 2, *J.O* spécial n° 01-2003 du 10 juin 2003 et Côte d'Ivoire, Décret n° 2005-110 du 24 février 2005 portant Code des marchés publics (abrogé), art. 1^{er}, parag. 1-1, http://www.cci.ci/pdfs/codes/codes_desmarches.pdf (consulté le 20-04-14)

⁵⁰³ A propos des paradoxes liés à la soumission des contrats passés par les bénéficiaires de droit exclusifs ou spéciaux aux procédures de passation des marchés publics en Europe, voir François LICHÈRE, «L'évolution des concessions en droit communautaire», http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/francois_lichere.pdf (consulté le 20-04-14).

d'un service public par une entreprise privée délégataire, participe à l'accomplissement par le délégant de la mission de service public. Partant de là, la soumission des contrats d'acquisition de biens, de services ou de travaux conclus par le délégataire, au Code des marchés publics, relève de la logique qui anime le droit de la commande publique. Et même, elle pourrait être fondée sur l'existence d'un mandat tacite entre le délégant et le délégataire. Ce qui corrobore l'idée d'une interpénétration entre la délégation de service public et le mandat souligné par le Professeur Jean-Claude DOUENCE⁵⁰⁴.

En dehors de l'UEMOA, le Cameroun aussi offre une approche identique en ce qui concerne l'extension aux personnes morales de droit privé du critère *rationae personae* des marchés publics. Sont principalement concernées les sociétés à capitaux publics majoritaires et les sociétés d'économie mixte (SEM ci-après).

La disparition de l'établissement public industriel et commercial, tantôt évoquée, a été en quelque sorte compensée par la création de la Société à capital public qui est une *«personne morale de droit privé, dotée de l'autonomie financière et d'un capital – actions intégralement détenu par l'Etat, une ou plusieurs collectivités territoriales décentralisées ou une ou plusieurs autres sociétés à capital public, en vue de l'exécution dans l'intérêt général, d'activités présentant un caractère industriel»*.

Quant à la Société d'économie mixte, c'est la loi 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic qui redéfinit la nature juridique de cette entité. Alors que dans l'ordonnance du 17 août 1995, la SEM était une personne morale de droit public, avec le texte de 1999, la SEM est une *«personne morale de droit privé, dotée de l'autonomie financière et d'un capital – actions détenu partiellement d'une part, par l'Etat, les collectivités territoriales décentralisées, ou les sociétés à capital public et d'autre part, par les personnes morales ou physiques de droit privé»*. Ce texte prévoit aussi la soumission des *«sociétés d'économie mixte dans*

⁵⁰⁴ Jean-Claude DOUENCE, «La gestion du service public», in Jacques MOREAU, (sous la dir. de), *Droit public*, Paris, Economica, 1995, tome 2, p. 994.

lesquelles l'actionnariat public est majoritaire (...) aux textes régissant les marchés publics, sous réserve des dérogations prévues par des textes particuliers».

Il apparaît ainsi qu'au Cameroun comme dans les Etats membres de l'UEMOA, les marchés publics sont aussi des contrats passés par des personnes morales de droit privé. Toutefois, l'UEMOA et ses Etats membres vont plus loin dans l'extension du critère organique du marché public. En effet, n'étant soumise à aucune obligation communautaire à ce sujet, les autorités camerounaises, bien qu'elles consentent à la soumission de certaines personnes de droit privé à la réglementation des marchés publics, gardent cette extension dans des proportions très limitées.

En plus des organismes de droit public, des entreprises publiques sont également soumises au Code des marchés publics, les mandataires et les bénéficiaires du concours financier de la puissance publique.

3. Les mandataires des autorités contractantes et les entités privés bénéficiant de financements publics

Reprenant les dispositions de la directive 04/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA, les Etats membres (Guinée Bissau, Mali, Burkina Faso, Niger, Togo, Côte d'Ivoire) ont établi une distinction entre les personnes privées considérées comme des autorités contractantes. Sont distinguées celles qui agissent au nom et pour le compte d'une personne morale de droit public de celles qui bénéficient du concours financier ou de la garantie financière d'une personne morale de droit public autorité contractante.

Aux premières s'appliquent les règles relatives au mandat⁵⁰⁵. La personne morale de droit privé qui est le mandataire agit «*au nom et pour le compte*» de l'autorité

⁵⁰⁵ Les conventions de mandats, in *Contrat et marchés public*, 2004, n° 29, Dossier spécial (voir notamment les articles de: Romain GRANJON, «Le contrat de mandat rattrapé par le droit administratif», pp. 22-24; Yves-René GUILLOU et Lila BENCHIKH, «Comment les contrats de mandat doivent-ils être mis en concurrence?», pp. 25-30; Olivier HACHE, «Le mandat de maîtrise d'ouvrage», pp. 34-36). Manuel GROS, *Droit administratif, L'angle jurisprudentiel*, Paris, L'Harmattan, 2011, 3e éd., p. 173 et s. Andrée

contractante mandante⁵⁰⁶. La soumission des marchés des personnes agissant au nom et pour le compte des autorités contractantes classiques est analysée non pas comme une extension du champ d'application du Code des marchés publics aux personnes privées mais juste comme l'application du critère organique traditionnel du marché public⁵⁰⁷.

En effet, les effets du consentement du mandataire se produisent directement sur la tête de son mandant. Et seule la qualité de ce dernier importe réellement. Ce dernier est

COUDEVYLLE, «La notion de mandat administratif», *AJDA* 1979, n° 9, pp. 7-22. Michel DEGOTTE et Jean-David DREYFUS, «Critères d'identification du mandat en droit administratif, note sous Tribunal des conflits, 23 sept. 2002, Sté Sotrame et Metalform c/ GIE SESAM-Vitale - Requête n° 3300», *RDI* 2003 p. 72-74. Pour une étude complète, voir François LICHÈRE, *Les contrats administratifs entre personnes privées: représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université Montpellier 1, 1998, 513 p. Isabelle POIROT-MAZERES, *La notion de représentation en droit administratif français*, Thèse de doctorat, Université Toulouse 1, 1989, 532 p.

⁵⁰⁶ La doctrine administrative française établit une distinction entre les contrats reconnus comme étant passés «au nom et pour le compte» d'une personne publique de ceux passés juste «pour le compte» d'une personne publique. De l'avis général des auteurs, aux premières s'appliquent les règles du mandat. Quant aux seconds, qui ont reçu consécration avec la jurisprudence Société Entreprise Peyrot, (Tribunal des conflits, 8 juillet 1963), il ne leur est pas reconnu l'effet de représentation. Le tribunal des conflits a jugé dans cette affaire qu'un marché passé par un concessionnaire pour la construction d'une autoroute est un marché conclu pour le compte de l'Etat, autorité concédante. Dès lors, il s'agit d'un marché de travaux publics, soumis aux règles du droit public, que le concessionnaire soit une personne morale de droit public ou une personne morale de droit privé. Cette décision et celles qui l'ont suivie (CE, section, 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, *Recueil Lebon*, 1975, p. 369, Tribunal des conflits, 7 juillet 1975, Commune d'Agde, *Recueil Lebon*, 1975, p. 798) entraînent la compétence de la juridiction administrative pour les contrats conclus pour le compte des personnes morales de droit public. Voir à ce propos, François LLORENS, «Mandat et code des marchés publics» in *Mouvement du droit public: du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits: Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, p. 583 et s. Le tribunal des conflits est cependant revenu sur la jurisprudence Société entreprise Peyrot dans un arrêt du 9 mars 2015, Mme R c/ Société des Autoroutes du Sud de la France, Req. n° 3984. Le juge des conflits a décidé dans cette dernière décision qu'«une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'Etat; que les litiges nés de l'exécution de ce contrat ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire». En statuant ainsi le tribunal des conflits abandonne le mandat implicite résultant d'un faisceau d'indices qui tenait compte des pouvoirs de direction ou de contrôle de l'autorité concédante ainsi que du régime des biens ou des modalités de financement au profit d'une approche tenant compte de l'équilibre général du contrat. C'est cette dernière qui désormais permet d'apprécier si le contrat passé par le concessionnaires lui permet d'exécuter sa propre mission ou s'il l'est pour le compte de l'autorité concédante. Il faut souligner également que le juge des conflits a modulé dans le temps les effets de cette décision qui ne s'appliquera ainsi qu'au contrat conclu à partir de la date de son prononcé. Voir à ce propos: Pascal DEVILLERS, «Jurisprudence Peyrot, une page se tourne», *Contrats et Marchés publics* n° 5, mai 2015, comm. 110. François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, «Feu la jurisprudence Société Entreprise Peyrot», *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2015, repère 4.

⁵⁰⁷ François LICHÈRE «La définition contemporaine du marché public», *op. cit.*, p. 1759.

considéré comme une partie au contrat⁵⁰⁸. C'est la raison pour laquelle, l'on a pu voir dans le mandat une exception à la règle selon laquelle les contrats passés par les personnes privées sont des contrats de droit privé⁵⁰⁹. Pour d'autres auteurs, l'application de la théorie du mandat constitue en réalité une «*fausse exception à la règle selon laquelle deux ou plusieurs personnes privées ne peuvent passer entre elles qu'un contrat de droit privé*»⁵¹⁰.

Dans tous les cas, le mandat fait partie des preuves contraires à la présomption réfragable de la nature privée des contrats conclus entre deux personnes privées⁵¹¹. En droit civil, le mandat ou procuration est un acte par lequel le mandant donne au mandataire le pouvoir d'accomplir, en son nom un ou plusieurs actes⁵¹². En droit des contrats administratifs, le mandat remplit la même fonction, et dans les Etats de l'UEMOA comme au Cameroun d'ailleurs, il a pour effet de soumettre les contrats conclus par le mandataire aux Codes des marchés publics.

Est-ce que l'existence d'un mandat même tacite entre une autorité contractante personne morale de droit public et une personne privée suffit à justifier l'application des dispositions de la réglementation des marchés publics aux contrats passés par cette dernière? L'efficacité de la réglementation des marchés publics voudrait qu'aucune distinction ne soit faite entre le mandat tacite et le mandat exprès. La difficulté va résider dans l'identification du mandat tacite.

Mais pour ce faire, les autorités de contrôle peuvent se fonder sur la méthode du juge administratif français qui utilise «*un faisceau d'indices*» afin d'identifier l'existence

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

⁵⁰⁹ Règle confirmée par Tribunal des conflits, 3 mars 1969, Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés, *Recueil Lebon*, 1969, p. 682. Concl. Jean KAHN, *AJDA*, 1969, p. 697

⁵¹⁰ Jean-François PREVOST, *op. cit.*, p. 823.

⁵¹¹ Yves BRARD, «Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privées», *JCP* 1981, I, 3032, François LICHERE, «L'évolution du critère organique du contrat administratif», *RFDA*, 2002, n°2, pp. 341-251

⁵¹² Art. 457 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal et art. 1984 du Code civil du Burkina Faso.

d'une représentation constitutive d'un mandat implicite⁵¹³. La juridiction administrative a ainsi considéré qu'un régisseur intéressé peut être considéré comme le mandataire de l'autorité délégante⁵¹⁴.

Néanmoins les régisseurs intéressés ne sont pas les seuls délégataires pouvant bénéficier de la présomption de mandataire tacite. Les concessionnaires comme les fermiers peuvent aussi bénéficier de cette qualité⁵¹⁵.

Quant au mandat exprès, dans le domaine des marchés publics, la maîtrise d'ouvrage public déléguée en est l'exemple typique⁵¹⁶. Le maître d'ouvrage délégué est aux termes de l'article 1^{er} du Code des marchés publics du Burkina Faso, «*la personne morale de droit public ou de droit privé qui est le représentant du maître d'ouvrage dans l'exécution de ses missions et qui reçoit, à cet effet, mandat dans le cadre d'une convention de maîtrise d'ouvrage déléguée (...)*»⁵¹⁷.

⁵¹³ Eric DELACOUR, «Les contrats publics des personnes privées en droit français», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.I, p. 642.

⁵¹⁴ CE, 19 janvier 1912 Marc et Béranger, *Recueil Lebon* 1912, p. 75. CE, 10 novembre 1967, Nadejine et Pisani, *AJDA* 1968, II, p.307. Voir aussi Eric DELACOUR, *La notion de convention de délégation de service public. Essai de définition d'une nouvelle catégorie de contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université Paris II, 1997, 2 vol., p. 262.

⁵¹⁵ Pour le Professeur LLORENS, cependant, le débat reste ouvert concernant la qualité de mandataire du régisseur dans la mesure où d'abord, l'autonomie de gestion dont bénéficie le régisseur varie en pratique, et le niveau de risque assumé par celui-ci peut être élevé à un point tel que tomberaient tous les arguments qui assimilent le contrat de régie à un mandat. Ensuite, d'un autre côté, une doctrine autorisée soutient que la qualification de marché public et de DSP n'est pas incompatible avec l'existence d'un mandat (Voir en ce sens Catherine BERGEAL, «Conclusions sur CE, 7 avril 1999, Commune de Guilhaum-Granges», *AJDA*, 1999, p. 517- 520. Jean Bernard AUBY et Christine MAUGÜE «Les contrats de délégation de service public», *JCP. G* 199, n° 9, pp. 115-124) Enfin, la jurisprudence qui aurait pu servir d'arbitre entre ces deux positions ne s'est pas encore clairement prononcée sur l'effet de représentation qui s'attacherait à la régie. Pour plus de développement voir François LLORENS «Mandat et code des marchés publics», *op. cit.*, p. 585 et s.

⁵¹⁶ François LLORENS, «La mission de maîtrise d'ouvrage délégué», *Revue de droit immobilier*, 1996, n° 4, pp. 463- 482.

⁵¹⁷ Art. 1^{er}, parag. 20 du décret n° 2008/173, *op. cit.* L'article 31 du décret portant Code des marchés publics au Sénégal fait également ressortir le rapport de mandataire à mandat existant entre l'autorité contractante au sens du code des marchés public et le maître d'ouvrage délégué. Il en est de même à l'article 37 du décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire. Aux termes du décret du 24 septembre 2004, portant code des marchés publics au Cameroun, le maître d'ouvrage délégué est la «personne exerçant en qualité de mandataire du maître d'ouvrage, une partie des attributions de ce dernier. Il

Considérés comme des marchés de prestations intellectuelles, les conventions de maîtrise d’ouvrage délégué sont pour leur passation, soumises aux procédures de publicité et de mise en concurrence figurant dans la réglementation des marchés publics.⁵¹⁸ On peut ainsi lire à l’article 31 du décret du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics au Sénégal que *«les règles de passation des marchés utilisées par le mandataire de l'autorité contractante dénommé maître d'ouvrage délégué sont celles qui s'appliquent à l'autorité contractante, sous réserve des adaptations nécessaires pour tenir compte de l'intervention du maître d'ouvrage délégué»*.

Le mandat dans le domaine des marchés publics pose aussi la question de l’étendue des dispositions des Codes nationaux des marchés publics applicables aux marchés des mandataires⁵¹⁹.

Avant, l’adoption du décret n° 2012/075 du 8 mars 2012 portant organisation du ministère des Marchés publics, la législation du Cameroun se démarquait de celle des autres Etats par l’assimilation faite entre le maître d’ouvrage et le maître d’ouvrage délégué. Ce dernier bénéficiait des mêmes attributs pour la passation et l’exécution des marchés et était soumis aux mêmes contrôles que le maître d’ouvrage⁵²⁰. Aujourd’hui,

s'agit du Gouverneur de province et du Préfet de département, du chef d'une mission diplomatique du Cameroun à l'étranger, habilités à passer et à signer les marchés financés sur crédits délégués par un Maître d'Ouvrage, et le cas échéant, du chef d'un projet bénéficiant d'un financement extérieur».

⁵¹⁸ L’article 65 du décret n° 2008-173 portant Code des marchés publics aux Burkina Faso dispose à cet égard que «les dispositions des articles 58 à 61 du présent décret relatives à l’appel d’offres sont applicables à l’ensemble des marchés conclus dans le cadre de la maîtrise d’ouvrage publique déléguée. Les procédures d’attribution de ces marchés doivent permettre d’assurer leur mise en concurrence effective».

⁵¹⁹ François LLORENS, «Mandat et code des marchés publics», *op. cit.*, p. 562 et s.

⁵²⁰ En guise d’exemple, l’article 111 du Code des marchés publics leur attribuait des compétences identiques dans l’initiation et la conduite de la passation des marchés publics. Aussi le maître d’ouvrage délégué pouvait au même titre que le maître d’ouvrage élaborer le plan de passation des marchés; s’assurer de la disponibilité du financement et de celle du site du projet avant de saisir la commission des marchés compétente; préparer les projets de dossiers d’appel d’offres et de demande de cotation et les soumettre à la commission des marchés compétente; lancer les appels d’offres; recevoir les offres et les transmettre à la Commission de Passation des Marchés; attribuer, publier les résultats, signer et notifier les marchés sans limitation de seuil. En outre, il devait suivre l’exécution physico-financière des marchés et les résilier, le cas échéant.

c'est le ministère des marchés publics qui monopolise l'essentiel de ces pouvoirs, surtout pour les marchés d'un montant élevé. Il n'en demeure pas moins que les prérogatives qui restent au maître d'ouvrage, sont les mêmes dont bénéficie le maître d'ouvrage délégué.

Au Burkina Faso, les dispositions du Code des marchés publics qui définissent la délégation de maîtrise d'ouvrage sont précisées par le décret n° 2008-374/PRES/PM/MEF du 2 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée⁵²¹. Il résulte de ce texte que le maître d'ouvrage public délégué est soumis au respect des principes qui fondent la réglementation des marchés publics⁵²².

Les manuels de procédures des maîtres d'ouvrage délégués doivent faire l'objet d'une approbation par la Direction générale des marchés publics⁵²³. La seule exception à la réglementation des marchés publics admise en faveur du maître d'ouvrage délégué concerne la procédure de sélection de ses contractants. Alors que les procédures de passation des marchés des autorités contractantes sont soumises dans certaines hypothèses à un contrôle *a priori*, celles organisées par le maître d'ouvrage délégué ne sont sujet qu'à un contrôle *a posteriori*⁵²⁴.

Le rédacteur des Codes des marchés publics du Sénégal et de la Côte d'Ivoire, traite directement du régime des marchés passés par le maître d'ouvrage délégué. A ce dernier s'applique les règles de passation régissant les marchés de l'autorité contractante mandante.

Il apparaît ainsi qu'en ce qui concerne les règles de fond qui s'appliquent aux marchés du mandataire, la priorité dans leur définition est donnée aux règles garantissant la transparence dans le choix du cocontractant. Ce qui compte c'est que le mandataire

⁵²¹ Texte disponible sur le site de la Direction générale des marchés publics (consulté le 21-04-14) <http://www.dcmp.bf/SiteDcmp/textes/decrets/maitrise-ouvrage.pdf>

⁵²² *Ibidem*, art. 18.

⁵²³ *Ibidem*, art. 19.

⁵²⁴ *Ibidem*.

applique les mêmes règles de passation que le mandant. Ce qui compte, c'est que le recours au mandat ne permette pas aux autorités contractantes de contourner les obligations que leur impose la réglementation des marchés publics. Cette démarche est conforme au schéma auquel obéit la réglementation des marchés publics à savoir la concentration de toutes les attentions au niveau des procédures de passation des marchés. Cela étant dit, cette attitude semble être la seule permettant de garantir un effet utile au droit de la commande publique.

La deuxième catégorie de personnes privées dont les marchés sont des marchés publics au sens des Codes nationaux sont les entités privées bénéficiant du concours financier ou de la garantie financière de la puissance publique. Leur soumission aux procédures de passation des marchés est une parfaite illustration de la prédominance du critère de l'origine financière des ressources qui servent au financement du marché. Un parallèle peut être établi ici avec la soumission des marchés financés par les bailleurs aux règles et procédures de passation qu'ils ont eux-mêmes édictées. Notons cependant que certains Etats de l'UEMOA n'ont pas transposé les dispositions de la directive 04/2005 du 9 décembre 2005 qui imposent que les marchés passés par une personne privée bénéficiant du soutien financier ou de la garantie financière d'une autorité contractante, soient soumis aux procédures de passation qui s'appliquent aux marchés de cette autorité. Cette exigence est reprise dans le Code de la Côte d'Ivoire et du Burkina Faso. Le texte du Sénégal l'exclut. Il peut aussi être cité l'exemple des textes du Bénin qui n'y font pas référence.⁵²⁵.

De l'organisme de droit public au titulaire de droits exclusifs, en passant par le mandataire, on voit que la volonté du législateur communautaire de l'UEMOA d'étendre autant que possible le champ d'application de la réglementation des marchés publics est implacable. Ce qui compte pour lui, c'est le lien avec les personnes publiques et surtout le

⁵²⁵ Art. 2 (2-b), loi n° 2009-02 du 7 août 2009, *op. cit.* Le législateur béninois admet le principe pour les sociétés d'économie mixte mais l'exclut pour les autres personnes morales de droit privé.

lien avec les deniers publics⁵²⁶. La logique communautaire est purement fonctionnelle. Les achats effectués avec l'argent public doivent d'une part participer à la construction et à la consolidation du marché commun. D'autre part les achats effectués avec l'argent public doivent se faire dans le cadre d'une saine gestion des ressources publiques.

Les Etats membres de l'UEMOA ont transposé la directive communautaire tout en essayant de ne pas renier entièrement leur conception traditionnelle de l'autorité contractante. Mais force est de constater l'influence du droit communautaire reste importante dans les textes, pour ce qui est du champ organique des marchés publics.

Dans un Etat comme le Cameroun, malgré l'inexistence de définitions communautaires, il existe néanmoins une tendance à l'extension du champ d'application de la réglementation. L'exigence de conformer les règles nationales aux «standards internationaux» ne peut pas être exclue des facteurs concourant à cette convergence des évolutions.

Mais, si les sources externes semblent avoir gagné la bataille des critères de définition des contrats de la commande publique, cela ne reste effectif que dans les textes. Dans la pratique la logique communautaire n'est pas entièrement intégrée. En atteste la décision du Comité de règlement des différends (CRD ci- après) de l'ARMP du Burkina Faso 27 mars 2012. Un soumissionnaire évincé demandait l'annulation de la décision par laquelle une autorité contractante a attribué un marché à une entreprise qui n'avait contracté qu'avec des entreprises privées et donc ne remplissaient pas la condition de conclusion de deux marchés similaires figurant dans le dossier d'appel d'offres. Le CRD adopta une conception bien particulière de la notion d'autorité contractante. Il considéra que les marchés similaires auxquels fait référence le dossier d'appel d'offres dans cette procédure *«doivent être conclus avec une personne publique au sens de l'article 1^{er} du décret»* portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service

⁵²⁶ Michel GUIBAL, «Commentaire de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence», AJDA 1991, n°4, pp. 296-321.

public «qui mentionne que les marchés publics sont des contrats administratifs écrits conclus à titre onéreux par une autorité contractante»⁵²⁷.

Ainsi, pour le CRD les autorités au sens du Code des marchés publics sont nécessairement des personnes morales de droit public. Alors que les articles 5 et 6 du décret qui définissent les autorités contractantes soumises au Code mentionnent aussi bien les personnes morales de droit public que les personnes morales de droit privé⁵²⁸.

Après le critère organique, le critère matériel de la notion de marché public a aussi connu une définition extensive.

§ 2. LA PLACE PREPONDERANTE DES CRITERES MATERIELS DU CONTRAT

Le droit des contrats administratifs en Afrique subsaharienne est, plus que jamais, pris entre un mouvement de diversification des familles de contrat et un mouvement de diversification des types de contrats au sein de chaque famille; ce qui appelle l'application de procédures contractuelles distinctes pour chaque type de contrats. Ce double mouvement est alors décrit comme un phénomène de spécialisation du droit des contrats administratifs⁵²⁹.

⁵²⁷ Décision n° 2012-177/ARMP/CRD du 27 mars 2012 sur recours de l'entreprise Cercle de sécurité contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert à ordres de commande n°2011-003/MS/SG/HNBC pour la concession du service de gardiennage et la sécurité incendie des locaux, financement budget de l'hôpital national Blaise Compaoré (HNBC), gestion 2012.

http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MARS_2012/CONTESTATION/decision_177_armp_crd_27_03_2012.pdf

⁵²⁸ Dans tous les cas, le résultat aurait été le même car les contrats présentés par l'attributaire comme étant des marchés similaires au contrat qui venait de lui être attribué, sont en réalité des contrats de droit privé, passés par deux personnes morales de droit privé dont aucune ne remplit les critères de qualification d'une autorité contracte au sens du code des marchés publics. Mais pour enlever toute ambiguïté il aurait été judicieux de mentionner que l'autorité contractante au sens du code peut aussi être une personne morale de droit privé.

⁵²⁹ François BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, 2002, 2 vol., vol. 2.

Face à ce phénomène, s'est développée une approche consistant à faire de l'objet des contrats, l'élément essentiel de leur définition et de leur distinction. Ce qui au fond n'a rien de nouveau, car les privatistes se sont, depuis très longtemps, lancés dans un travail d'ordonnancement des contrats spéciaux qui fonde leur critère principal de distinction sur leur objet.

Pour les civilistes, «*l'obligation caractéristique*»⁵³⁰, «*l'obligation fondamentale ou essentielle*»⁵³¹ des contrats, autrement dit leur objet, demeure le critère juridique le plus sûr permettant de les identifier et de les regrouper⁵³². L'objet est alors considéré comme «*la prestation à propos de laquelle se noue l'accord de volontés, la prestation en l'absence de laquelle les parties n'auraient pas songé conclure le contrat et qui absorbe l'utilité économique du contrat*»⁵³³.

En accord avec cette approche, le Professeur Yves GAUDEMET, estime, qu'il est naturel de s'inspirer des méthodes et des écrits privatistes en prenant l'objet des contrats administratifs comme critère principal de distinction des catégories qu'établira la réflexion sur les contrats spéciaux⁵³⁴. A son tour, le Professeur Alain-Serge MESCHERIAKOFF, en fait «*l'élément fondamental*»⁵³⁵ permettant de classer un contrat dans une des catégories du droit des contrats administratifs. Il apparaît ainsi que l'objet est ce qui fait le contrat, il conditionne son existence.

⁵³⁰ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, et GAUTIER et Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 6e 2012, p.11, n° 12.

⁵³¹ François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 2011, p. 31, n° 28.

⁵³² *Ibidem*.

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ Yves GAUDEMET, «Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français», in *Nonagesimo anno: mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 626 et s. Voir aussi, Rolland DRAGO, «Paradoxes sur les contrats administratifs», *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 151-162

⁵³⁵ Alain-Serge MESCHERIAKOFF, «La nouvelles délégation de service public, *Revue Générale des Collectivités Territoriales*, 2002, n° 23, p. 230.

L'utilité de l'objet pour appréhender des contrats se remarque aussi au niveau des textes internationaux. Face à la nécessité d'appréhender toutes les pratiques contractuelles considérées comme étant des marchés publics, les législations internationales définissent les marchés soumis au régime qu'elles édictent à partir de leur objet. On peut citer l'exemple de l'accord de partenariat de Cotonou, qui en faisant abstraction de toute considération organique, définit les marchés publics comme étant des *«contrats à titre onéreux conclus par écrit en vue d'obtenir, contre le paiement d'un prix, la fourniture de biens mobiliers, l'exécution de travaux ou la prestation de services»*.

Les nouvelles réglementations des marchés publics donnent à l'objet du contrat une place centrale et définissent son contenu de façon large (A). Le second critère matériel des marchés publics à savoir le mode de rémunération du cocontractant, est aussi entendu dans un sens extensif (B).

A. UNE CONCEPTION EXTENSIVE DES PRESTATIONS OBJET DU MARCHE

Les marchés publics sont définis comme étant des contrats par lesquels une autorité contractante se procure des travaux, des fournitures et des services. En effet, comme il a été relevé, *«toute prestation s'inscrit donc, en matière de commande publique, dans l'une de ces trois familles même s'il est certain que cela n'implique pas nécessairement qu'un marché ne porte que sur l'une de ces prestations»*⁵³⁶. En d'autres termes, il existe des marchés publics «mixtes» dont la caractéristique est que leur objet peut porter sur deux ou trois types de prestations.

⁵³⁶ «Variation autour de la notion de prestations de travaux en droit des marchés publics. De la chrysalide au papillon...», Contrats et Marchés publics 2003, n° 3, Chron. p. 4.

Ces trois familles de prestations sont au cœur de la notion de marchés publics et permettent de distinguer cette catégorie de contrat des autres contrats administratifs et en particulier de la délégation de service public⁵³⁷.

1. Les marchés publics de fournitures

Les fournitures au sens des textes régissant les marchés publics doivent être entendues comme recouvrant tous les biens, toutes les marchandises pouvant faire l'objet d'une transaction commerciale. La notion de fournitures comme objet du marché fait l'objet d'une approche différenciée selon les pays.

La définition consacrée par la directive de l'UEMOA, reprise dans le Code du Burkina Faso et, dans des termes quasi identiques, dans le décret portant Code des marchés publics au Sénégal⁵³⁸, montre que l'approche englobante est privilégiée. Constitue un marché de fournitures au sens de ces textes, celui qui *«a pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat de biens de toute nature y compris des matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse, ainsi que les services accessoires à la fourniture de ces biens»*⁵³⁹.

Il en ressort que les fournitures sont des biens meubles et qu'ils peuvent consister soit en des fournitures courantes, soit en des fournitures non courantes, c'est-à-dire des

⁵³⁷ Sur le plan des procédures, l'identification des prestations est aussi un élément important dans la mesure où, dans certaines législations les seuils de publicité et de procédures sont différents en fonction de la nature des prestations.

⁵³⁸ Art. 4, parag. 19 du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.* définit les fournitures comme étant des *«biens mobiliers de toutes sortes y compris des matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse et l'électricité, y compris également les biens acquis par crédit-bail ou location-vente et les services accessoires à la fourniture des biens, si la valeur de ces derniers services ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes»*

⁵³⁹ Art. 1^{er}, directive n° 04/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMAO *op. cit.* ; Art. 1^{er}, parag. 25 du décret n° 2008-173 /PRES/PM/MEF portant Code des marchés publics et des DSP au Burkina Faso, *op. cit.* L'art. 4, parag. 19 du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 du Sénégal est plus extensif en ce sens qu'il y ajoute les moyens d'acquisition des fournitures. Aux termes de cette disposition sont des fournitures les *«biens mobiliers de toutes sortes y compris des matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse et l'électricité, y compris également les biens acquis par crédit-bail ou location-vente et les services accessoires à la fourniture des biens, si la valeur de ces derniers services ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes»*.

produits ou matériels élaborés par le fournisseur. Les marchés de fournitures non courantes sont aussi appelés marchés industriels.

La conception extensive de la définition des marchés fournitures se remarque aussi à la définition des modes d'acquisition. Les autorités contractantes peuvent se procurer des fournitures selon des modalités différentes de l'achat en l'occurrence, à travers le crédit bail, la location, la location vente. Une telle approche, étend la notion de marché de fournitures car soumet les contrats dont l'objet est d'acquérir des fournitures selon des modalités différentes de l'achat public à la réglementation régissant ces marchés.

Néanmoins, l'extension a des limites rappelées récemment par le Comité de règlement des différends de l'ARMP du Sénégal saisi pour avis sur la nature d'une convention. La question qui lui était posée était de savoir si un contrat passé entre l'Etat du Sénégal et la société de droit chinois China Machinery Company, pour l'achat de 800 gros porteurs au nom et pour le compte du syndicat des transporteurs sénégalais était un marché public. Pour passer ce contrat, l'Etat du Sénégal a contracté auprès de la Chine et à son propre nom, un prêt pour une durée de 20 ans assortis d'une période de grâce de 5 ans. Le but était de faire bénéficier le syndicat des transporteurs d'un prêt à taux concessionnel de 2%. Devant le CRD, le Ministre des infrastructures explique qu'une institution bancaire telle que la Banque Nationale de Développement Economique pourrait intervenir pour organiser et garantir les conditions d'octroi et de remboursements des prêts qui seront contractés par les transporteurs sénégalais, selon leur besoin.

Pour analyser la nature du contrat en cause, le CRD dissocie l'opération d'emprunt de l'opération d'achat. Il considère d'une part que l'achat des gros porteurs est effectué au nom et pour le compte des opérateurs privés que sont les transporteurs et qu'ils ont eux même défini les besoins et les caractéristiques techniques des fournitures. Partant de là, le contrat ne remplit par la caractéristique de contrat conclut pour répondre aux besoins de l'autorité contractante en matière de fournitures. Or cette exigence est nécessaire à la qualification de marché public selon l'article 4-21 du Code des marchés

publics du 27 juillet 2011 (abrogé). D'autre part, le CRD constate que le prêt contracté par l'Etat sera remboursé par les transporteurs auprès de l'institution financière qui aura mis à leur disposition les sommes empruntées par l'Etat. Au vu de ces considérations, il conclut que le contrat d'achat de gros porteurs par l'Etat auprès de l'entreprise chinoise China Machinery Company n'est pas un marché public. L'Etat a agi en tant que mandataire, dès lors, le contrat doit être passé conformément aux règles applicables aux mandants que sont les transporteurs.

En excluant la qualification de marché public pour un contrat dans lequel ni les fournitures n'étaient destinées à la personne publique qui a passé la commande, ni le prix directement payé par elle, le CRD est resté fidèle à la conception classique du marché public. Mais surtout, il a procédé à une application conforme au Code des marchés et à la finalité du droit des marchés publics. En effet, qualifier un tel contrat de marché public c'est réduire le droit des marchés publics à un corps de règles dont le but est de protéger les entreprises en organisant et en garantissant la concurrence entre elles, autrement dit réduire le droit des contrats à un droit de l'offre. Alors que le droit des marchés est aussi un droit qui doit protéger les deniers publics, c'est à dire la demande⁵⁴⁰. Cet objectif est essentiel en particulier dans les Etats Africains. Et dans ce cas ci, il n'était point question de deniers publics.

En Côte d'Ivoire, c'est dans le Cahiers des clauses administratives générales que sont définies les prestations considérées comme des fournitures. Le législateur ivoirien définit les fournitures à partir de la prestation livrée autrement dit il n'intègre pas les modalités par lesquels les autorités contractantes se les procurent. Ainsi, sont des fournitures selon la réglementation ivoirienne tous les produits, matières premières, machines et matériels et/ou tous autres matériaux que le cocontractant est tenu de livrer à

⁵⁴⁰ Voir François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, «Les dérives de la notion de marché public», *Contrats et marchés publics* n° 12, décembre 2012, repère 11.

l'autorité contractante en exécution du marché⁵⁴¹. Par cette définition, le Code a voulu englober dans la définition des fournitures, une large palette de prestations. Mais le législateur ne va pas aussi loin que la directive communautaire pour ce qui concerne les modalités selon lesquelles l'autorité contractante commande ces fournitures.

Notons que dans la définition des fournitures objet du marché, l'autorité contractante doit aussi prendre en compte les services connexes qui, selon le CCAG applicables aux marchés de fournitures en Côte d'Ivoire, constituent *«les services afférents à la fourniture des biens, tels que l'assurance, l'installation, la formation et la maintenance initiale, ainsi que toute obligation analogue du Titulaire dans le cadre du marché»*. L'enjeu principal, conformément à la logique qui anime le droit de la commande publique, tient à la détermination du montant du marché et par ricochet, du seuil de publicité et du seuil de procédure. Mais il y a un enjeu secondaire qui tient à la définition de la nature du contrat. Si le montant des services connexes est plus important que celui de la prestation principale, l'objet du marché doit être requalifié.

La notion de fourniture au sens de la législation camerounaise est également très extensive car elle n'est pas véritablement définie. Selon l'arrêté établissant les Cahiers de clauses administratives générales, le terme fourniture doit s'entendre de l'ensemble *«des éléments que le fournisseur est tenu de livrer au Maître d'Ouvrage, y compris, si nécessaire, des services tels que transport sur site, montage, tests, mise en service, expertise, supervision, entretien, réparation, formation et toute autre obligation se rapportant aux éléments à fournir au titre du marché»*⁵⁴². Paradoxalement, le texte ne dit pas ce qu'il faut entendre par «fourniture» mais donne le détail des services connexes pouvant accompagner leur livraison.

⁵⁴¹ Autorité nationale de régulation des marchés publics, Dossier type d'appel d'offres, Passation des marchés de fournitures et services connexes, p.4. (Consulté le 28-04-2014, <http://anrmp.ci/fr/textes/dossiers-type.html>).

⁵⁴² Arrêté n° 033/CAB/PM du 13 février 2007 mettant en vigueur les Cahiers des Clauses Administratives Générales applicables aux Marchés Publics, Annexe 2, art. 2.

L'on ne peut s'empêcher de voir dans le silence des autorités camerounaises sur la définition des fournitures, une volonté de ne pas restreindre son champ.

La logique d'une définition extensive des fournitures anime aussi la définition des prestations de service.

2. Les marchés publics de services

Dans la législation camerounaise, constituent des marchés de services, ceux ayant pour objet le conseil, les réformes institutionnelles, la gestion, la maîtrise d'œuvre, les audits, les services d'ingénierie, le contrôle, la formation, les services financiers, l'assurance, les enquêtes et toute autre prestation à caractère intellectuel passés par ou pour le compte d'une autorité contractante⁵⁴³. La question qu'on se pose d'emblée est de savoir si cette liste est limitative ou non. Une réponse négative s'impose, car ce qui caractérise les marchés de services est la diversification de leur objet au point qu'ils se démarquent de plus en plus nettement des autres types de marchés.

Au Cameroun, l'arrêté n° 3430 du 13 octobre 1959 mettant en vigueur le CCAG applicable aux marchés de travaux publics, de fournitures et de services passés au nom de l'État et des Établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce soumettait les marchés de services et de fournitures au même régime. L'édiction d'un cahier des clauses administratives générales propre aux marchés de service et de prestations intellectuelles témoigne de l'autonomie gagnée par cette catégorie de prestations.

Dans la zone UEMOA, l'impossibilité de saisir toutes les prestations susceptibles d'être qualifiées de services a conduit à une approche négative de la notion. Aussi, dans les Codes des marchés publics du Sénégal et du Burkina Faso, comme dans la directive

⁵⁴³ *Ibidem*, Annexe 3: Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de services et de prestations intellectuelles, art. 1^{er}. <http://www.armp.cm/ccag11.htm> (consulté le 28-04-14)

communautaire, le marché de service est celui qui n'est ni un marché de travaux ni un marché de fournitures⁵⁴⁴. Il peut porter tant sur des prestations matérielles, qualifiées également de service courants que sur des prestations intellectuelles. Les prestations susceptibles d'être qualifiées de services au sens de la réglementation des marchés publics sont tellement diverses que l'on a qualifié la catégorie des services d' «*un véritable fourre-tout*».

Quelques exemples de marchés de service sont fournis dans le manuel des procédures édité en application du Code des marchés publics issu du décret du 25 avril 2007 au Sénégal⁵⁴⁵. Ainsi lorsque l'autorité contractante passe un contrat dont l'objet est l'entretien et la réparation, ou le transport, ou le nettoyage et la gestion de bâtiments, ou la publication et l'impression, ou encore la publicité, le traitement informatique, ce contrat est un marché de service⁵⁴⁶. Le marché de service peut aussi porter sur une prestation immatérielle autrement dit, la prestation prédominante peut ne pas être physiquement quantifiable. On parle alors de marché de prestations intellectuelles. Dans ce type de marché, «*c'est le savoir-faire du candidat qui est primordial pour sa réalisation*». La prestation intellectuelle peut consister en la réalisation d'études, de travaux de recherche, de conseils, de prestations d'ingénierie ou d'assistance.

La catégorie des marchés de services est à la fois extensive et très évolutive. L'évolution peut se traduire par l'inclusion ou l'exclusion de certaines prestations de services de la réglementation des marchés publics. En guise d'exemple le décret du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics au Sénégal avait été modifié en 2012 pour exclure les contrats portant sur la commande de services de conseil juridique et de conseil

⁵⁴⁴ Sénégal: Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, art 4, (parag. 32); Burkina Faso, décret n° 2008-173, art. 1^{er} parag. 26. Les marchés publics de service ne font pas l'objet d'une définition ni dans le code des marchés publics ni dans le CCAG relatif au marchés de service en Côte d'Ivoire.

⁵⁴⁵ MINISTRE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, *Projet de manuel de procédures du Code des Marchés publics*, <http://www.marchespublics.sn> (espace législation) (consulté le 28/04/14)

⁵⁴⁶ Voir aussi, ARMP du Burkina Faso, Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés d'équipements, de fournitures et de services courants au Burkina Faso. (Arrêté n° 2009-253/MEF/CAB du 14 juillet 2009, portant approbation des cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés d'équipement, de fournitures et de services courants au Burkina Faso.)

financier du champ d'application du Code⁵⁴⁷. Ces modifications ont par la suite été abrogées. Finalement le décret excluait de son champ d'application «*les services d'arbitrage, de conciliation, d'assistance, de représentation [ainsi que] les services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert des titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des autorités contractantes, et des services fournis par des banques centrales*». Le Code issu du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 maintient ces exclusions.

Enfin, les marchés publics, peuvent aussi porter sur des prestations de travaux.

3. Les marchés publics de travaux

Aux termes de la directive 04/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA, le marché public de travaux est celui dont l'objet est soit, l'exécution, soit, conjointement, la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage. Fidèle à la législation communautaire, le décret portant Code des marchés publics au Burkina Faso, à repris à la lettre cette définition⁵⁴⁸.

Les autorités réglementaires sénégalaises sont quant à elle restées fidèles à la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services dont ils se sont beaucoup inspirées lors de la réforme du cadre juridique des marchés publics en 2002⁵⁴⁹. Ainsi, au Sénégal, les travaux objet du marché sont entendus comme toutes «

⁵⁴⁷ Art. 3 du décret n° 2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics, modifié par le décret n° 2012-01 du 2 janvier 2012, JO n° 6635 du 2 janvier 2012.

⁵⁴⁸ Art. 1^{er}, parag. 24 du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.*

⁵⁴⁹ Décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 portant code des marchés publics (abrogé), *op. cit.* L'article 2.d de la loi type. Le mot "travaux" désigne tous les ouvrages liés à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'une usine, tels que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection, la construction, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires aux travaux tels que les forages, les levés topographiques, la photographie par satellite, les études sismiques et les services similaires fournis dans le cadre du marché, si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes». *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services*, adopté le 15 juin 1994 révisée par

opérations de construction, reconstruction, démolition, réparation ou rénovation de tout bâtiment ou ouvrage, y compris la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires aux travaux, si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes».

Le marchés de travaux ne font pas l'objet d'une définition dans les textes de transposition de la directive 04/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA en Côte d'Ivoire. Toutefois, dans la législation antérieure et en particulier dans le décret du 24 février 2005, le marché de travaux était présenté comme ayant pour objet principal les prestations liées à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un bâtiment ou d'un ouvrage, telles que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection de tout ou partie d'un ouvrage, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires ou connexes⁵⁵⁰. On peut voir que cette définition porte aussi la marque du texte de la CNUDCI.

En dépit de la différence de la source d'inspiration des définitions ainsi consacrées, on peut noter d'emblée qu'aucune d'elles ne définit la notion de travaux. Elles n'en donnent pas le critère matériel mais elles listent un ensemble de contrats pouvant être considérés comme des marchés publics de travaux. Toutefois ces différents contrats présentent des dénominateurs communs pouvant traduire les caractéristiques principales du marché de travaux.

Tout d'abord, la prestation de travaux exige qu'il y ait une emprise sur le sol. Elle a nécessairement pour objet un bien immobilier. Cela permet de distinguer les marchés de travaux des marchés de fournitures. Le bien immobilier peut être naturel (le sol, la terre) ou artificiel (bâtiments ou installations réalisés par l'homme).

la *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marches publics* (Adopté par l'assemblée générale de la CNUDCI le 1^{er} juillet 2011, lors de la 66^e session, Supplément n°. 17 (A/66/17), annexe I.

⁵⁵⁰ Article 2, parag. 2-2 du décret n° 2005-110 du 24 février 2005 portant code des marches publics, *op. cit.* (abrogé).

La directive communautaire complète la définition des travaux par celle d'ouvrage. Reprise dans le décret portant Code des marchés publics au Burkina Faso, l'ouvrage est défini comme *«le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique»*. Les législations sénégalaise et ivoirienne ne l'ont pas reprise. Or la notion d'ouvrage joue une fonction importante dans la détermination des prestations composant le marché. Les notions de travaux et d'ouvrage sont intrinsèquement liées.

Les textes qui viennent d'être cités, définissent le marché de travaux sans faire référence à l'entité qui assure la maîtrise d'ouvrage. Ce qui n'est pas le cas dans la législation camerounaise. Or la référence à la maîtrise d'ouvrage n'est pas sans incidence sur l'étendue de la notion de marchés publics de travaux. Le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux, édicté par les autorités camerounaises, définit le marché de travaux comme un contrat dont l'objet est *«l'exécution et le contrôle des marchés publics de génie civil dont les routes, les ouvrages d'art, les voiries urbaines et les Bâtiments et autres infrastructures passés pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale décentralisée, d'un établissement public ou d'une entreprise du secteur public ou parapublic»*. Cette définition montre aussi que la prestation de travaux porte sur un bien immobilier par nature ou par destination. Par contre elle établit un lien entre les bénéficiaires des prestations et le marché de travaux publics. Le marché de travaux publics est celui conclu pour le compte des autorités contractantes citées dans les Codes des marchés. Cela signifie-t-il qu'elles doivent obligatoirement en assurer la maîtrise d'ouvrage ou la déléguer?

L'existence d'une telle obligation a des conséquences sur l'étendue de la notion de marché de travaux car elle rend impossible la qualification de marchés de travaux pour des contrats tels que la vente en l'état futur d'achèvement, la vente à terme, la location avec option d'achat etc.

Cette conception contraste avec celle retenue par le décret portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire qui dit expressément que «*l'autorité contractante peut revêtir la qualité de maître d'ouvrage*»⁵⁵¹. Il ne s'agit pas là d'une obligation mais d'une simple éventualité. Une telle conception, conforme au droit communautaire de l'UEMOA qui a opté pour une définition extensive des marchés de travaux, dissocie la maîtrise d'ouvrage publique et l'existence de travaux publics. Elle permet d'inclure dans le champ du Code des marchés publics des contrats ayant pour objet des travaux qui ne sont pas réalisés pour satisfaire les besoins propres à l'autorité contractante⁵⁵².

Elle confirme l'idée selon laquelle, «la maîtrise d'ouvrage est une notion propre à la prestation de travaux et non au marché public puisqu'il peut y avoir maîtrise d'ouvrage sans marché public, tel est le cas par exemple, lorsque la collectivité réalise en régie des travaux»⁵⁵³.

S'il ne fallait définir les marchés publics que par l'objet des prestations, c'est-à-dire les biens achetés, les services fournis, les travaux réalisés, alors la commande publique pourrait se limiter à ces contrats. A eux seuls, ils peuvent satisfaire, quasiment tous les besoins des personnes publiques. Mais il existe dans l'action contractuelle des personnes publiques d'autres types de contrats pouvant avoir le même objet qu'un marché public mais qui offrent des avantages en termes de financement par exemple ou de partage des risques qui ne se trouvent pas dans les marchés publics.

⁵⁵¹ Art. 36 du décret n° 2009-259 du 6 août 2009 portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire, *op. cit.*

⁵⁵² CJCE, aff. n° C-399/98 du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodin*, *Recueil de jurisprudence*, pp. I-5435-5471, concl. Philippe LEGER, la Cour constate qu' : «Il est certes vrai que l'administration communale n'a pas la faculté de choisir son contractant, parce que, conformément à la loi, cette personne est nécessairement celle qui a la propriété des terrains à lotir. Cependant, cette circonstance ne suffit pas à exclure le caractère contractuel du rapport noué entre l'administration communale et le lotisseur, dès lors que c'est la convention de lotissement conclue entre eux qui détermine les ouvrages d'équipement que le lotisseur doit à chaque fois réaliser ainsi que les conditions y afférentes, y compris l'approbation par la commune des projets de ces ouvrages. De surcroît, c'est en vertu des engagements souscrits par le lotisseur dans ladite convention que la commune disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages ainsi déterminés, en vue de leur affectation publique» (parag. 71)

⁵⁵³ «Variation autour de la notion de prestations de travaux en droit des marchés publics. De la chrysalide au papillon...», *op. cit.*

Il était dès lors nécessaire de circonscrire leur champ afin de les distinguer des autres contrats de la commande publique. Tel est le rôle joué par le critère financier. Mais il va apparaître que les formulations utilisées dans les réglementations relatives aux marchés publics, permettent d'interpréter ce critère de façon très large.

B. UNE INTERPRETATION LARGE DU CRITERE FINANCIER DES MARCHES PUBLICS

Par «critère financier» du marché public, il est fait référence à la contrepartie donnée par l'autorité contractante en échange des prestations fournies par son cocontractant. La première question que l'on se pose est de savoir si cette contrepartie doit être un prix. Les Codes nationaux des marchés publics contiennent des chapitres entiers consacrés au prix du marché. Y sont généralement définis, la nature du prix (prix unitaire / prix forfaitaires/ prix sur dépense contrôlé), et le régime juridique des prix (Ex: caractère contractuel des composantes de l'offre financière, condition d'actualisation du prix etc.). Doit-on considérer pour autant que la contrepartie des prestations est nécessairement un prix au sens de somme d'argent donnée par l'autorité contractante?

A la lecture des dispositions des Codes nationaux consacrées aux «définitions», le marché public est considéré comme un contrat conclu «à titre onéreux». C'est ce qui ressort de l'article 2 du décret portant Code des marchés publics au Sénégal⁵⁵⁴, du décret fixant la réglementation des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso⁵⁵⁵ et du décret portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire⁵⁵⁶.

Ce qui est sûr c'est qu'on ne voit pas comment les autorités contractantes pourront rémunérer autrement que par un prix, les contrats pour lesquels ils ont reçu un prêt ou un

⁵⁵⁴ Décret n° 2014-1212, *op. cit.*, art. 4, parag. 24.

⁵⁵⁵ Décret n° 2008-173, *op. cit.*, art. 1er parag. 22.

⁵⁵⁶ Décret n° 2009- 259, *op. cit.*, art. 1^{er}.

don financier. Mais lorsqu'il s'agit des marchés pour lesquels elles n'ont reçu ni dons ni prêts pour les financer, l'onérosité peut s'entendre d'autre chose qu'un prix et les dispositions relatives au prix, pourraient être considérées comme l'encadrement d'une modalité de paiement parmi d'autres. Si en principe, le prix versé par l'autorité contractante est le mode de rémunération du cocontractant dans un marché public, cela ne doit pas pour autant occulter le fait que la seule certitude qui découle de l'expression marché conclu à «titre onéreux», figurant dans les réglementations des marchés publics est que ces contrats ne sont pas des actes passés à titre gratuit.

Rien n'interdit dans la réglementation des marchés publics, à l'autorité contractante, de rémunérer le cocontractant en lui octroyant le droit de percevoir, à sa place, des recettes liées ou non à la prestation objet du marché⁵⁵⁷, de le rémunérer en nature⁵⁵⁸, ou encore de lui donner une autorisation qui lui confère un avantage économique ou de l'exonérer de certaines contributions⁵⁵⁹.

Il existe néanmoins deux objections à cette interprétation. La première est qu'il faut d'abord s'assurer que les dispositions relatives au prix ne sont pas d'ordre public et la

⁵⁵⁷ CAA Paris, 11 oct. 1994, SARL EditorTennog c/ Cne Houilles: dans cette décision, la Cour a reconnu la qualification de marché de prestations services de public à propos d'un contrat d'édition de bulletins d'information municipale dans lequel, la commune faisait ainsi abandon au profit de son cocontractant des recettes publicitaires générées par la publicité faite dans le bulletin au profit d'annonceurs. *Recueil Lebon*, 1994, p. 663; Jean-Pierre PAITRE, concl. sur CAA Paris, 11 oct. 1994, SARL EditorTennog c/ Cne Houilles», *AJDA* 1994, n°12, pp. 901-903.

⁵⁵⁸ Le conseil d'Etat français a ainsi qualifié de marché public le contrat par lequel la commune de Meillon a chargé la Société anonyme des Sablières Modernes d'Aressy des travaux de résection d'un méandre du gave de Pau en contrepartie de la cession gratuite au cocontractant, des matériaux qui seront extraits des terrains de la commune situés dans l'emprise du projet: CE, 28 févr. 1980, SA Sablières Modernes d'Aressy, *Recueil Lebon*, 1980, p. 1110. De même a été qualifié de marché de travaux publics le contrat passé entre l'Etat et la Société civile des NEO-POLDERS ayant pour objet l'endiguage de terrain maritime situé dans le Havre du Lassay et dans lequel le cocontractant était rémunéré par une cession gratuite d'une partie des terrains soustraits de l'action de l'eau: CE, 18 mars 1988, Sté civile des Néo-Polders, Req. 69723, *Recueil Lebon* 1988, p. 129, concl. MOREAU.

⁵⁵⁹ CJCE, aff. n° C-399/98 du 12 juillet 2001, *op. cit.* La Cour de justice des communautés européennes a jugé dans cette affaire que, «la réalisation directe, par le titulaire d'un permis de construire ou d'un plan de lotissement, d'un ouvrage d'équipement destiné à être remis à la collectivité publique en déduction de la contribution que la législation nationale d'urbanisme lui impose de verser constitue un marché public de travaux au sens de la directive 93-37». François LLORENS, « La CJCE adopte une conception extensive de la notion de marché public de travaux », *Contrats et Marchés publics*, 2001, n° 9, comm. 154, pp. 10-12.

seconde est que si la contrepartie n'est pas une somme d'argent, il faut néanmoins la quantifier afin de déterminer le seuil de procédures.

Dans la législation camerounaise, le lien entre l'onérosité du marché public et le versement d'un prix est exprimé de façon explicite. Le marché public y est défini comme un contrat par lequel le cocontractant s'engage envers un personne morale de droit public ou de droit privé, «*soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix*». Ce prix doit-il impérativement correspondre à une somme d'argent? Le même raisonnement peut être tenu. Et on peut recourir aux mêmes arguments de droit comparé utilisés précédemment pour soutenir que le prix pourrait aussi correspondre à une contrepartie en nature⁵⁶⁰.

Le prix du marché public, quelque soit la forme sous laquelle il se présente, est un critère essentiel. Les auteurs du traité des contrats administratifs, considèrent que ce mode rémunération est une caractéristique essentielle du marché public⁵⁶¹. C'est d'ailleurs sur la distinction entre le prix versé par l'administration et les redevances perçus sur les usagers que s'est fondé dans un premier temps la distinction entre les marchés publics et les contrats de concession, avant de glisser aujourd'hui sur la distinction entre ce prix payé par l'autorité contractante et la rémunération substantiellement liée au résultats de l'exploitation. Du cadre juridique des marchés publics, il ressort que ces contrats sont ceux dans lesquels la rémunération du cocontractant n'est pas substantiellement, ou essentiellement assurée par les résultats de l'exploitation.

La définition des critères d'identification des marchés publics montre que les nouvelles réglementations manifestent le souci d'inclure dans leur champ d'application le plus grand nombre de contrats qui engagent des ressources publiques.

⁵⁶⁰ CE, 28 oct. 1980 Société des sablières moderne d'Aressy, *op. cit.*

⁵⁶¹ André de LAUBADÈRE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs : La notion de contrat administratif, la formation des contrats administratifs, l'exécution des contrats administratifs, principes généraux*, Paris, LGDJ, 1983, Tome premier, n° 194, p. 252.

Une logique identique anime la définition des contrats de délégation de service public.

SECTION II. LA NOTION DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC: UNE CONFIRMATION DE LA CONCEPTION FONCTIONNELLE DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Evoquant le contrat de concession, les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, soulignaient le fait qu'il soit impossible de rattacher à une notion commune tous les actes juridiques qui se voient attribuer cette appellation et de lui fournir une définition et un critère. Ceci montre que la doctrine s'était depuis longtemps penchée sur la recherche d'une notion générique permettant de regrouper tous les contrats qui traduisaient «l'idée de l'octroi de quelque chose par l'administration à une autre personne»⁵⁶². La consécration de l'expression «délégation de service public» par le législateur français au début des années 90 n'est donc que l'officialisation d'une expression qui, comme l'indique le Professeur René CHAPUS, vient de loin mais est «demeurée rare dans le vocabulaire doctrinal»⁵⁶³.

Une chose est certaine, c'est que pour le juge comme pour la doctrine, dans la grande famille des contrats administratifs, il y en a toujours eu, qui se distinguaient des autres, qui tiraient leur spécificité de leur objet à savoir la dévolution de la gestion d'un service public au cocontractant de la personne publique⁵⁶⁴. La délégation de service public est ainsi un concept nouveau exprimant une idée très ancienne et des techniques contractuelles bien connues⁵⁶⁵.

⁵⁶² *Ibidem*, n° 223. Hubert-Gérald HUBRECHT, *Les contrats de service public*, Doctorat d'Etat, Université de Bordeaux I, 1980, 611 p. Xavier BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, 1999, 639 p.

⁵⁶³ René CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 14e éd., 2000, p.617.

⁵⁶⁴ C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont estimé que le véritable apport de la loi SAPIN ne se trouve pas dans la consécration d'une notion juridique nouvelle et fédératrice car celle-ci «trouvait ses fondements dans le droit antérieur et les analyses des théoriciens du droit» mais à travers la définition «d'une procédure détaillée de passation et d'un régime juridique embryonnaire de l'exécution des conventions, elle a contribué à la fondation rapide d'une véritable catégorie juridique nouvelle (...)»: Gilles J. GUGLIELMI et Geneviève KOUBI, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien-Lextenso éd., 2011, p. 403, n° 791.

⁵⁶⁵ Pour des exemples de délégations de service public pratiquées en Afrique sub-saharienne, voir Laurent THORRANCE, Alioune FALL, Michel LECERF et Pierre MICHAUX, «Organisation d'une conférence régionale sur les partenariats public-privé à Dakar», *Etude sur les PPP*, juin 2008, 90 p. Thomas BIDJA NKOTTO, *op. cit.*, p. 38 et s.

Mieux encore, la théorie générale des contrats administratifs s'est construite sur la base de solutions jurisprudentielles, dont la plupart ont été consacrées à l'occasion des litiges relatifs aux contrats de concession qui constituent le socle de cette nouvelle famille de contrats administratifs⁵⁶⁶. Ces solutions ont été transposées dans les anciennes colonies françaises d'Afrique noire et ont même été codifiées au Sénégal⁵⁶⁷. Mais l'ont-elle été telles quelles? Dans les Etats au centre de notre réflexion, des contrats entrant dans la famille des délégations de service public tels que la concession et l'affermage étaient connus et utilisés avant que les réformes entamées à la fin des années 90 n'introduisent la notion de délégation de service public dans le champ des contrats administratifs. Néanmoins ces contrats étaient réglementés par des textes sectoriels qui la plupart du temps, n'en donnaient pas une définition mais se contentaient d'en expliquer le procédé.

L'adoption de la notion de délégation de service public, permet d'imposer un régime de passation à des contrats qui jusqu'alors étaient soit librement passés, soit soumis à un faible niveau de mise en concurrence. Mais, afin d'y parvenir il a fallu que les critères d'identification de ces contrats revêtent certaines caractéristiques. Ainsi, les législateurs et autorités réglementaires ont adopté des définitions qui appréhendent les délégations de service public de façon fonctionnelle à travers leur objet (§I) et le mode de rémunération du cocontractant (§II). Ces deux critères, ont une propension certaine à l'extension. La pratique de la gestion déléguée des services publics, en les modulant, contribue d'avantage à leur extension et montre par la même une certaine originalité dans la conception de ces contrats Afrique (§III).

⁵⁶⁶ Ce qui a valu au contrat de concession d'être classé «au sommet de la hiérarchie des contrats administratifs». Ange BLONDEAU, *La concession de service public, Etude de droit administratif*, Thèse de droit public, Faculté de droit de l'Université de Grenoble, 1929, p. 82.

⁵⁶⁷ Alioune Badara FALL, «Le code des obligations de l'administration au Sénégal ou la transposition de règles de droit administratif français en Afrique par la codification», in *Espaces du service public: mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, vol. I, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 225-254. Amadou KAH, *La codification administrative au Sénégal*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nord, 1996, 324 p.

§ 1. UN OBJET FONDE SUR UNE NOTION FONCTIONNELLE ET EXTENSIVE: LE SERVICE PUBLIC

Le critère matériel sur lequel est fondée la notion de délégation de service public, lui confère une forte propension à l'expansion pour deux raisons. Ce critère tourne autour d'une notion protéiforme, à savoir le service public (A).

De surcroît, à l'intérieur des services publics, la distinction entre les services publics qui peuvent faire l'objet d'une délégation et ceux qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une délégation ne cesse de se réduire (B).

A. LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC, UN CONTRAT DE GESTION DU SERVICE PUBLIC

Il s'agit de voir ici que si la délégation de service public porte sur le service public (1), c'est plus précisément le fait qu'il s'intéresse à la gestion de celle-ci qui en fait la particularité (2).

1. Un contrat portant sur le service public

Confier à un tiers la gestion d'un service public, tel est l'objet du contrat de délégation de service public et les législations nationales analysées sont unanimes sur ce point. En Afrique de l'ouest, l'adoption par le législateur communautaire d'une définition de la délégation de service public a permis la diffusion dans tous les Etats membres de l'UEMOA d'une notion au contenu harmonisé évitant par la même les distorsions dans l'appréhension de cette catégorie de contrat.

La directive 04/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA, définit la délégation de service public comme «le contrat par lequel une des personnes morales de droit public ou

de droit privé visées aux articles 4 et 5 de la présente Directive confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire».

Cette définition reprend celle consacrée par la jurisprudence et la législation françaises. Elle sera reprise dans tous les Etats membres de l'UEMOA. Les législateurs ou autorités réglementaires du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire ont repris telle quelle la définition issue de la directive communautaire⁵⁶⁸. Néanmoins, contrairement à celle-ci, les autorités Burkinabé précisent que la convention de délégation de service public est un contrat administratif.

De même, on peut ainsi lire à l'article 10 du Code des obligations de l'administration (COA ci-après) modifié par la loi du 30 juin 2006, que le contrat de délégation de service public est celui par lequel *«une personne morale de droit public confie, pour une période déterminée, la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité, à un délégataire public ou privé (...).»*⁵⁶⁹.

Dans la rédaction de la loi modifiant le COA, le législateur sénégalais a tenu à mettre en relief la nécessité de la présence d'un service public dans le contrat de délégation de service public, quitte à déstabiliser selon certains⁵⁷⁰, le critère alternatif du contrat administratif. En effet, dans sa première version, l'article 10 du COA disposait que *«sont administratifs les contrats comportant une participation directe et permanente du cocontractant de l'administration à l'exécution du service public»*. Dans sa nouvelle rédaction, l'article 10 du COA fait de la participation au service public non plus le critère

⁵⁶⁸ Art. 1^{er}, parag. 14 du décret n° 2008 - 173 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, *op. cit.* Pour la Côte d'Ivoire: art.1^{er} du décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant Code des marchés publics, *op. cit.* et art. 1^{er} du décret n° 2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariat public-privé, *Journal Officiel* n° 10 du Jeudi 7 Mars 2013. C'est cette approche de la convention de DSP qui a aussi été reprise au Bénin (loi n° 2009-02 du 7 août 2009, art. 3), au Niger, au Togo, au Mali et en Guinée Bissau.

⁵⁶⁹ Loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant la loi n° 65-61 du 19 juillet 19965 portant Code des obligations de l'administration, art. 10 nouveau, *JO* n° 6291 du 5 août 2006.

⁵⁷⁰ Moustapha NGAIDE, «La loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant le Code des obligations de l'administration ou le renouveau du droit des contrats administratif au Sénégal», *Droit sénégalais*, n° 6, novembre 2007, pp. 105-117, p. 115.

du contrat administratif mais le critère de la délégation de service public. Il dispose que «*la participation d'un cocontractant à un service public est réalisée par voie de délégation de service public*». Ainsi, si tous les contrats administratifs sont des contrats de service public, il y a au moins un qui l'est plus que les autres. Il s'agit de la convention de la délégation de service public. Au regard des mutations qui ont affecté tous les critères du contrat administratif, on peut dire qu'en affectant le critère de la participation au service public à l'identification de la DSP, le législateur est plus dans une démarche de définition fonctionnelle des contrats de la commande publique que dans une entreprise de déstabilisation d'un critère particulier. Cela dit, la première démarche peut aboutir à la seconde.

Le décret du 24 septembre 2004 portant Code des marchés publics au Cameroun définit la délégation de service public comme un contrat par lequel «*L'Etat, les collectivités territoriales décentralisées, les établissements publics ou entreprises du secteur public ou parapublic, [délèguent] la gestion d'un service public à un délégataire de droit privé appelé concessionnaire, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation (...)*»⁵⁷¹. Dans la zone CEMAC, peut aussi être cité en guise d'illustration le décret du 20 mai 2009 portant Code des marchés publics au Congo, qui définit aussi la délégation de service public en des termes mettant en exergue son objet, la gestion d'un service public⁵⁷².

⁵⁷¹ Art. 41 Décret n° 2004/275 du 24 Septembre 2004 portant Code des Marchés, *op. cit.* Voir aussi, Jacques BIAKAN, «La délégation des services publics en droit camerounais», *Revue africaine de sciences juridiques*, n° 1, vol. 7, 2010, pp. 219-236.

⁵⁷² En guise d'exemple, l'article 2 du décret n° 2009-156 du 20 mai 2009 portant code des marchés publics au Congo définit la délégation de service public comme un «contrat par lequel une des personnes morales de droit public ou de droit privé visées à l'article 3 du présent décret confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service; au sens du présent décret, les délégations de service public comprennent les régies intéressées, les affermage (l'opération de réseau), ainsi que les concessions de service public, qu'elles incluent ou non l'exécution d'un ouvrage». Les autorités réglementaires gabonaises se démarquent néanmoins de cette tendance globale en distinguant les délégations ayant pour but de confier la gestion d'un service public et ceux dont le but est de confier la gestion d'un ouvrage public. Selon l'article 2 du décret n° 0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012 portant Code des marchés publics au Gabon, constitue une DSP «un contrat par lequel le délégant confie à un délégataire la gestion d'un bien ou d'un service public (...)».

Si ce tour d'horizon permet d'observer une certaine unité sur l'objet de cette convention, il a aussi permis d'observer qu'à l'exception du Code des obligations de l'administration du Sénégal, aucune de ces législations ne s'était attardée sur la définition du service public.

La notion de service public en Afrique noire francophone, reprend «*la conception française et classique du service public*»⁵⁷³. Mais Comme le précise Florence GALLETTI, la différence entre le service public en Afrique et en France n'est pas dans la définition, du concept mais dans les missions car à la conception du service public français, ont «*été ajoutés les impératifs redoutables du développement*»⁵⁷⁴.

Classiquement, le service public s'identifie ainsi autour de trois éléments. Il est d'abord une activité. La mission d'un délégataire de service public est de fournir des prestations aux usagers⁵⁷⁵. Il s'agit ensuite d'une activité assurée directement ou indirectement par une personne publique⁵⁷⁶. Il s'agit enfin d'une activité soumise, à un régime juridique particulier où la part du droit public est plus ou moins prononcée⁵⁷⁷.

⁵⁷³ Sur la notion de service public voir par exemple: Jacques CHEVALLIER, *Le service public*, Paris, P.U.F., 2012, 128 p. Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU et Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, 2012, 722 p. Alain-Serge, MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 1997. Pierre ESPLUGAS, *Le service public*, Paris, Dalloz, 2012, 154 p. Martin BLEOU, «Le service public dans la jurisprudence de la Chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire», in *Espaces du service public: mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, vol. I, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 45-55.

⁵⁷⁴ Florence GALLETTI, *Les transformations du droit public africain francophone*, op. cit., p. 456 et 457.

⁵⁷⁵ C'est sur ce critère matériel du service public que se sont appuyés tous les arguments en faveur de l'ouverture à la concurrence de la gestion des services publics.

⁵⁷⁶ Ainsi, en définissant le service public comme, «*toute activité d'une personne morale de droit public en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général*», l'article 11 du CAO restreint le critère organique du service public dans la mesure où, le service public peut aussi être l'activité d'une personne morale de droit privé. Alors qu'en considérant le service public comme étant «*tout service ou activité d'intérêt public placé sous l'autorité de l'administration*» la *Charte africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'administration* rend nettement mieux compte du fait que le service public n'est pas toujours une activité gérée par une personne publique (UNION AFRICAINE, *Charte africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'administration* adoptée à Addis Abeba le 31 janvier 2011, <http://au.int/en/content/african-charter-values-and-principles-public-service-and-administration>).

⁵⁷⁷ L'activité de service public est toujours soumise à un régime exorbitant du droit commun dont le degré varie selon que l'activité est administrative ou industrielle et commerciale. Pendant longtemps, l'octroi au délégataire de prérogatives exorbitantes a été considéré comme une condition nécessaire pour qualifier une

Le critère finaliste du service public est l'intérêt général. Il s'identifie facilement dans les missions régaliennes de l'Etat. Mais, sa justification peut être plus difficile dans certaines activités. La notion d'intérêt général est très évolutive. Elle mue en fonction des besoins, des époques et des lieux. Ainsi, pour reprendre les propos de Gaston JEZE, *«sont service public, les besoins d'intérêt général, que les gouvernants d'un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public»*.

Les critères du service public donnent à cette notion une *«amplitude exceptionnelle»* et à la notion de délégation de service public, une réelle tendance à l'expansion. Ce qui lui permet de remplir sa fonction première, qui est rappelons le, de réunir sous un même régime juridique, les soumettant au respect des règles transparence et de mise en concurrence, les contrats de service public qui ne s'insèrent pas dans la catégorie des marchés publics.

Toutefois, parce qu'elle est la première mission de l'administration, le critère des moyens et des fins de l'administration⁵⁷⁸, *«la vocation naturelle de l'intervention publique»*⁵⁷⁹, le service public se retrouve dans tous les contrats par lesquels l'administration externalise ses missions.

Dès lors, pour délimiter les délégations de service public dans la grande famille des contrats d'exécution du service public, il a fallu recourir à un second critère. Ainsi, si la présence d'un service public est essentielle pour identifier une convention de délégation

activité comme relevant du service public. Mais le Conseil d'Etat français a jugé que l'absence de prérogatives exorbitantes au profit d'une association n'exclut pas qu'elle soit considérée comme étant chargée de la gestion d'un service public du moment qu'on peut établir l'existence d'un «certain degré de sujétion ou de dépendance de l'organisme privé, même si les prérogatives de puissance publique sont ténues au point même de disparaître presque complètement» (CE, 20 juillet 1990, Ville de Melun, n° 69867 72160, *AJDA* 1990, n° 11, pp. 820-823, concl. Marcel POCHARD).

⁵⁷⁸ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, p. 452.

⁵⁷⁹ Jean-François AUBY, «A propos des contrats d'exécution du service public», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.I, p. 797.

de service public, encore faut-il qu'il ait une dévolution effective de sa gestion au cocontractant de l'administration.

2. Un contrat portant sur la gestion du service public

Comme le souligne le Professeur François LLORENS, en dépit des «*éléments de diversité*» pouvant être relevés dans la catégorie des délégations de service public, tous les contrats qualifiés comme tel doivent «*porter sur une activité de service public et confier sa gestion au délégataire, c'est-à-dire lui en transférer la responsabilité avec la marge de liberté et les pouvoirs d'action que cette responsabilité implique. Ce sont là les critères primordiaux de la délégation de service public, à défaut desquels même la rémunération substantielle par les résultats de l'exploitation est impuissante à entraîner cette qualification*»⁵⁸⁰. Le délégataire doit avoir la charge du service public. Un contrat qui a pour objet de faire participer le cocontractant de «*façon ponctuelle*» à la gestion du service public ne peut être considéré comme une délégation de service public⁵⁸¹.

Le transfert de la gestion du service public implique que l'autorité contractante confère suffisamment d'autonomie à son cocontractant⁵⁸². C'est cette autonomie qui permet de distinguer le titulaire du marché public du gestionnaire de service public. L'autonomie du délégataire se manifeste notamment par la possibilité pour lui de contracter directement avec les usagers du service public, d'embaucher le personnel nécessaire ou encore dans la possibilité pour les victimes de dommages résultant de l'exécution du service public d'engager directement sa responsabilité⁵⁸³.

⁵⁸⁰ François LLORENS, «Unité et pluralité des délégations de service public», *Contrats et marchés publics*, 2003, n° 5, pp. 9-16.

⁵⁸¹ Gilles J. GUGLIELMI et Geneviève KOUBI, *op. cit.*, n° 809, p. 411.

⁵⁸² Christine MAUGÛE et Philippe TERNEYRE, «Les délégations de service public en questions», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1997, n° 531, pp.131-146.

⁵⁸³ Gabriel ECKERT, «Notion et choix du contrat», *JurisClasseur Contrats et marchés publics*, Fasc. 400, 1^{er} avril 2009, p. 28.

Le délégataire doit avoir à sa charge l'exploitation du service public. Certes, l'exploitation du service peut être insuffisante à elle seule pour caractériser une authentique délégation de service public, Néanmoins, il demeure important dans l'identification de ces contrats dans la mesure où il permet de distinguer les contrats ayant pour objet l'exécution même d'une mission de service public, de ceux par lesquels le cocontractant de l'administration se contente de lui fournir les moyens du service public. Autrement dit, la participation au service public doit être distinguée de l'exploitation du service public.

Cette distinction est consacrée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Epoux Bertin* relatif à un contrat verbal confiant l'exécution d'une mission de service public et dans l'arrêt *Société française des transports Gondrand frères* portant sur un contrat qui associait simplement le cocontractant au fonctionnement du service public et ne lui en confiait pas l'exécution⁵⁸⁴. Or, sur ce point le COA contient une ambiguïté. L'article 10 qui traite de la délégation de service public est intitulé «*de la participation au service public*», alors qu'une délégation de service public dépasse une simple participation au service public. La participation au service public n'exclut pas une gestion retenue alors que comme son nom l'indique une délégation de service publique s'inscrit nécessairement dans une opération de gestion déléguée.

S'il est établi que le service public qui est au cœur de la notion de délégation de service public lui confère une réelle tendance à l'expansion, celle-ci a une portée particulière en Afrique où la notion de service public «délégable» est d'une relativité particulière.

⁵⁸⁴ CE, Section, 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, *Recueil Lebon*, 1956, p. 167. *Revue du droit public* 1956, p. 869, Concl. Marceau LONG, note Marcel WALINE. 42. Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre, DELVOLVE et Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2013, 19e éd. n° 70
CE, Section, 11 mai 1956, *Société Française des transports GONDRAND Frères*, *Recueil Lebon* 1956, p. 202.

B. UNE CONCEPTION EXTENSIVE DES SERVICES PUBLICS «DELEGABLES»

La question soulevée ici est celle des limites matérielles de la délégation de service public. Les pouvoirs publics peuvent-ils déléguer la gestion de toute activité de service public?

Que l'on soit en présence de services publics industriels et commerciaux (SPIC ci-après) ou de services publics administratifs (SPA ci-après)⁵⁸⁵, du moment qu'aucun texte n'exclut la dévolution de leur gestion par contrat à un tiers, l'administration doit être en mesure de contractualiser leur exécution⁵⁸⁶. Le fait est seulement que dans la catégorie des SPA, il y a des activités «à fort et à faible caractère délégable»⁵⁸⁷.

Cette liberté de principe dans la contractualisation de la gestion des services publics, connaît cependant des exceptions. En effet, il a toujours existé des limites matérielles à la contractualisation de la gestion des services publics. Certaines matières ont toujours été considérées comme réfractaires à la passation de contrats. Si la délégation des

⁵⁸⁵ Sur les SPA voir notamment, Jean du BOIS de GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1974, col. Bibliothèque de droit public, n° 115, 318 p. ; sur les SPIC: Sophie, NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris, L'Harmattan, 2001, 564 p. Voir aussi, Patrick PEREON, «La délégation des services publics administratifs», *AJDA* 2004, n° 27, pp. 1449-1459. Sur la distinction entre le SPIC et le SPA, voir notamment, Fabrice MELLERAY, «Retour sur les lois de Rolland», in *Le droit administratif: permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, Paris Dalloz, 2007, pp. 709-722.

⁵⁸⁶ CE, Avis section de l'intérieur 7 octobre 1986. Le Conseil d'Etat a, en effet, estimé dans cet avis que «le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même». Dans la plupart des Etats d'Afrique, au moment des privatisations, la démarche a été d'établir une liste des services publics dont la gestion allait être privatisée. Les SPIC étaient le plus concernés par les privatisations. Ce qui fait dire à certains auteurs que la concession de SPIC n'est admise que si un texte le prévoit et que par conséquent le domaine réel de la concession est constitué à titre principal des SPA. Mais une telle analyse ne semble pas appropriée car les services publics marchands que sont les SPIC, sont plus enclins à constituer le domaine naturel des concessions. Dès lors, l'adoption de lois définissant au préalable les services publics à privatiser obéit à notre sens, plus à une démarche de programmation de politique d'ajustement qu'à une définition du champ naturel de la concession.

⁵⁸⁷ Patrick PEREON, *op. cit.*, p. 1450.

services publics marchands que sont les SPIC, ne pose pas de difficulté, tel n'est pas le cas de certains SPA.

Parmi les activités de service public administratif, il y a en particulier celles qui relèvent des matières dites régaliennes⁵⁸⁸. Il s'agit d'activités mettant en cause la souveraineté de l'Etat telles que la police, la défense, les services fiscaux etc. Ces activités ont toujours été considérées comme rebelles à toute contractualisation. Mais c'était sans compter sur le fait que les limites matérielles à la possibilité pour les personnes publiques de déléguer certains services publics confrontés à la conjoncture économique qui sévit en Afrique en particulier, pouvaient être poussées très loin⁵⁸⁹. La frontière entre les services publics qui ne sont pas «délégables» et les autres services publics «délégables», ne cesse de se réduire, faisant ainsi reculer les limites matérielles de la liberté pour les personnes publiques de confier à un tiers la gestion des services publics. Ceci contribue à l'extension du champ de la délégation de service public.

Deux exemples tirés de la privatisation des grands services publics sénégalais⁵⁹⁰ et de la dévolution à un tiers de la gestion d'un service public fiscal au Cameroun édifiant sur les mutations qu'ont connues les modes de gestion des services publics africains et le caractère ténu de la distinction entre les services publics «délégables» et ceux qui ne le sont pas.

Dans le cas du Sénégal, Patrick PLANE révèle ainsi qu'en 1992, le commissaire sénégalais à la réforme du secteur parapublic, ne doutait pas un instant que toutes les

⁵⁸⁸ Christophe GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, 3e éd., p. 247 et s.

⁵⁸⁹ Pour une analyse des délégations de service public conclus dans des secteurs autrefois prohibés, voir par exemple, Luc MOREAU, «La contractualisation de l'exercice de la police administrative», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.II, pp. 171-190. Jacques PETIT, «Nouvelles d'une antinomie: contrat et police», in *Les collectivités locales: mélanges en l'honneur de Jacques MOREAU*, Paris, Economica, 2002, pp. 345-360. Jacques MOREAU, « Les «matières contractuelles» », *AJDA* 1998, n° 10, pp. 747-752.

⁵⁹⁰ Gérard CONAC, *Les Grands services publics dans les Etats francophones d'Afrique noire*, Economica, 1984, 442 p.

entreprises publiques nationales fussent privatisables à l'exception des intouchables, les «4S», à savoir les quatre grands services publics qu'étaient la SOTRAC (Société des Transports en Commun du Cap Vert), la SONEES (Société Nationale d'Exploitation des Eaux du Sénégal), la SENELEC (Société nationale d'électricité) et la SONATEL (Société nationale des télécommunications). A l'époque, il était impensable de dessaisir l'Etat de la gestion de ces services et encore moins de leur propriété.

Pourtant, concurrencée par le secteur privé⁵⁹¹, la SOTRAC a perdu le monopole du transport urbain et a fini par cesser toute activité. Elle a été liquidée en 1998. Depuis 2001, la gestion du service public de transport des personnes par autobus dans la région de Dakar est concédée à une entreprise privée⁵⁹².

La gestion du service public de l'eau relevait de la SONEES. Dans le cadre du Projet sectoriel eau, les bailleurs de fonds ont exigé l'association du secteur privé à la gestion de l'eau en contrepartie de leur soutien financier. Sous cette pression, l'Etat du Sénégal, a dès 1995 mené les réformes qui ont conduit à la séparation des activités eau et assainissement. La SONES, devenue une société nationale, est désormais liée à l'Etat du Sénégal par un contrat de concession de travaux publics auquel est annexé un contrat plan. A ce titre elle assure la gestion des infrastructures hydrauliques urbaines et garantit le contrôle de la qualité de l'exploitation par le fermier. Le contrat de concession passé entre la SONES et l'Etat a une durée de 30 ans. La SDE filiale sénégalaise du groupe SAUR International, est chargée, sur la base d'un contrat d'affermage dont l'exécution a démarré le 23 avril 1996, de la gestion du service public de la production et de la distribution de l'eau potable.

⁵⁹¹ La perte du monopole du transport urbain par la SOTRAC en raison du développement du secteur privé est analysée comme une privatisation du service public: Patrick PLANE, «Les services publics africains à l'heure du désengagement de l'Etat», *Problèmes économiques*, n° 2.587 du 21 octobre 1998, p. 21.

⁵⁹² Il s'agit de la Société privée anonyme DAKAR DEM DIKK

Ni le service public de l'électricité qui relevait de la SENELEC⁵⁹³, ni celui des postes et télécommunications n'ont échappé au transfert de leur gestion au secteur privé.

Ces services publics géraient des activités marchandes. Le transfert de leur gestion à des entreprises privées n'est en rien étonnant. Mais, lorsque le service public en cause est un SPA qui en plus relève des missions régaliennes de l'Etat, le caractère relatif de la distinction entre service public «délégable» et service public non «délégable» devient plus probant.

Le contrat de sécurisation des recettes douanières passé entre l'Etat du Cameroun et une Société de droit suisse, la Société Générale de Surveillance, en fournit une parfaite illustration⁵⁹⁴. Ce contrat avait pour objet de confier à cette dernière le contrôle à l'importation, avant embarquement, de la quantité, de la qualité et de la valeur douanière des marchandises à destination du Cameroun⁵⁹⁵. De ce fait les douaniers, qui eux sont basés au Cameroun, n'avaient qu'à appliquer le taux d'imposition correspondant sur la base des informations prélevées et transmises par les agents de la Société suisse. L'objectif de ce contrat était de lutter contre les fraudes douanières et de ramener dans les caisses de l'Etat la totalité des droits de douanes. Il a été signé sur la base de la loi du 15 juillet 1988 instituant une taxe d'inspection et de contrôle des marchandises à l'importation⁵⁹⁶.

La Société Générale de surveillance est rémunérée sur la taxe d'inspection et de contrôle. Il ressort de l'article 34 du décret du 7 décembre 1995 que «*le montant de la taxe*

⁵⁹³ A propos du projet de partenariat public-privé dans le secteur de l'électricité au Sénégal, voir notamment, Laurent THORRANCE, Alioune FALL, Michel LECERF et Pierre MICHAUX, «*Organisation d'une conférence régionale sur les partenariats public-privé à Dakar*», *Etude sur les PPP*, op. cit., p. 44 et s.

⁵⁹⁴ Thomas BIDJA NKOTTTO, op. cit., p. 66 et s.

⁵⁹⁵ Pour une étude approfondie, voir Gustave NGUEDA NDIEFOUO, *La douane camerounaise à l'ère de la facilitation des échanges commerciaux*, Paris, Harmattan, 2011, 287 p.

⁵⁹⁶ Loi qui par ailleurs a été adoptée sur la demande du FMI, qui voulait s'assurer du remboursement des prêts consentis au Cameroun dans le cadre des plans d'ajustements structurels. La perception de cette taxe exigeait que l'Etat mette en place un système de contrôle efficace lui permettant de connaître avec exactitude la nature et la quantité des biens importés au Cameroun. Le contrat passé avec la Société Générale de Surveillance, qui au demeurant dépossède la douane camerounaise de l'essentiel de ses pouvoirs, était donc le moyen trouvé par l'Etat pour atteindre cet objectif. Thomas BIDJA NKOTTTO, op. cit., p. 66.

d'inspection et de contrôle est fixé à 0,95 % de la valeur FOB des marchandises à l'exportation et à l'importation avec un minimum de perception de 110 000 francs CFA pour l'importation sera versé sur le compte spécial destiné à régler les honoraires du mandataire (...)». Il apparaît clairement que la Société générale de surveillance est rémunérée sur la base des résultats de l'exploitation du service public fiscal. La rémunération de 110 000 francs CFA qui lui est garantie a pour effet de réduire les risques d'exploitation qu'elle aurait dû supporter. Ainsi, même si le texte utilise le terme mandataire, la Société Générale de Surveillance réunit tous les attributs d'un régisseur intéressé et le contrat qui la lie à l'Etat du Cameroun, présente toutes les caractéristiques d'une régie intéressée, donc d'une délégation de service public⁵⁹⁷.

Cette convention par laquelle l'Etat du Cameroun a contractualisé sa compétence fiscale en confiant la gestion d'un service public administratif et régalién à un tiers démontre le caractère relatif du concept de service public «délégable». Qu'une activité soit un service public industriel et commercial ou un service public administratif, qu'il soit régalién ou pas, il faut croire que la délégation de sa gestion est contingente des besoins et surtout du contexte économique et politique dans lesquels se trouvent les pouvoirs publics⁵⁹⁸. Le législateur, contraint par les exigences internes ou externes, peut inclure ou exclure un service public de la catégorie des services publics «délégables».

Ces exemples de dévolution de la gestion de service public que l'on pensait *a priori* non «délégable» montrent que les procédés de gestion déléguée des services publics se sont résolument inscrits dans une approche qui donne une place importante à la dimension économique de ces activités. Ce qui montre une fois de plus que l'activité de service public est contingente de l'environnement socio-économique. Aussi, à propos du contrat passé entre l'Etat du Cameroun et la Société générale de surveillance, le Professeur Pierre-Laurent FRIER trouva-t-il *«fort surprenant d'un point de vue français, un contrat*

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 71.

⁵⁹⁸ Ainsi on peut voir que l'objet du contrat entre le Cameroun et la SGS s'est considérablement élargi depuis 1988. Grâce à la technique des «avenants glissants» l'Etat du Cameroun n'a cessé de transférer à la SGS la gestion d'autres activités de service public.

qui soumet à la gestion privée un des secteurs les plus régaliens de l'intervention de l'Etat»⁵⁹⁹. Mais le fait est que lorsqu'on ajoute à la conception française du service public «délégable», «les impératifs redoutables du développement»⁶⁰⁰, toute surprise s'estompe.

L'extension du champ des services publics dont la gestion peut être confiée à un tiers n'est pas un phénomène nouveau en Afrique. Toutefois, elle devrait être accentuée par le droit communautaire de l'UEMOA et celui de la CEMAC. Le développement du droit communautaire de la concurrence né de la volonté de construire un marché commun dans lequel circuleraient librement tous les facteurs de production y compris les activités de prestations de service public, tente de renforcer la libéralisation des modes de gestion des services publics⁶⁰¹ et par la même il étendra la champ des services publics «délégables». Le droit communautaire de la CEMAC comme de l'UEMOA, ne se focalise pas sur le mode de gestion du service public mais plutôt sur le service rendu au public. Autrement dit c'est l'activité qu'il prend en compte. Une fois le service public pris dans l'état du droit

⁵⁹⁹ Pierre-Laurent FRIER, préface à la thèse de Thomas BIDJA NKOTTO, *Les contrats de l'administration au Cameroun*, *op. cit.*

⁶⁰⁰ Florence GALLETTI, *Les transformations du droit public africain francophone*, *op. cit.*, p. 456 et 457.

⁶⁰¹ Paul LIGNIERES «Le droit communautaire et la distinction des activités régaliennes et non régaliennes», in Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007. 1 vol. I, pp. 983-996. Marceau Long, «Service public et réalités économiques du XIXème au droit communautaire», *RFDA*, 2001, n° 6, pp. 1161-1168. Loïc GRARD, «Le service public en environnement de concurrence. L'Union Européenne à la croisée des chemins jurisprudentiel et législatif», in *Espaces du service public: mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, vol. I, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 299-320. Claude BLUMANN, «Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'Union européenne», in *Le droit administratif: permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, Paris Dalloz, 2007, pp. 45- 69. Christophe de la MARDIERE, «Notion de service public et droit communautaire, Note sous Conseil d'Etat, 13 juin 1997, Société des transports par pipeline, B.P. France et autres, *LPA* 1999, n° 22, p. 7. Sébastien PLATON, «Délégation de service public et concession de services en droit de l'Union européenne», *AJDA* 2013, n° 25, pp. 1448-1455. Dimitris TRIANTAFYLLOU, «Évolutions de la notion de concession de service public sous l'influence du droit communautaire - À l'occasion de l'arrêt du 12 janvier 1996 de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), *British Telecom*», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1997, n° 411, pp. 558-566. Henri COURIVAUD, «La concession de service public confrontée au droit européen», *RIDE*, 2004, pp. 395-434. Martine LOMBARD, «L'impact du droit communautaire sur le service public», », in Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007. 1 vol. I, pp. 969-982. François LLORENS, «La réglementation communautaire des marchés publics et le droit des concessions», *Revue du marché commun*, n° 332, décembre 1989, pp. 603-624.

communautaire⁶⁰² sont dissociées les activités qui relèvent de l'exercice de l'autorité publique de celles qui relèvent de l'exercice d'une activité industrielle et commerciale par l'Etat et ses démembrements. Le but étant alors de sortir cette dernière branche de l'activité de service public, du monopole dans lequel il est traditionnellement placé pour l'introduire dans un environnement concurrentiel. Pour le législateur communautaire lorsque l'activité de service public est une activité économique, elle doit être soumise aux lois du marché. La gestion des services publics doit se discuter sur le marché commun. Elle doit être un vecteur d'intégration. Le droit communautaire conduit ainsi à une «laïcisation»⁶⁰³ des services publics ayant un caractère économique en exigeant que leur organisation permette des «créer des conditions de fonctionnement concurrentiel».

Dans l'identification des délégations de service public, le critère tiré de l'objet du contrat, «*que nul ne récuse*»⁶⁰⁴ est complété par celui tiré du mode de rémunération du cocontractant qui contribue également à l'extension de la notion.

§ 2. UN CRITERE FINANCIER EXTENSIF

L'élargissement du critère financier de la délégation de service public tient au fait qu'il ne se limite pas, comme c'était le cas avec la concession, aux seules redevances perçues sur les usagers (A). La conception jugée trop extensive, du critère financier de la délégation de service public, lui a valu beaucoup de critiques. Il n'en demeure pas moins qu'il reste un complément utile au critère tenant à l'objet du contrat (B).

⁶⁰² Edouard GNIMPIEBA TONNANG et Marien Ludovic NDIFFO KEMETIO, «Les services publics dans l'état du droit de la concurrence de la CEMAC», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2011, n°15, pp. 261-281).

⁶⁰³ Robert KOVAR, «Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, n°2, pp. 215-242 (1^{er} partie) et n° 3, pp. 492-533 (2^e partie). Didier, LINOTTE, *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 2003, 5^e éd 450 p.

⁶⁰⁴ Jean-Claude DOUENCE, «Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération», *RFDA*, 1999, n°6, p. 1134-1146.

A. DES MODALITES DE REMUNERATION DEPASSANT LA SEULE REDEVANCE VERSEE PAR LES USAGERS

Le critère tiré de la rémunération du délégataire par une redevance versée par les usagers est un critère classique des contrats par lesquels les personnes publiques confient à un tiers la gestion d'un service public. Il a toujours servi à distinguer les marchés publics des contrats de concession⁶⁰⁵. Dès 1916 le commissaire du gouvernement CHARDENET dans ses conclusions sur l'arrêt *Gaz de Bordeaux*⁶⁰⁶ a fait reposer la ligne de démarcation entre le marché public et la concession sur ce critère. Aussi, définissait-il la concession comme le «*contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public*». La jurisprudence et la doctrine ont perpétué avec quelques nuances⁶⁰⁷, cette conception selon laquelle pour recevoir la qualification de concession il faut que le contrat subordonne la rémunération du cocontractant aux redevances versées par les usagers.

L'évolution jurisprudentielle a revêtu un aspect double. En effet, tout en s'attachant à rappeler, à chaque fois que l'occasion se présentait, l'importance qu'elle donnait à la distinction prix versé par l'administration - redevances perçues sur les usagers, elle a en même temps modulé ce dernier critère afin de prendre en compte les contrats qui en raison de leur mode financement ne pouvaient rentrer dans la catégorie des marchés publics et en plus n'étaient pas des concessions.

⁶⁰⁵ Dès lors que le cocontractant est rémunéré par un prix payé par l'autorité contractante la qualification de marché public et corrélativement la soumission de la passation du contrat à une procédure formaliste s'imposait. François LLORENS «Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public», in *Gouverner, administrer, juger: liber amicorum Jean WALINE*, Paris, Dalloz, 2002, pp.301-318.

⁶⁰⁶ CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *Lebon*, p. 125, Dalloz 1916, III.

⁶⁰⁷ François BRENET, *op. cit.*, vol. 2, p. 535. André de LAUBADÈRE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ, *op. cit.*, n° 236.

Aussi, le critère tiré de la rémunération du cocontractant a évolué pour s'adapter à la pratique des contrats de gestion déléguée. La jurisprudence *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc* a révélé cette évolution au grand jour⁶⁰⁸. Avec cette décision est apparue une double inflexion du critère financier⁶⁰⁹. La première consiste en son extension de la concession à l'ensemble des contrats considérés comme des délégations de service public. La seconde modulation du critère vient de son extension de la perception de redevances versées par les usagers, à une rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. Autrement dit, il peut y avoir une délégation de service public sans que le délégataire ne perçoive de redevance provenant des usagers. La redevance versée par les usagers n'est qu'un aspect du critère financier plus large dont l'essence est que le délégataire doit tirer sa rémunération de l'exploitation du service. Aussi, la rémunération peut être payée par l'autorité délégante mais il faut qu'elle ait un lien avec l'exploitation du service. Par ce glissement, l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc* s'attache à concilier l'évolution des pratiques contractuelles et le maintien de la logique qui a toujours animé la jurisprudence⁶¹⁰.

En effet, l'existence d'une rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation a toujours été présente dans la jurisprudence⁶¹¹. Elle renvoie à l'idée de

⁶⁰⁸ Conseil d'Etat, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, Rec. Lebon, 1996, p. 137. Christophe CHANTEPY, «Marchés d'entreprise de travaux publics : marchés publics ou délégations de service public? Conclusions sur Conseil d'Etat, 15 avril 1996, n°4, *Préfet des Bouches-du-Rhône*», *RFDA* 1996, n°4, pp. 715-718.

⁶⁰⁹ Jean-Claude DOUENCE, «Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération», *op. cit.*

⁶¹⁰ Marion UBAUD-BERGERON, «Loi MURCEF, la définition législative des délégations de service public» *JCP Générale*, 2002, n° 14, I, pp. 649-656.

⁶¹¹ Philippe TERNEYRE, « Marchés d'entreprise de travaux publics : marchés publics ou délégations de service public? Note sous Conseil d'Etat, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*», *RFDA*, 1996, n°4, pp.718-722.

fluctuation⁶¹², de risque financier supporté par le cocontractant et nécessaire pour qualifier un contrat de délégation de service public⁶¹³.

Dans les réformes étudiées, les dispositions relatives à la délégation de service public ont repris l'énoncé de la jurisprudence Préfet des Bouches- du-Rhône avec quelques nuances.

Au Sénégal, ce qu'il faut d'emblée noter c'est une contradiction entre les dispositions du Code des obligations de l'administration qui est la loi fondamentale en matière de contrats administratifs et le Code des marchés publics. Le Code des obligations de l'administration complète la définition de la délégation de service public en stipulant que dans un tel contrat, *«la rémunération du délégataire est totalement ou essentiellement liée aux résultats provenant des revenus de l'exploitation du service»*. Cet énoncé diffère de celui figurant dans le Code des marchés publics, qui définit la délégation de service public comme un contrat dans lequel *«la rémunération [du délégataire] est substantiellement liée aux résultats»*. Mais la loi relative au COA ayant une autorité supérieure au décret portant Code des marchés, l'analyse se basera sur les dispositions du premier texte⁶¹⁴. De par son énoncé, l'article 10 du COA fait peser la totalité ou la plus grande part de la rémunération du délégataire sur les résultats de l'exploitation. Une telle conception diffère de celle retenue par la jurisprudence.

En effet, précisant l'idée de rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, le juge administratif français, a considéré dans l'arrêt *SMITOM*, que substantiellement ne signifiait pas majoritairement. Les recettes substantielles sont justes significantes. Partant de là, il a jugé que lorsque la part de rémunération du

⁶¹² Xavier BEZANÇON, Christian CUCCHIARINI, Philippe COSSALTER, et Michel DESTOT, *Le guide de la commande publique: marchés publics, contrats de partenariat public-privé, délégations de service public*, Paris, Le Moniteur, 2e éd. 2009, p. 202.

⁶¹³ Pour de plus amples développements voir Gilles J. GUGLIELMI et Geneviève KOUBI, *op. cit.*, pp. 417-422. Voir aussi Lucien RAPP, «La prise en compte du critère économique et financier dans les contrats publics: le risque d'exploitation», *Bulletin juridique des contrats publics*, n°9, mars 2000, pp. 82-91.

⁶¹⁴ Moustapha NGAIDE note à cet égard combien il est «curieux» que le législateur précise dans l'exposé des motifs de la loi modifiant la COA, que cette révision était nécessaire afin que la loi soit adaptée au décret portant code des marchés publics. Moustapha NGAIDE, *op. cit.*, p. 116.

délégataire, qui ne correspond pas au prix versé par le délégant, mais provient de recettes d'exploitation liées au traitement des déchets d'autres usagers non adhérents, est d'environ 30% de l'ensemble des recettes, on peut considérer que la rémunération prévue pour le cocontractant est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service⁶¹⁵. De ces précisions, il ressort que la quantification de la rémunération du délégataire provenant de l'exploitation du service est différente selon que l'on se réfère au COA ou à la jurisprudence française.

Le décret du 24 septembre 2004 portant Code des marchés publics du Cameroun reprend quant à lui la formule de l'arrêt préfet des Bouches-du-Rhône. Selon l'article 5, dans une délégation de service public, *«la rémunération [du délégataire] est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service»*. Les rédacteurs du Code des marchés publics du Cameroun lie la rémunération du délégataire à l'exploitation du service mais lui accorde une proportion moindre par rapport à celle retenue dans le COA.

Le lien entre la rémunération du délégataire et les recettes tirées de l'exploitation du service s'amointrit d'avantage à la lecture du Code des marchés publics du Burkina Faso et du décret du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariat public-privé. Il résulte de ces deux textes que la *«rémunération [du délégataire doit être] liée ou*

⁶¹⁵ CE, 7ème et 10ème sous-sections réunies, 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais (SMITOM), *Lebon*, 1999. Catherine BERGEAL, «Conclusions sur CE, 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais», *Cahiers Juridiques de l'électricité et du gaz*, 1999, n° 558, pp. 344-356. Jean-Marc PEYRICAL, «note sous CE, 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais», *AJDA*, 1999, pp. 723-724. La rémunération prévue par le contrat de régie intéressée que le syndicat mixte de traitement des ordures ménagères souhaitait conclure pour l'exploitation des éléments d'une filière de traitement des déchets ménagers était composée, d'une part, d'un prix payé par le syndicat pour le traitement des déchets des adhérents du syndicat et, d'autre part, d'une partie variable provenant des recettes d'exploitation liées au traitement des déchets d'autres usagers non adhérents, de la vente de l'énergie produite et des éventuelles recettes supplémentaires liées aux performances réalisées dans le traitement des déchets. La part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par le syndicat devait être d'environ 30% de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant. Dans ces conditions, la rémunération prévue pour le cocontractant était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service.

substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation».⁶¹⁶ Cet énoncé n'est pas des plus clairs certes mais il a le mérite d'être plus proche de la réalité de la pratique de la gestion déléguée des services publics.

La condition alternative d'une rémunération liée à l'exploitation du service ou d'une rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation élargit le champ des contrats pouvant être qualifiés de DSP dans la mesure où elle donne un plus large choix de modalités de la rémunération du délégataire. De l'expression «rémunération liée à l'exploitation», il ne ressort aucune exigence tenant à la part de rémunération qui doit provenir de l'exploitation du service. Aussi réduit-elle de façon considérable l'idée de risque supporté par le délégataire.

Or, c'est cette idée que l'on dit être à la base de la construction jurisprudentielle du critère financier de la délégation de service public. Pour déterminer si la rémunération du délégataire est substantiellement ou non liée à l'exploitation du service, le juge recherche l'existence d'un risque supporté par le cocontractant de l'administration. Mais en considérant que la rémunération peut juste être liée à l'exploitation du service et ce, de façon non substantielle, ni essentielle, ni totale, les textes du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire, réduisent l'idée du risque et vide le critère financier de son sens. Car vu sous cet angle, il ne présente plus de différence avec le critère financier du marché public.

En effet, lorsque le lien entre la rémunération du délégataire et l'exploitation du service devient lâche, c'est la distinction entre marchés publics et DSP qui risque d'être remise en question. Ainsi qu'il sera observé, les critiques adressées au critère financier de la délégation de service public reposent d'ailleurs sur ces considérations. Lorsque le risque est enlevé de la rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, ce critère ne devient plus opérant pour fonder une distinction.

⁶¹⁶ Art 1 décret n° 2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariats public-privé, *Journal Officiel* n° 10 du Jeudi 7 Mars 2013 et art 1. parag. 14, décret n° 2009-173 portant code des marchés publics au Burkina Faso, *op. cit.*

En dépit de la part plus ou moins importante qu'elles donnent à la rémunération par leur énoncé, les dispositions qui viennent d'être analysées font néanmoins du critère tiré du mode de rémunération du délégataire un élément important mais qui vient en complément du critère relatif à l'objet du contrat. Certes le critère financier de la délégation de service public n'est pas exempt de critiques⁶¹⁷, néanmoins, une certaine logique lui a été reconnue. Le Professeur François LLORENS, notamment, estime qu'il constitue un complément utile et une donnée qui confirme le critère matériel à savoir «*le transfert de la responsabilité*» de la gestion de l'activité en cause⁶¹⁸. Le fait que le cocontractant assume les conséquences financières de l'exploitation, permet de concevoir, qu'il lui soit confié l'entière responsabilité du service. En ce sens, le critère financier assure «*une fonction juridique subsidiaire*»⁶¹⁹. Son importance dans l'identification des DSP se vérifie encore en dépit des remous qu'il connaît.

B. UN COMPLÉMENT UTILE AU CRITÈRE TENANT À L'OBJET: ILLUSTRATION À TRAVERS LA DÉCISION DU 15 SEPTEMBRE 2010 DE L'ARMP DU SÉNÉGAL

La décision rendue par le Comité de règlement des différends de l'ARMP du Sénégal le 15 septembre 2010, constitue une illustration de l'utilité du critère du mode de rémunération dans la distinction des différents contrats de la commande publique⁶²⁰.

⁶¹⁷ Eric DELACOUR, *op. cit.*, vol. 2, p. 494 et s.

⁶¹⁸ François LLORENS «Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public», *op. cit.*, p. 303 et s.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

⁶²⁰ Décision n° 127/10/ARMP/CRD du 15 septembre 2010 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la dénonciation de la Société nationale des télécommunications (SONATEL) concernant la procédure relative au contrat dit de partenariat entre l'Agence de régulation des télécommunications et des postes (ARTP) et la Société Global Voice Group (GVG) S.A, ayant pour objet l'assistance pour la mise en place d'un système de contrôle et de tarification des communications téléphoniques internationales entrantes au Sénégal, http://armp.sn/images/D%C3%A9cisions/D%C3%A9cisions_No_127_-_10.pdf ou www.armp.sn (rubrique décisions).

Le 12 janvier 2010, sur le fondement de l'article 76 du Code des marchés publics (décret du 25 avril 2007 abrogé), l'Agence de régulation des télécommunications et des postes (ARTP ci-après), a sollicité l'autorisation de la Direction centrale des marchés publics (DCMP ci-après) pour passer un marché de prestation de service par entente directe avec la Société Global Voice Group (GVG ci-après). L'objet du contrat était de confier à la Société GVG la mise en place d'un système de contrôle et de tarification des communications téléphoniques internationales entrants au Sénégal.

La DCMP, organe de contrôle *a priori* de la passation des contrats de la commande publique, a dans un premier temps rejeté la demande de l'ARTP au motif que le projet de contrat qui lui est soumis n'est pas un marché public mais un contrat de partenariat public-privé. Dans cet avis en date du 15 janvier 2010, après avoir relevé que la rémunération du cocontractant sera indexée sur le tarif des appels internationaux, elle juge que c'est un mode de rémunération du cocontractant qui est fonction des redevances perçues sur les usagers. Partant de là, la DCMP suggère à l'ARTP de modifier les arguments à la base de sa demande d'autorisation et de la fonder non pas sur l'article 76 relatif aux conditions du recours aux marchés de gré à gré mais sur l'article 80 du Code des marchés publics dont le paragraphe 5 définit les modalités de recours à la procédure d'entente pour directe pour passer un contrat de partenariat public-privé ou de Délégation de service public.

Conformément à cet avis, l'ARTP a réintroduit, le 2 février 2010, auprès de la DCMP une demande d'autorisation pour passer un contrat de partenariat public-privé par entente directe. Cette seconde demande fut rejetée. Finalement, le 11 mars 2010, conformément aux dispositions de l'article 80 du Code des marchés publics de 2007, l'organe de contrôle *a priori* délivra un avis de non objection pour la passation par entente directe d'un contrat de partenariat public-privé entre l'ARTP et la société GVG.

Le 28 mai 2010 le décret présidentiel instituant un système de contrôle et de tarification des communications téléphoniques internationales entrant en République du

Sénégal est adopté. Le 23 juin 2010, l'ARTP publie un communiqué annonçant d'une part la mise en place d'un système de contrôle des communications téléphoniques internationales et d'autre part l'octroi à la Société GVG du contrat relatif à la mise en place d'un tel système.

C'est sur la base de cette publication que, le 9 août 2010, le directeur général de la Société Nationale des Télécommunications (SONATEL) saisit le président du Comité de règlement des différends pour contester le contrat passé entre l'ARTP et la Société GVG et qu'il qualifie, lui de marché de gré à gré.

A l'appui de sa demande le Directeur de la SONATEL avance d'une part que le recours à la procédure de gré à gré n'était pas justifié dans la mesure où, il existait sur le marché d'autres entreprises disposant des qualifications nécessaires pour réaliser les prestations sollicitées par l'ARTP. Par conséquent il conteste la validité de l'avis de non objection de l'organe chargé du contrôle *a priori*. D'autre part, le requérant remet en cause l'opportunité du contrat car il estime que son coût est prohibitif⁶²¹.

En sa qualité de défendeur, l'ARTP avance que le recours à la procédure d'entente directe se fonde, conformément à l'article 76 du Code des marchés publics qui définit les conditions de recours aux contrats par entente, d'une part sur l'exclusivité de la solution proposée par la Société GVG et d'autre part sur le fait que ce contrat met en jeu la sécurité nationale.

Deux questions principales se posaient alors au Comité de règlement des différends. La première avait trait à l'opportunité pour l'ARTP de conclure un tel contrat

⁶²¹ Le CRD relève que «dans une interview, le directeur de la société GVG, a estimé l'investissement nécessaire pour réaliser les prestations objet du contrat entre 15 et 20 millions de dollars. Alors que selon le directeur de la SONATEL, son entreprise a investi pour le même type d'équipement environ 2 millions d'euros. Ensuite, face aux annonces de l'autorité contractante qui a estimé les gains de l'Etat à 5 milliards de FCFA par mois et annoncé que le partage des revenus entre l'ARTP, représentant l'Etat, et Global Voice sera de 51/49, ce qui fait que Global Voice sera rémunéré à 4,8 milliards de FCFA/mois. Face à l'importance des sommes annoncées, la SONATEL, demandeur dans cette affaire s'interroge sur la teneur des investissements et des services en cause». p.3 de la décision

au regard de son coût excessif. La seconde, portait sur la régularité de l'avis de non objection autorisant la conclusion du contrat en cause. Mais avant d'apporter une réponse à chacune de ces questions, le Comité de règlement des différends devait en régler une sous-jacente et essentielle, celle de la qualification du contrat en cause. On rappelle qu'au départ l'autorité contractante l'avait qualifié de marché par entente directe. la DCMP lui a suggéré la qualification de contrat de partenariat public-privé qu'elle a fini par retenir alors que pour le requérant il s'agit d'un marché de gré à gré.

S'agissant de l'opportunité du contrat, l'organe de règlement des différends a rejeté les prétentions du demandeur au motif que conformément à l'article 24 du Code des marchés publics, l'autorité contractante détermine librement ses besoins. Et pour ce qui est de la régularité de l'autorisation de conclure un marché par entente directe, le CRD a jugé que cette décision était mal fondée et irrégulière. En effet, l'organe de contrôle *a priori* ne peut se fonder sur les seules déclarations de l'autorité contractante, elle doit procéder à la vérification des informations que l'autorité contractante a transmises à la DCMP conformément à l'article 80 du Code des marchés publics

Concernant l'identification du contrat, le CRD rejette la qualification de MP qu'avait retenue l'autorité contractante et celle de partenariat public-privé qu'avait proposée la DCMP. Pour ce faire, il se fonde d'abord sur le fait que dans l'objet du contrat litigieux, *«il ne peut être identifié aucune mission globale de financement, de réalisation d'investissements matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien et leur exploitation»*.

Ensuite, prenant en compte la durée de 5 ans du contrat contesté, le CRD a considéré que, *«la durée de cinq (5) ans du contrat n'est adossée ni à la durée d'amortissement des investissements ni aux modalités de leur financement»*, ce qui renforce l'exclusion de la qualification de partenariat public-privé.

Enfin, analysant la rémunération de la société GVG, le CRD relève que celle-ci n'est pas assurée par un prix versé par l'ARTP et n'est pas non plus liée à des objectifs de

performance qui lui sont assignés. Cette observation le conduit à rejeter définitivement les qualifications de marché public et de contrat de partenariat public-privé concernant le contrat litigieux.

L'organe de règlement des litiges qualifie donc le contrat litigieux de délégation de service public en s'appuyant d'une part sur le fait que dans sa lettre n° 00010 MEF/DCMP/DS I du 15 janvier 2010, la DCMP a de façon pertinente relevé que *«les modalités de rémunération (...) sont fonction des redevances perçues sur les usagers parce que, directement indexées sur le trafic international à travers une grille de répartition de celui-ci entre les Opérateurs, l'Etat et GVG»*.

D'autre part, l'organe de règlement des litiges invoque tant le projet de contrat que le décret n° 2010-632 du 28 juin 2010 instituant un système de contrôle et de tarification des communications téléphoniques internationales entrant en République du Sénégal, qui font ressortir que la rémunération de GVG provient des revenus de l'exploitation du service public délégué. Cette rémunération consistant *«en une quote-part sur le tarif par minute du trafic fixe et mobile des Opérateurs, rapporté au volume d'appels entrants sur la période de référence pour le calcul de sa rémunération qui est le mois précédent la présentation de la facture aux opérateurs par l'ARTP»*.

Dans son argumentaire, le comité de règlement des différends, a souligné l'importance de l'objet du contrat dans la distinction entre les différents contrats administratifs. Mais le véritable apport de cette décision réside dans le fait que l'organe de règlement des différends a montré que lorsque les autorités contractantes procèdent à des montages contractuels complexes⁶²², il existe des critères traditionnels et constants qui permettent toujours de ramener le contrat dans une des catégories de la commande publique. C'est cette fonction essentielle du critère tiré du mode de rémunération du

⁶²²Nil SYMCHOWICZ et Philippe PROOT, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes: analyse et aide à la décision*, Paris, France, Éd. Le Moniteur, 2012, 628 p. Nil SYMCHOWICZ, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, Impr. nationale, 2003, 353 p. Philippe TERNEYRE, «Les montages contractuels complexes», *AJDA*, n° spécial (Transparence, financement, exécution: unité et diversité d'un droit en mutation), 1994, pp. 43-58,

contrat qu'il a rappelé dans cette décision⁶²³. Le mode de rémunération a permis au CRD de définir la nature d'un contrat plus que complexe.

Il apparaît ainsi que le mode de rémunération du contrat, peut parfois être bien plus qu'un critère complémentaire, mais un critère principal. D'ailleurs, il a déjà été préconisé face au caractère fluctuant et incertain de la nature du service public, de mettre en avant le critère du mode de rémunération et plus précisément celui du transfert du risque économique découlant directement des modalités de rémunération du cocontractant. Selon certains auteurs, il s'agit là d'un critère «*réellement tangible*»⁶²⁴. Cette approche mérite d'être considérée avec beaucoup d'intérêt face à l'exigence de clarté des notions nécessaires à l'application de différents régimes juridiques.

La notion de délégation de service public est une notion générique. Les textes qui la consacrent précisent les contrats qui rentrent dans cette catégorie. Leur analyse montre une modulation de leur critère dans la pratique. Si cela a pu être vu comme une cause de dénaturation de ces contrats, il en ressort surtout un assouplissement de leurs critères de qualification contribuant à l'ouverture de la catégorie des DSP à de nombreux montages contractuels.

⁶²³ Concernant les suites de cette affaire, pour tenir compte de la décision du comité de règlement des différends, l'application des articles 6 à 11 du décret n° 2010-632 du 28 mai 2010 instituant un système de contrôle et de tarification des communications téléphoniques internationales entrant en République du Sénégal (*J.O.* n° 6531 du Samedi 12 juin 2010) a été suspendu par le décret n° 2010-1524 du 19 novembre 2010.

Le 24 août 2011, le décret 2010-632 du 28 mai 2010 est abrogé et remplacé par le décret n° 2011-1271. Paradoxalement ce décret a aussi pour objet d'instituer un système de contrôle et de taxation des communications téléphoniques internationales entrant en République du Sénégal. Les articles 6 et 11 jadis suspendus y figurent. Il a été abrogé par le décret n° 2012-500 du 10 mai 2012 (*J.O.* n° 6667 du mercredi 30 mai 2012).

⁶²⁴ CJCE, (6^e ch.), affaire n° C 324/98 du 7 décembre 2000, Teleaustria Verglasd GmbH, Telefonadress GmbH et Telekom Austria AG, Conclusions Nial FENNELLY, Observations Christine MAUGUE, *Bulletins juridique des contrats publics*, 2001 n°15, pp.132-146

§3. DES CRITERES MODULEES DANS LA PRATIQUE REVELANT UNE ORIGINALITE DE LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC EN AFRIQUE

La notion générique de délégation de service public regroupe notamment le contrat de concession, l'affermage, la régie intéressée⁶²⁵. L'étude va cependant être limitée aux contrats les plus usités dans la catégorie des DSP à savoir le contrat de concession et le contrat d'affermage. Leur analyse montre qu'à l'épreuve de la pratique, les critères d'identification de la DSP connaissent des assouplissements. Mais ce qu'il faut voir au delà de ces assouplissements, c'est une certaine originalité de la conception du droit des contrats de concession et d'affermage en Afrique.

A. ILLUSTRATION A TRAVERS LE CONTRAT DE CONCESSION

Naturellement et de prime abord, c'est à la concession de service public auquel font référence tous les textes pour déterminer les contrats entrant dans la catégorie des délégations de service public.

Au Sénégal, l'article 10 de la loi 30 juin 2006 modifiant le Code des obligations de l'administration définit la concession comme un *«contrat par lequel une personne publique charge le concessionnaire soit d'exécuter un ouvrage public ou de réaliser des investissements relatifs à un tel ouvrage et de l'exploiter en vue d'assurer un service public, soit uniquement d'exploiter un ouvrage ou des équipements publics en vue d'assurer un service public. Dans tous les cas le concessionnaire exploite le service public en son nom et à ses risques et périls en percevant des rémunérations des usagers de l'ouvrage ou des bénéficiaires du service concédé»*.

⁶²⁵ Pour un inventaire: Moussa SAMB, «Privatisation des services publics en Afrique Sub-Saharienne, A l'heure des bilans», *Afrilex*, 2009, <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/privatisation-des-services-publics.html> (dernière consultation, 02/12/14).

La gestion du service public et la prise en charge par le concessionnaire des risques d'exploitation sont les deux grands traits du contrat de concession. Ils permettent de la distinguer de la régie intéressée. Ce dernier est un contrat par lequel une personne publique confie l'exploitation d'un service public, dont elle a financé l'établissement, à un cocontractant qui en assume la gestion pour le compte de ladite personne publique et en étant rémunéré sur la base des revenus ou des résultats de l'exploitation du service⁶²⁶. La rémunération du régisseur intéressé figure en dépense dans le budget de l'autorité contractante⁶²⁷. A la différence du concessionnaire, le régisseur intéressé n'exploite pas le service pour son compte mais pour celui de la personne publique, raison pour laquelle il est soumis au contrôle étroit de la personne publique.

Le contrat de concession peut aussi avoir pour objet la réalisation par le concessionnaire de travaux publics. Par ce type de contrat, la personne publique charge le concessionnaire de réaliser des travaux publics et d'exploiter ensuite l'ouvrage qui en résulte moyennant une rémunération basée sur les résultats financiers de l'exploitation. La concession de travaux publics est très peu usité en raison de l'ampleur des coûts et risques

⁶²⁶ Ces caractéristiques de la régie intéressée ressortent bien dans les définitions adoptées par les législations nationales. Ex: La régie intéressée est définie comme un contrat dans lequel «une personne publique confie l'exploitation d'un service public à un cocontractant qui en assume la gestion pour le compte de ladite personne publique et reçoit de cette personne publique une rémunération calculée en fonction des revenus ou des résultats de l'exploitation du service»: art. 10 (nouveau) de la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant la loi du n°65-61 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'administration du Sénégal, *JO*, n°6291 du 5 août 2006. Un autre exemple peut être tiré de l'article 1^{er} du décret portant Code des marchés publics au Gabon (Décret n°254/PR/MEDD du 19 juin 2012 portant Code des marchés publics, *op. cit.*), qui définit la régie intéressée comme un «contrat par lequel l'autorité contractante finance elle-même l'établissement d'un service, mais en confie la gestion à une personne morale de droit public ou privé qui est rémunérée par l'autorité contractante, tout en étant intéressée par les résultats, que ce soit au regard des économies réalisées, des gains de productivité ou de l'amélioration de la qualité du service».

⁶²⁷ La classification de la régie intéressée dans la catégorie des délégations de service public, a pu soulever des interrogations dans la mesure où le risque d'exploitation supporté par le régisseur intéressé était difficilement perceptible vu qu'il bénéficie dans sa rémunération «d'un minimum garanti». Mais en réalité les risques supportés par le régisseur intéressé ne sont pas nuls. Sa rémunération reste liée aux résultats d'exploitation. Elle varie en fonction du chiffre d'affaire réalisée et ses primes de gestion sont aussi variables. Ce qui a conduit les juges (TA Besançon, ordonnance du 26 novembre 2001, Soc. Gesclub c/ Communauté de communes du Val de Morteau, *AJDA* 2002, n° 4, pp. 338-341, note Olivier. Raymundie.) à considérer qu'un contrat dans lequel «le mode d'intéressement du cocontractant de l'administration ne fait dépendre qu'à la marge sa rémunération de l'efficacité de sa gestion et des résultats qu'il aura obtenus» ne peut être considéré comme un contrat de régie intéressée: Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU et Clotilde, DEFFIGIER, *op. cit.*, p. 377).

que doit supporter le concessionnaire. L'avènement du contrat de partenariat public-privé qui est beaucoup plus avantageux pour le secteur privé risque de lui enlever tout intérêt.

Le Code des marchés publics du Cameroun ne donne pas une définition spécifique du contrat de concession. Le texte se limite à l'énumération des contrats rentrant dans la catégorie des délégations de service public. Ainsi, selon l'article 41 du décret portant Code des marchés publics, *«les délégations comprennent les régies intéressées, affermages, l'opération de réseaux ainsi que les concessions de service public, qu'elles incluent ou non l'exécution d'ouvrages publics»*.

Il faut dire que si la concession est apparue dans la législation camerounaise post colonial dès 1972 avec l'ordonnance du 26 août 1972 fixant l'organisation de la Cour suprême⁶²⁸, il a fallu attendre les années 90 pour qu'elle se développe véritablement dans la cadre des politiques de privatisation⁶²⁹. L'ordonnance du 22 juin 1990 relatif à la privatisation des entreprises du secteur public et parapublic et son décret d'application du 30 août 1990 ont consacré cette technique contractuelle comme modalité de privatisation des activités de service public gérées par ces entreprises. Ce qui a donné à la concession un véritable regain d'intérêt⁶³⁰. C'est sur la base de ces textes qu'ont été adoptées les lois de

⁶²⁸ J.O.R.U.C du 1^{er} octobre 1972. Cette ordonnance tout comme la loi n° 2006/022 du 29 Décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs (art. 2, parag. 2), dispose que *«le contentieux administratif comprend (...) les litiges concernant les contrats (à l'exception de ceux conclus même implicitement sous l'empire du droit privé) ou les concessions de service public»*, http://www.coursupreme.cm/Lois/LOI_N_2006-022_29_DEC_2006.pdf (dernière consultation 01/12/14).

⁶²⁹ Avant cette date la concession était pratiquée: Exemple: la Société Nationale des Eaux du Cameroun gérait depuis 1968 le service de l'eau potable dans 103 centres, dans le cadre de quatre conventions de concession signées pour 40ans :

- concession de la distribution publique d'eau potable de Douala du 30 octobre 1968
- concession de la distribution publique d'eau potable de Yaoundé du 30 octobre 1968
- concession de la distribution d'eau potable de Garoua du 30 septembre 1970
- concession de la distribution publique d'eau potable des centres secondaires du 30 novembre 1968

⁶³⁰ Ordonnance n° 90/004 du 22 juin 1990 relative à la privatisation des entreprises publiques et parapubliques adoptée sur la base de la loi n° 89/030 du 29 décembre 1989, *Juridis info*, n°3, Juillet-septembre 1990, p.84. A propos des privatisations au Cameroun, voir notamment, Célestin TCHACOUNTE LENGUE, *Les privatisations en Afrique: l'exemple du Cameroun*, Paris, l'Harmattan, 2011, 315 p.

privatisation qui ouvraient au secteur privé à travers notamment des contrats de concession, la gestion des services publics dits de grandes infrastructures⁶³¹.

Mais ni la loi de 1972, ni les juridictions camerounaises n'ont donné à la concession une définition⁶³². La doctrine administrative camerounaise s'est également détournée de cette notion⁶³³. Ce sont donc avec les lois de privatisation et en particulier celle du 24 décembre 1998 régissant le secteur de l'électricité au Cameroun que va apparaître une définition du contrat de concession considéré comme «une convention conclue de manière exclusive entre l'Etat et un opérateur, lui permettant d'exploiter le domaine public dans des limites territoriales précises, en vue d'assurer la production, le transport et la distribution (...) sur la base d'un cahier des charges».

La concession a aussi été une technique privilégiée de privatisation de la gestion des services publics qui relevaient des entreprises publiques au Burkina Faso⁶³⁴ et en Côte

⁶³¹ - pour le service postal: notamment Loi n° 99/002 du 07 avril 1999 relative à l'activité postale au Cameroun, *JO* du 13 avril 1999. Voir à ce propos, Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, «Les aspects juridiques de la réforme de l'activité postale au Cameroun» (Loi n° 99/002 du 7 avril 1999), *Revue EDJA*, n° 45 avril-mai-juin 2000 pp. 43-60

- pour l'électricité: Loi n° 98/022 du 24 décembre 1998 Régissant le secteur de l'électricité abrogé par Loi n° 2011/022 du 14 décembre 2011 régissant le secteur de l'électricité

- les télécommunications: Loi n° 98/0104 du 14 juillet 1998 régissant les télécommunications au Cameroun, *Juridis Info, Revue de législation et de jurisprudence camerounaise*, n°36, octobre-novembre-décembre 1998, pp. 2-13. Gérard PEKASA NDAM, «La réforme du secteur des postes et télécommunications au Cameroun», *Revue africaine des sciences juridiques*, 2000, n°1, vol. 1, pp. 97-104.

Pour une analyse d'ensemble, voir Célestin SIETCHOUA DJUITCHOKO, *op. cit.*

⁶³² Ex: Cour suprême/Chambre administrative, jugement du 27 octobre 1988, Compagnie forestière Shanga Oubangui c/ Etat du Cameroun. Dans sa note sous cette décision, Roger Gabriel NLEP, attire l'attention sur le fait que la Cour suprême ait éludé la question de la définition de la concession et de l'affermage alors que cette affaire lui offrait l'occasion de les préciser. *Recueil Penant*, n° 206, juin 1991, pp. 276-286

⁶³³ D'importantes études sur l'administration et le droit administratif au Cameroun ont fait abstraction de la concession. Ex: Roger-Gabriel NLEP, *L'administration publique camerounaise: contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986, 406 p. Joseph OWONA, *Droit administratif spécial de la République du Cameroun: fonction publique, expropriation, biens publics, marchés publics, contentieux administratif*, Paris, EDICEF, 1985, 256 p

⁶³⁴ Filiga Michel SAWADOGO, La privatisation des entreprises publiques au Burkina Faso, *Revue Burkinabé de droit*, n° 27, janv. 1995, pp. 9-38. L'auteur précise néanmoins que la privatisation à travers la concession a été rarement pratiquée au Burkina Faso.

d'Ivoire. On peut aussi citer le cas du Gabon⁶³⁵, du Mali⁶³⁶, etc. L'objectif visé par le recours à cette technique était de rendre la gestion plus efficace et plus lucrative, tout en conservant dans le secteur public le patrimoine ou tout ou partie du capital⁶³⁷. Par contre, les premières concessions n'étaient pas automatiquement le fruit d'une libéralisation dans le secteur concerné. Très souvent on passait d'un monopole public à un monopole privé dans lequel l'Etat garantissait parfois au concessionnaire privé, le monopole de l'exploitation⁶³⁸. La mise en concurrence était limitée au moment de la dévolution au secteur privé des services publics qui relevaient des entreprises du secteur public.

⁶³⁵ Pour d'autres exemples de recours à la concession pour la gestion des services publics, voir par exemple, Laurent THORRANCE, Alioune FALL, Michel LECERF et Pierre MICHAUX, «*Organisation d'une conférence régionale sur les partenariats public-privé à Dakar*», *Catalogue Méthodologique*, juin 2008, p. 28-58. Sophie TREMOLET, «Un point sur les privatisations de l'eau en Afrique», *Annales des mines*, avril 2006, pp. 59-68. Jean-Claude BERTHELEMY (sous la dir. de), *Les privatisations en zone franc : synthèse des travaux du groupe de travail MINEFI / AFD*, Document de travail n° 28, septembre 2006, (Agence Française de Développement- Département de la Recherche), 43 p.

⁶³⁶ Exemple du contrat de concession signé en janvier 2001 entre le gouvernement du Mali et EDM-SA. Le contrat est passé à la suite d'un appel d'offres précédé d'une présélection. EDM était l'opérateur historique. Suite à la désignation de l'attributaire, le gouvernement du Mali, a, en décembre 2000 vendu 60% de ses parts dans le capital d'EDM au concessionnaire, le consortium formé par SAUR International et IPS WA (filiale du groupe Aga Khan). A la suite de cette privatisation est créée la société EDM SA. Le concessionnaire avait en charge la production, le transport et la distribution de l'énergie électrique et de l'eau potable sur le territoire du Mali. Conclu pour une durée de 20 ans, le contrat a été résilié en 2005 suite à des dissensions entre les actionnaires majoritaires de la société concessionnaire et le concédant.

⁶³⁷ La concession de l'aéroport d'Abidjan fournit une illustration de cette technique contractuelle: A la suite d'un appel à manifestation d'intérêt, l'exploitation de l'aéroport d'Abidjan a été concédée à la Société d'exploitation et de gestion aéroportuaire (SEGAP) en 1996, pour une durée de 15 ans. Le contrat a été renouvelé à pour une durée de 20 ans. La SEGAP a créé une société de projet concessionnaire dénommée Aéroport international d'Abidjan (AERIA). AERIA est responsable de l'exploitation et du développement de l'aéroport d'Abidjan depuis le 1^{er} juillet 1996. En vertu de l'accord de concession, L'Etat de Côte d'Ivoire détient 20% de la société de projet. Cette dernière a en charge l'exploitation et l'entretien des actifs de l'aéroport et durant les quatre premières années de la concession elle avait à sa charge le financement et l'exécution d'un programme d'investissements visant la modernisation et l'extension de l'aéroport. Elle est rémunérée sur les recettes aéronautiques et les recettes commerciales (frais de stationnement, loyers) qu'elle tire de l'exploitation de l'aéroport. AERIA reverse une redevance de concession s'élevant à 20% du chiffre d'affaires total à SEGAP, la société concessionnaire. S'il appartient à la société de projet de fixer les tarifs aéronautiques, elle doit le faire sur la base des règles établies par l'Organisation de l'aviation civile internationale. Elle peut néanmoins apporter des ajustements à ces tarifs après accord de l'autorité concédante. L'autorité concédante est tenue en vertu de la convention de concession de veiller à maintenir l'équilibre financier du concessionnaire. Elle assure le contrôle des activités du concessionnaire à travers l'obligation faite à celle-ci de lui transmettre les données relatives aux comptes financiers, les budgets annuels et un rapport sur l'état d'exécution du programme d'investissement.

⁶³⁸ Exemple: Cas de la mise en concession de Regifercam au Cameroun. A propos de cette concession, voir par exemple: Aymeric BLANC, Olivier GOUIRAND, *La concession du chemin de fer du Cameroun: les*

Ce qui est nouveau et qui peut très certainement être attribué à l'influence des textes communautaires mais aussi aux exigences internationales relatives à la gestion des services publics, c'est que les nouvelles législations qui traitent des contrats de concession tendent à introduire la transparence et la mise en concurrence dans les procédures d'attribution de ces contrats. Cette évolution conduit à la libéralisation de la gestion externalisée des services publics.

L'inexistence pendant longtemps d'une définition de la concession alors que la technique était bien connue, est justifiée par le fait la concession de service public telle qu'elle est mise en œuvre en Afrique Sub-saharienne ne correspond pas dans tous ses aspects à la conception classique de la concession de service public, c'est-à-dire à la concession telle qu'elle a été présentée par le commissaire du gouvernement CHARDENET et reprise depuis tant par la jurisprudence administrative française que par le législateur. Exportée en Afrique, la concession française a fait l'objet d'une «acclimatation». Elle présente une certaine originalité.

L'exemple de la loi régissant l'activité postale et qui prévoit la soumission des services postaux notamment à la concession est édifiant. L'article 9 de ce texte prévoit de façon laconique que *«l'Etat peut concéder à une personne morale de droit public ou privé, par une convention fixant les droits et obligations du concessionnaire et de l'autorité concédante, l'exclusivité des missions du service public postal (...)»*. Le texte est muet sur l'existence ou non, à la charge du concessionnaire de risques d'exploitation. Il renvoie à l'accord signé entre parties pour définir la répartition des risques et les modalités de rémunération du concessionnaire. Il prévoit juste que les missions de ce dernier peuvent inclure l'émission et la commercialisation des timbres-poste ainsi que des valeurs fiduciaires ce qui bien entendu, ne suffit pas pour renseigner sur les modalités de rémunération du concessionnaire et sur l'existence de risque d'exploitation.

Ce que révèle ce texte, c'est que les critères du contrat de concession, tels que définis dans la théorie générale du contrat administratif étaient difficilement détectables dans la pratique des concessions en Afrique subsaharienne en général et au Cameroun en particulier. Ainsi, a-t-on dit de la pratique de la délégation de service public au Cameroun, qu'elle dénaturait les critères du contrat de concession ⁶³⁹ dans sa conception française. Mais on peut considérer qu'il s'agissait davantage d'adapter les conditions de mise en œuvre de la concession au contexte économique, politique et social que d'en dénaturer les critères.

Evoquant le cas du Burkina Faso, le Professeur Salif YONABA, explique la faible expérimentation des contrats de concession dans ce pays comme dans les Etats voisins, du fait de l'impossibilité de mettre en œuvre le contrat de concession tel qu'il est conçu dans la théorie générale des contrats administratifs⁶⁴⁰. Les risques inhérents au contrat de concession rendent cette technique contractuelle inadaptée au cadre socio-économique des Etats africains. La faible capacité contributive des usagers, le coût des ouvrages, l'importance des fonds à mobiliser par le concessionnaire, les risques juridiques, voire politiques encourus, exigeaient des adaptations. L'adaptation consiste alors en l'introduction dans le contrat de clauses qui neutralisent quasiment le risque d'exploitation, élément important dans l'identification du contrat de concession.

Mais il faut dire que même au pays de la concession, à savoir la France, l'affermage lui est préféré notamment en ce qui concerne la gestion des services publics tel que celui de la distribution d'eau. La raison est que dans sa version pure et dure, la concession est trop rigide. Sa pratique est alors peinte d'une certaine flexibilité qui se traduit notamment par le financement des certains investissements par la partie publique au contrat⁶⁴¹.

⁶³⁹ Thomas BIDJA NKOTTO, *op. cit.*, p. 41 et s.

⁶⁴⁰ Salif YONABA: «La nouvelle réglementation des marchés publics au Burkina Faso», *Revue Burkinabé de droit*, n° 31, 1er septembre 1997, pp. 55-71.

⁶⁴¹ L'adaptation de la concession «pure et dure» aux besoins contractuels des personnes publiques et aux exigences des entreprises a fait l'objet de nombreuses interrogations dans la doctrine française. L'on s'est

Expliquant les raisons de l'échec de la concession de l'eau et de l'électricité au Mali à l'entreprise EDM-SA, un équipe de l'Agence française de développement, souligne un décalage lié à la «*perception faussée de la concession à la française au Mali*». Pour les partenaires maliens, la concession devait s'entendre dans sa version «pure et dure». Alors que le concessionnaire, une entreprise française n'avait pas la même compréhension de la concession et avait pris l'habitude d'une pratique de la concession beaucoup plus flexible⁶⁴².

Même au Sénégal, où le Code des obligations de l'administration donne une définition de la concession qui rentre quand même dans les contours de la concession classique, il n'est pas rare de voir des contrats dénommés concession et dans lesquels l'Etat, concédant, subventionne les investissements du concessionnaires⁶⁴³. Cela a pour conséquence de supprimer l'aléa financier traditionnellement inhérent au contrat de concession.

interrogé sur le fait de savoir si la concession française était encore exportable et quel serait son avenir face à l'émergence de techniques contractuelles plus souples. Plusieurs auteurs ont défendu la technique de la concession tout en soulignant l'inadaptation de certains de ces éléments: Gille J. GUGLIELMI, «La concession française et l'émergence de nouvelles formes contractuelles», Actes du colloque, *Le droit administratif français est-il encore exportable? JCP administration et collectivités territoriales*, n°16-18 du 16 avril 2007, pp. 23-25. Thierry DAL FARRA, «Nécessaire adaptation du modèle de la concession», *JCP administration et collectivités territoriales*, n°16-18 du 16 avril 2007, pp. 29-34. Laurent DERUY, «Adapter le droit administratif pour le rendre plus attractif», *JCP administration et collectivités territoriales*, n°16-18 du 16 avril 2007, p. 18. Pour un avis plus nuancé, voir Raphaël APELBAUM, «Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger», *AJDA*, 2004, n°32, pp. 1759-1766.

⁶⁴² Béatrice HIBOU, Olivier VALLEE, *Energie du Mali, ou les paradoxes d'un «échec retentissant»*, Agence Française de développement, Document de travail n°37, janvier 2007, 40 p.

⁶⁴³ Dans une étude réalisée en vue de la réforme de 3e génération dans le secteur de l'hydraulique et de l'assainissement urbain, plusieurs schémas contractuels ont été analysés dont celui dénommé «concession intégrale». Dans ce schéma, l'ensemble de la gestion du service est dévolue au secteur privé qui prend aussi en charge l'intégralité du financement de la concession. Ce schéma est vraisemblablement celui qui s'identifie le plus à la concession classique mais il est aussi celui qui présente le plus d'inconvénient. Parmi ceux-ci figure le risque de n'avoir aucun opérateur intéressé, des tarifs élevés et un risque d'avoir un service public à deux vitesses: Frédéric Fourtuné «Hydraulique et assainissement urbains au Sénégal, état des lieux et évolutions institutionnelles», <http://capacity4dev.ec.europa.eu/>. (Consulté 05/05/2014). Dans le même sens Bruno CHAVANE, *Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone: une étape de la démocratisation*, Genève, Bureau international du travail, 1996, 1^{ère} éd., p. 21 et s. L'auteur explique que le recours aux concessions vise à «éviter de nouveaux engagements de l'Etat tout en lui laissant l'initiative des investissements sans en avoir en charge». C'est en particulier une des raisons pour lesquelles ces conventions «ne sont pas facile à réaliser dans le contexte de la plupart des pays francophones d'Afrique. En effet, les groupes multinationaux, très sollicités par ailleurs, sont enclins à beaucoup de fermeté dans les négociations et risquent donc de se révéler peu avantageux pour le pays accordant les concessions».

L'enseignement qui en découle et que l'on ne peut pas chercher à faire coïncider la conception classique de la concession de service public avec celle consacrée et pratiquée dans les pays de l'UEMOA et de la CEMAC. Si l'objet du contrat, le mode de rémunération du cocontractant, les risques d'exploitation qui pèsent sur lui sont des éléments qui permettent d'identifier une concession, dans la pratique de nombreux aménagements affectent souvent ces critères distinctifs. Certes ces aménagements éloignent de la concession classique. Toutefois, comme le font remarquer les auteurs du traité des contrats administratifs, on ne peut en conclure que ces contrats ne correspondent pas à la notion de concession⁶⁴⁴. Néanmoins, «*la définition classique s'en trouve sensiblement affectée*»⁶⁴⁵.

Pour des raisons pratiques, tant les modalités de rémunération du concessionnaire que les services publics dont la gestion était concédée ont été entendue de façon large ce qui donne aux droit et à la pratique des concessions en Afrique une originalité. Celle-ci apparaît aussi dans l'approche du contrat d'affermage.

B. ILLUSTRATION A TRAVERS LE CONTRAT D’AFFERMAGE

Selon l'article 1^{er} de la directive 04/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA, l'affermage est un «contrat par lequel l'autorité contractante charge le fermier, personne publique ou privée, de l'exploitation d'ouvrages qu'elle a acquis préalablement afin que celui-ci assure la fourniture d'un service public, le fermier ne réalisant pas les investissements initiaux». Au Sénégal, la loi du 30 juin 2006, ne fait pas référence à l'affermage. Néanmoins le décret du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics, reprend littéralement la définition consacrée par le législateur communautaire.

⁶⁴⁴ André de LAUBADÈRE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 284-285.

⁶⁴⁵ *Ibidem*.

Que l'on se réfère à l'article 1^{er} du décret portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso⁶⁴⁶ ou même à l'article 3 de la loi du 7 août 2009 portant Code des marchés publics au Bénin, le contrat d'affermage s'identifie par le fait qu'il porte sur l'exploitation d'un service, que l'autorité contractante en délègue la gestion mais conserve le contrôle et que contrairement à la concession, les ouvrages, support du service public sont existantes autrement dit les investissements sont à la charge de l'autorité contractante. Cette dernière caractéristique est le principal élément permettant de distinguer l'affermage de la concession. La définition retenue par les autorités ivoiriennes fait bien ressortir cette caractéristique du contrat d'affermage. Elles le définissent comme un «mode de gestion d'un service public dans lequel un opérateur public ou privé, le fermier, loue les infrastructures d'une entité publique pour une durée déterminée contre le versement d'une redevance ou d'un loyer»⁶⁴⁷. Ainsi dans un contrat d'affermage, les frais de premier établissement sont à la charge de la personne publique contractante⁶⁴⁸. La contrepartie en est que le fermier verse à l'autorité contractante une redevance ou loyer tel est le dernier trait distinctif d'un contrat d'affermage.

Le fait que le fermier n'ait pas à assurer les investissements initiaux fait que ce type de contrat est très utilisé en Afrique en particulier pour la gestion de l'eau. Mais comme la concession, l'affermage n'est pas mise en œuvre avec toutes ses composantes. Celles-ci sont adaptées au contexte des pays africains. En guise d'exemple, dans un véritable contrat d'affermage, si le fermier n'a pas la charge des premiers investissements il lui revient par la suite d'assurer la maintenance et éventuellement l'extension des infrastructures support du service public. Une étude réalisée à propos des affermages dans le secteur de l'eau a pu montrer que dans les contrats en question, la responsabilité financière du fermier était limitée dans la mesure où, il était allégé de toutes charges

⁶⁴⁶Décret n° 2008 - 173 /PRES/PM/MEF portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, *op. cit.*

⁶⁴⁷ Décret n° 2009-259, *op. cit.*, art. 1^{er}.

⁶⁴⁸ Celle-ci peut faire réaliser au préalable les infrastructures par le biais d'une concession de travaux ou de service public.

portant sur des investissements ultérieurs. La redevance versée à l'autorité publique couvre les frais de renouvellement des infrastructures et du matériel nécessaire au fonctionnement du service⁶⁴⁹. Du coup les contrats sont de courte durée et le risque financier est très limité pour le fermier⁶⁵⁰.

Les législateurs et pouvoirs réglementaires africains ont, à travers les réformes du droit des contrats administratifs introduit dans leurs législations nationales, une notion fonctionnelle, la délégation de service public, permettant de regrouper sous une appellation commune à des fins d'application d'une réglementation commune, tournée vers la concurrence, les contrats de gestion déléguée des services publics.

C'est plus l'édiction d'un régime que la conception et l'articulation des notions qui a motivé les réformes entreprises dans le domaine des contrats administratifs. En atteste la rareté des décisions tant des autorités administratives que des juridictions qui se sont intéressées à la précision des notions de marchés publics ou de délégations de service public. Fidèle à la tradition du droit administratif des Etats d'Afrique noire francophone, c'est aux autorités réglementaires et aux législateurs qu'a été laissée la tâche de transposer les définitions du droit communautaire ou d'en adopter de nouvelles. Les définitions et les critères traditionnels ont connu une véritable refondation. Les nouveaux critères d'identification des contrats administratifs, très extensifs, vont entraîner une dilution des frontières qui permettaient de délimiter les catégories classiques que sont les marchés et les contrats de gestion déléguée des services publics. L'apparition du contrat de partenariat public-privé va contribuer à accentuer cette tendance. Il va en résulter une déstabilisation de la classification traditionnelle des contrats administratifs.

⁶⁴⁹ Exemple: Il peut s'agir de l'extension et de la densification du réseau, de la réalisation de branchements particuliers, du remplacement des moteurs et pompes ou d'investissements tels que les forages ou ouvrages de stockage.

⁶⁵⁰ Luc HOANG GIA et Thomas FUGELSNES, «Délégation de gestion du service d'eau en milieu rural et semi urbain, Bilan sur sept pays africains» (Bénin, Burkina Faso, Rwanda, Sénégal, Mali, Niger, Mauritanie), Note de terrain, Water and Sanitation Program, octobre 2010, 28 p.

CHAPITRE II.

LA DESTABILISATION DE LA CLASSIFICATION TRADITIONNELLE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

L'adoption de critères d'identification extensifs n'a pas paru suffisante pour intégrer dans l'une ou l'autre des grandes catégories certains contrats dont la particularité est d'avoir un objet global. Face au développement de «*l'action publique contractuelle*»⁶⁵¹, l'on s'est rendu compte que l'achat de biens ou la réalisation et l'exploitation d'infrastructures publiques pouvait se réaliser par d'autres moyens qu'un contrat de marché public ou une convention de délégation de service public. Des montages contractuels combinant les caractéristiques des deux catégories sont apparues utiles pour permettre à l'administration de se procurer les moyens nécessaires pour accomplir ses missions⁶⁵². Ils sont réputés permettre l'association des avantages que procurent les marchés publics et les délégations de service public tout en laissant de côté les aspects contraignants de l'une ou de l'autre catégorie. C'est dans ces circonstances qu'a été

⁶⁵¹ Expression emprunté au Professeur CAILLOSSE. Jacques CAILLOSSE, «Interrogations méthodologiques sur le tournant contractuel de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration» in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.I, p. 471.

⁶⁵² Les pays en développement en général, ont de tout temps été le «marché pertinent» des partenariats public-privé et ce pour plusieurs raisons. Ceux d'entre eux qui ont les revenus les plus faibles sont ceux qui ont le plus de difficultés à lever des fonds sur le marché des capitaux ou à attirer les investisseurs. Les raisons résident d'une part dans le caractère incertain de l'environnement des affaires et d'autre part, dans l'amplitude de la demande, car généralement ce n'est pas un partenariat qui est demandé mais un financement intégral par l'investisseur privé.

Au manque de moyen financier et à la faible capacité à lever des fonds s'ajoute le manque d'infrastructures. En Afrique au Sud du Sahara, le montant total des investissements nécessaires entre 2006 et 2015 est évalué à 93 milliards de dollars par an soit 15% du PIB du continent (Vivien FOSTER, Cecilia BRICEÑO-GARMENDIA, *Infrastructures africaines: une transformation impérative*, Paris, Washington DC, Agence française de développement, Banque mondiale, 2010, 344 p.).

Dès lors élaborer et asseoir des politiques entièrement tournées vers la réalisation d'infrastructures et l'octroi aux populations de services de base (santé, eau, électricité, éducation) sont devenus le leitmotiv des autorités nationales et des organisations internationales. En Afrique on peut citer l'exemple du NEPAD qui s'est donné comme objectif mettre en place des programmes de réalisation d'infrastructures dans divers secteurs. Plus récemment, en plaçant l'infrastructure au cœur des efforts à fournir au niveau mondial pour soutenir le développement durable, le G20, à travers le «Cadre de développement pour une croissance partagée» mis en place en novembre 2010, a donné mandat aux banques multilatérales de développement pour mettre en place un plan d'action commun pour les infrastructures. L'objectif est d'accroître le financement public et privé afin de répondre aux besoins en infrastructure. Il apparaît à travers ces initiatives que l'infrastructure est en bonne place dans l'agenda mondial et régional. Et de concert, toutes ces institutions voient dans le partenariat public-privé contractuel, le moyen de réalisation de telles politiques. Les écrits et rencontres de diverses natures consacrés au partenariat public-privé ne se comptent plus. (ex: François Lichère (sous la dir. de), *Partenariats public-privé: rapports du XVIIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2011, 532 p. Roger Nimrod TAFOTIE YOUSSEF, *Build, Operate and Transfer: modalité de partenariat public-privée : approche Law and Economics*, Bruxelles, Larcier, 2013, 868 p. Aliou SAWARE, *Le particularisme des partenariats public-privé au Sénégal*, Thèse de doctorat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2013, 534 p.

adoptée la notion de partenariat public-privé pour formaliser tous les montages contractuels qui, en dépit de la définition extensive des critères d'identification des contrats classiques, combinent des caractéristiques, qui dépassent le cadre de ces deux grandes familles de contrats.

L'apparition de la catégorie des contrats de partenariat confirme deux tendances. D'une part, l'émiettement du droit des contrats administratifs, qui évoluent en se décomposant en une somme de régimes spéciaux pourtant construits sur les mêmes principes, ceux de la commande publique. D'autre part, elle accentue la difficulté, face à la déstabilisation des classifications traditionnelles du droit des contrats administratifs, à reconstruire des catégories cohérentes. En effet, leur création motivée par des besoins conjoncturels, en fait des contrats conjoncturels soulevant la question de leur articulation avec les marchés publics et des délégations de service public. Dans les Etats étudiés, cette question de l'articulation entre les marchés publics et les délégations de service public est encore plus prégnante car au regard de leurs conditions de recours, les contrats de partenariat sont appelés à devenir des «contrats structurels».

Parce que le contrat de partenariat public-privé, emprunte au marché public et à la délégation de service public des caractéristiques importantes, il apparaît comme un facteur externe aux catégories classiques et qui vient perturber la classification qui existait dans le droit des contrats administratifs (Section I). Externe, parce que les marchés publics et les DSP comportaient déjà, en leur sein des germes qui ont facilité la déstabilisation des classifications autrefois opérées (Section II).

SECTION I. UNE CAUSE EXTERNE AUX CATEGORIES CLASSIQUES: LA CONSECRATION DE LA CATEGORIE DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

La fonction de la notion de partenariat public-privé est d'identifier afin de les soumettre à un régime juridique clairement défini et orienté vers l'ouverture à la concurrence, des contrats qui *a priori* se distinguent des marchés publics et des DSP soit par leur objet soit par leur critère financier. Ces contrats font clairement partie de la catégorie des conventions dont l'objet est la réalisation de projets d'infrastructure à financement privé et utilisé de longue date dans les projets financés par les bailleurs de fonds. Les premiers contrats de partenariat connus sous l'appellation de BOT (Build-operate-transfert) sont apparus en Turquie au début des années 1970⁶⁵³. A l'origine, ils ne bénéficiaient pas d'une réglementation générale mais étaient érigés par le premier ministre turc Turgut OZAL comme un système autonome utilisé pour certains projets avant qu'une législation y relative ne soit édictée⁶⁵⁴. En adoptant une loi type expressément consacrée aux projets d'infrastructures à financement privé, la CNUDCI a, en quelque sorte, officialisé les contrats de partenariat dans le champ du droit international. Mais on en retrouvait déjà des modèles en droit interne britannique à travers les contrats dénommés Build-Operate-Transfer (BOT ci-après)⁶⁵⁵ et la Banque mondiale avait dès 1990, «théorisé» leur application dans les pays en développement⁶⁵⁶. C'est dire que le contrat de partenariat est une parfaite illustration de la circulation des modèles contractuels à laquelle contribue pour beaucoup l'internationalisation du droit des contrats.

En Afrique noire francophone, le mouvement régional et international en faveur des partenariats public-privé contractuel a d'autant plus trouvé un écho favorable que, les

⁶⁵³ Christian BETTINGER, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁵⁴ *Ibidem*.

⁶⁵⁵ Patrice BLEMONT, «Le partenariat public- privé «à la source», *BJCP*, n°38, pp 14-15.

⁶⁵⁶ Mark Augenblick et B. Scott Custer, *The build, operate, and transfer (« BOT ») approach to infrastructure projects in developing countries*, Washington, D.C., World Bank Legal Dept., 1990, 46 p.

Etats, au même moment mettaient en place des politiques de développement économique et des réformes visant la réalisation de grands projets⁶⁵⁷.

C'est ainsi que le Sénégal⁶⁵⁸, le Cameroun⁶⁵⁹, le Burkina Faso⁶⁶⁰ et la Côte d'Ivoire⁶⁶¹ ont adopté des textes qui d'une part consacrent la notion de contrat de

⁶⁵⁷ Ainsi qu'il est noté dans l'exposé des motifs de la Loi du 1^{er} mars 2004 relative aux contrats de construction – exploitation – transfert d'infrastructures au Sénégal, l'absence d'une réglementation relative au contrat de partenariat public-privé constitue une lacune et est «d'autant plus pénalisante que le Sénégal a décidé de s'engager dans la voie de la réalisation de grands travaux d'infrastructures, s'inscrivant directement dans le cadre du NEPAD et nécessaires à son développement économique et social». Voir aussi sur les motivations de l'adoption d'une loi sur contrats CET: Youssouph SAKHO, «Expérience du Sénégal en matière de partenariat public-privé et contrats spécialisés», Communication à l'occasion du forum de haut niveau sur: *les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle*, organisé à Tunis du 16 au 17 novembre 2009 par la Banque africaine de développement, <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283/>, (consulté le 10/05/2014).

Au Cameroun, l'adoption d'une loi sur les partenariats public-privé est décrite comme étant la résultante d'une démarche de «diversification des modes de commande publique dans l'exécution des grands projets d'infrastructures et d'équipements de service public» nécessaire à la mise en place d'une «politique des grandes réalisations». Voir par exemple MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE LA PLANIFICATION ET DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE, «Communiqué n° 001/CAB/MINEPAT du 7 janvier 2013 Relatif aux contrats de partenariat dans la réalisation de grands projets d'infrastructures et d'équipement de service public», *La lettre économique du Cameroun*, n°0016 janvier-février 2013, p. 8. Le partenariat public-privé figure également comme un levier d'action dans le document de stratégie pour la croissance et l'emploi rédigé en 2009 pour la période 2010-2020. Cameroun, document de stratégie pour la croissance et l'emploi, 2009, 167 p., publié sur le site de la Banque mondiale: <http://siteresources.worldbank.org/INTCAMEROON/FRENCH/Resources/DSCE2009.pdf> (consulté le 10/05/14).

Voir aussi, Arlète TONYE, *Pratique juridique des financements structurés en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2010, 304 p. François, LICHÈRE, et, Boris, MARTOR, «Essor des partenariats public-privé en Afrique: Réformes en cours et perspectives d'avenir», *Dossier Droit des contrats publics: un enjeu économique majeur*, RDAI, n°3, 2007, pp 297-311.

⁶⁵⁸ Pour le Sénégal, notamment:

- Loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat
- Loi n° 2006-13 du 30 juin 2006 modifiant la loi n°65-61 du 19 juillet 1965 portant code des obligations de l'administration du Sénégal, *op. cit.* (dispositions relatives au contrat de partenariat: abrogées)
- Loi n° 2009-21 du 4 mai 2009 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2004-13 du 1er mars 2004, relative aux contrats de construction-exploitation-transfert d'infrastructure, *J.O.* n° 6481 du 25 juillet 2009 (abrogé)
- Loi n° 2004-13 en date du 1er mars 2004 relative aux contrats de construction-exploitation-transfert (abrogé), *J.O.* n° 6155 du 3 Avril 2004
- Loi n° 2004-14 en date du 1er mars 2004 instituant le conseil des infrastructures, *J.O.* n° 6155 du 3 Avril 2004

⁶⁵⁹ Pour le Cameroun

- Loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat;

partenariat public-privé et d'autre part établissent un régime juridique qui leur est applicable⁶⁶².

L'analyse de ces textes montre que la logique d'une définition fonctionnelle des contrats de partenariat est privilégiée. Parce que, comme le soutient Etienne MULLER, l'unité du phénomène des partenariats public-privé contraste avec la diversité des instruments juridiques permettant de mettre en œuvre un partenariat public-privé⁶⁶³. Les législateurs du Sénégal, du Cameroun et du Burkina Faso ont élaboré des définitions qui

-
- Décret n° 2008/035 du 23 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil d'Appui à la réalisation des Contrats de Partenariat (CARPA), Modifié par le Décret n° 2012/148 du 21 mars 2012
 - Décret n° 2008/0115/PM du 24 janvier 2008 précisant les modalités d'application de la loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat;
 - Loi n° 2008/009 du 16 juillet 2008 fixant le régime fiscal, financier et comptable applicable aux contrats de partenariat;
 - Arrêté n° 186/CAB/PM du 15 novembre 2011 fixant les taux et les modalités de perception des frais exigibles au titre des contrats de partenariat ;
 - Décret n° 2012/148 du 21 mars 2012 modifiant et complétant certaines dispositions du décret n°2008/035 du 23 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat.

Tous ces textes sont réunis dans un document unique publié par le CARPA: CONSEIL D'APPUI A LA REALISATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT (CARPA), *Cadre juridique des contrats de partenariat au Cameroun, Lois et textes d'application*, Yaoundé, Edition 2013. Document disponible sur le site du CARPA: www.ppp-cameroun.cm/uploads/Telechargements/cadre-juridique-des-PPP-recueil-des-textes-fr.pdf (dernière consultation 01/12/14)

⁶⁶⁰ Pour le Burkina Faso,

- Loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso, Texte disponible sur le site de l'Assemblée nationale (dernière consultation 01/12/2014) http://www.assembleenationale.bf/IMG/pdf/loi_no_020_portant_regime_juridique_du_partenariat_public-privé_au_burkina_faso.pdf

Décret n° 2013- 493 /PRES promulguant la loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso

Décret n° 2014-024/PRES/PM/MMEF du 3 février 2014 portant modalités d'application de la loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso. <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/11513838253f7129d568ab.pdf> (dernière consultation fév. 2015).

⁶⁶¹ S'agissant de la Côte d'Ivoire

- Décret n° 2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariat public-privé, *op. cit.*
- Décret n° 2012-1152 du 19 décembre portant attributions, organisation et fonctionnement du cadre institutionnel de pilotage des Partenariats Public-Privé, *op. cit.*

⁶⁶² Ces nouveaux partenariats public-privé, sont appelés partenariats public-privé de seconde génération par opposition aux partenariats public-privé de première génération apparus au début des années 90 et conclus sur la base de textes sectoriels.

⁶⁶³ Etienne MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Paris, L'Harmattan, 2011, 693p.

mettent l'accent sur les critères matériels du contrat de partenariat public-privé. L'analyse de ces critères montre que les contrats de partenariat présentent des spécificités permettant de les distinguer des marchés publics et des délégations de service public⁶⁶⁴ (§I). Mais d'un autre côté, l'objet d'un contrat de partenariat peut être réalisé par la passation d'un marché public. De même le mode de rémunération prévu dans un contrat de partenariat peut être identique à celui prévu dans une délégation de service public. Il en découle une porosité des frontières entre ces nouveaux contrats et les catégories classiques qui renforce la déstabilisation de la classification qui était opérée au sein des contrats administratifs (§II).

§ 1. UNE CATEGORIE DISTINCTE DE CONTRATS ADMINISTRATIFS CLASSIQUES

Considérée comme une «troisième voie»⁶⁶⁵, les contrats de partenariat public-privé présentent, en effet, des caractéristiques qui leur sont propres, en l'occurrence, leur objet est global (A) et leur critère financier singulier (B).

A. UN OBJET GLOBAL

La globalité de l'objet du contrat de partenariat public-privé est la première caractéristique et la plus sûre pour le distinguer d'un autre contrat de la commande publique. C'est le critère le plus objectif pour le distinguer d'un marché public et d'un contrat de délégation de service public.

⁶⁶⁴Voir au propos du contrat de partenariat public-privé, François BRENET et Fabrice MELLERAY, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004: une nouvelle espèce de contrats administratifs*, Paris, Litec, 2005, 278 p. Xavier BEZANÇON, Laurent DERUY, Roger FISZELSON et Marc FORNACCIARI, *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé: analyses juridiques, problèmes financiers et comptables, conseils pratiques*, Paris, Le Moniteur, 2005, 248 p. François LICHERE, «Les contrats de partenariat, Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique?», *Revue du droit public* n° 6, 2004, pp. 1547-1568. Yves GAUDEMET, «Les contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique», *BJCP*, 2004, n°6, pp. 331-339.

⁶⁶⁵ Stéphane BRACONNIER, «L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique», *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, novembre 2004, p. 2134.

Il ressort de la loi sénégalaise 10 février 2014 que l'objet du contrat de partenariat est de confier au cocontractant de l'administration *«une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public dont l'autorité contractante a la charge, ainsi que tout ou partie de leur financement. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par l'autorité contractante, de la mission de service public dont elle est chargée»*⁶⁶⁶.

Cette globalité de l'objet du contrat de partenariat public-privé se retrouve aussi à l'article 4 de la loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso. Ainsi, au sens de ce texte, le contrat de partenariat vise à confier au cocontractant tout ou partie *«de la conception des ouvrages ou équipements nécessaires au service public, le financement, la construction, la transformation des ouvrages ou des équipements; l'entretien ou la maintenance, l'exploitation ou la gestion»*.

Le texte adopté en Côte d'Ivoire présente une différence non négligeable avec les autres textes analysés ici. En effet, le décret en date du 19 décembre 2012 relatif au contrat de partenariat réunit sous le nom de partenariat public-privé *«toutes formes de contractualisation entre des partenaires publics et privés à l'effet de réaliser un projet relevant du champ d'application du présent décret dans le cadre d'un contrat de partenariat»*. Partant de là, le partenariat public-privé au sens de ce texte est une notion générique qui englobe *«la régie intéressée, l'affermage, la concession de service public, le contrat de conception construction, financement et exploitation, le contrat de partenariat sur financement public, les partenariats institutionnels développés sous la forme d'une*

⁶⁶⁶ Art. 1^{er}, loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat, *op. cit.* Pour une analyse d'ensemble des partenariats public-privé au Sénégal, voir également, Elimane GUEYE, Dagou GUEYE DIOP, «Partenariat public-privé et financement de projet, un cadre réglementaire adapté», *Echosfinances*, n°8, juin 2010, pp. 52-57. CHEMONICS INTERNATIONAL INC, *Rapport sur Le potentiel des partenariats public prive au Sénégal*, USAID/Sénégal, 2006, 61f

société à participation financière publique minoritaire»⁶⁶⁷. Il apparaît ainsi que la notion partenariat public-privé, tel qu'il est défini dans ce texte, dépasse le cadre des «nouveaux contrats globaux». Il s'applique, certes, à des contrats par lesquels la personne publique peut confier à un tiers une mission globale, comme le contrat de conception, construction, financement et exploitation, le contrat de construction exploitation transfert et le contrat de partenariat sur financement public. Mais il intègre aussi des contrats dont l'objet ne porte pas sur une mission globale.

Enfin, selon la loi camerounaise du 29 Décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat, l'objet de ce contrat est de confier à un tiers *«la responsabilité de tout ou partie des phases suivantes d'un projet d'investissement: la conception des ouvrages ou équipements nécessaires au service public; le financement; la transformation des ouvrages ou des équipements; l'entretien ou la maintenance; l'exploitation ou la gestion. Le cas échéant, d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée, peuvent également être confiées à un tiers dans le cadre d'un contrat de partenariat»*⁶⁶⁸. Ces définitions, montrent bien qu'il y a, comme le souligne le Professeur François LICHÈRE, un *«noyau dur du contenu du contrat de partenariat qui est sans équivoque»*⁶⁶⁹.

Et pour que ce noyau dur soit préservé, il est utile d'apporter une précision par rapport à l'expression *«tout ou partie»* que contiennent ces différentes définitions. En effet, un contrat de partenariat est un contrat qui a vocation à être conçu de façon globale. Donc

⁶⁶⁷ Décret n° 2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariat public-privé *op. cit.* et décret n° 2012-1152 du 19 décembre portant attributions, organisation et fonctionnement du cadre institutionnel de pilotage des partenariats public-privé. *Journal Officiel* n° 10 du Jeudi 7 Mars 2013. Egalement publié sur le site de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics: <http://www.anrmp.ci/decrets.html>

⁶⁶⁸ LOI N° 2006/012 du 29 Décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat, *op. cit.* Pour une présentation de ce texte voir: Arlète TONYE, «Le contrat de partenariat au Cameroun: ce qu'il faut retenir en attendant le décret d'application», *Penant*, n° 866, pp. 21- 44. Jacques, MEGAM «Le régime juridique du contrat de PPP au Cameroun» *Penant*, n° 878, pp 20-34. Evelyne MANDESSI BELL, «Du nouveau dans le paysage de la commande publique au Cameroun: les contrats de partenariat s'insèrent dans l'environnement légal camerounais, *Village de la justice*, 18 août 2008

⁶⁶⁹ François LICHÈRE, «Les contrats de partenariat, Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique?», *RDP*, 2004, n° 6, p. 1552.

pour éviter toute dénaturation, il est opportun de préciser que la présence de deux des prestations évoquées par les dispositions en question est nécessaire pour qu'il ait véritablement l'existence d'un contrat de partenariat public-privé. Autrement, le contrat peut basculer dans la famille des marchés publics.

Des définitions du contrat de partenariat public-privé, issues des textes adoptés au Sénégal, au Cameroun et au Burkina Faso, il ressort que l'objet principal du contrat de partenariat n'est pas la dévolution de la gestion du service public. Le contrat de partenariat est moins une réponse à la gestion des services qu'une réponse aux problèmes de financement et de réalisation d'infrastructures auxquels sont confrontés les Etats.

Il existe en France un débat sur la possibilité ou l'impossibilité pour une personne publique d'inclure dans le contrat de partenariat la gestion d'un service public. Certains auteurs soutiennent que l'objet du contrat de partenariat peut comporter la gestion par le cocontractant du service public dont l'ouvrage réalisé constitue le support⁶⁷⁰. Alors que d'autres, estiment que dans sa rédaction l'ordonnance du 17 juin 2004⁶⁷¹, ne prévoit pas l'exploitation du service public par le partenaire privé, la seule exploitation évoquée est selon eux, celle des «*ouvrages, équipements ou biens immatériels nécessaires au service public*», et non l'exploitation du service public lui-même⁶⁷².

⁶⁷⁰ Gille J. GUGLIELMI, «La concession française et l'émergence de nouvelles formes contractuelles», *JCP administration et collectivités territoriales*, *op. cit.* Thierry REYNAUD, «Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public», *BJCP* 2010, n° 70, p. 166-168.

Frédérique OLIVIER, «Le partenariat public-privé en pratiques... nouvelles ! Ou lecture guidée et essai de synthèse», *Contrat Marchés publics*, n° 3, 2005, pp. 5-14. Etude 3. Olivier DEBOUZY et Pierre GUILLOT, «Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public», *Recueil Dalloz Sirey*, 2005, n°5, Chron. pp. 319-328.

⁶⁷¹ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, *JORF* n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994 (modifié).

⁶⁷² Philippe DELELIS, «Contrat de partenariat et exploitation du service public: Huit questions et un appel à la raison», *AJDA* n°40, 2010, pp. 2244-2248. François LLORENS, «Les contrats de partenariat (commentaire de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat)», *Revue Juridique de l'Economie Publique*, 2004, n° 615, pp. 511-542. Alain MENEMENIS, «L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?», *AJDA* 2004, pp.1737-1754. François LICHÈRE, «Les contrats de partenariat, Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique?», *op. cit.* Hubert-Gérard. HUBRECHT et Fabrice MELLERAY, *op. cit.*, p. 822. David MOREAU, *Les marchés de service public: un nouveau mode de gestion des services publics*, Paris, Éditions du Moniteur, 2005, p. 37. Nil SYMCHOWICZ, «Paradoxes sur les contrats de partenariat», *Contrats et marchés publics*, 2004, n° 12,

Pour le Professeur Alain MENEMENIS, qui a été rapporteur du projet d'ordonnance sur les contrats de partenariat, il est clair que les contrats de partenariat public-privé n'ont «*pas le même objet que les DSP*»⁶⁷³. Le rôle du partenaire se limitant selon lui à «*apporter un concours multiforme*» au service public⁶⁷⁴.

Qu'en est-il au Sénégal ou au Cameroun et au Burkina Faso? Il est vrai que tant la loi du 10 février 2014 relative au contrat de partenariat au Sénégal, que la loi camerounaise du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat ainsi que celle adoptée le 23 mai 2013 au Burkina Faso évoquent «l'exploitation ou la gestion».

Mais au regard de la syntaxe il est question dans le cas du Sénégal d'exploitation ou de gestion «*d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public dont l'autorité contractante a la charge*». Dans le cas du Cameroun, le partenaire privé peut être amené à exploiter ou à gérer les ouvrages ou équipements nécessaires au service public. Enfin dans ce texte comme dans celui du Sénégal, il est question de réalisation, par le cocontractant de l'administration de «*prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée*».

La question a paru plus complexe dans le texte du Burkina Faso. En effet, à la lecture des travaux de l'assemblée Burkinabè sur la loi et notamment le rapport n° 25 de la Commission du Développement économique et de l'Environnement du Parlement, le rapporteur y présente le contrat de partenariat comme «*un contrat administratif par lequel l'Etat ou l'un de ses démembrements confie à un privé, pour une période déterminée, une*

pp. 8-16. Selon cet auteur, «Si l'on replace et situe ainsi le contrat de partenariat dans le vaste ensemble des contrats publics, on peut dire que c'est un contrat simplement «conclu pour la satisfaction des besoins d'un service public» et non un contrat confiant l'exécution d'un service public».

Paul Lignières, «La frontière entre les délégations de service public et les contrats de partenariat, Droit administratif, Juillet 2005. Prat. 7. Philippe DELELIS, «Partenariats public-privé», *JurisClasseur, Administratif*, fasc. 670, n° 44, 117 p.

⁶⁷³ Alain MENEMENIS, «L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?», *op. cit.*, p. 1740.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 1745.

mission de service public». Dans le paragraphe relatif aux problèmes que soulève le contrat de partenariat, on peut lire que le partenariat public-privé *«est un système de coopération dans lequel il est demandé à un privé d'exercer une mission de service public par essence non véritablement marchande. Une mauvaise appréciation par le privé du profit attendu de son investissement peut déboucher sur un échec de l'opération entreprise»*.

Dès lors, s'est posée la question de savoir si le contrat de partenariat au Burkina Faso, pouvait avoir pour objet de confier la gestion d'un service au partenaire privé. En dépit du contenu du rapport parlementaire cité, la loi semble exclure cette possibilité. A notre sens ce qui ressort de la définition du contrat de partenariat telle que posée à l'article 4 de la loi du 23 mai 2013, c'est que l'autorité contractante peut confier au partenaire privé tout ou partie des phases d'un projet dont l'exploitation ou la gestion des ouvrages est nécessaire au service public. Cette lecture du texte est confirmée par le dernier alinéa de l'article 4 de la loi qui dispose que *«peuvent également être confiées à un partenaire privé dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé, d'autres prestations de services concourant à l'exercice par l'autorité publique, de la mission de service public dont elle est chargée»*.

A l'analyse, le contrat de partenariat public-privé n'a clairement pas le même objet qu'une délégation de service public. Aucun de ces textes ne réduit le contrat de partenariat à l'exploitation et à la gestion du service public par le cocontractant de la personne publique. Toutefois, étant un contrat global, il peut inclure, parmi les prestations confiées à l'opérateur privé, la gestion du service public. Une intégration qui l'éloigne seulement partiellement du partenariat public-privé tel qu'établi par l'ordonnance française du 17 juin 2004.

Les Professeurs Hubert-Gérald HUBRECHT et Fabrice MELLERAY déclarent que le terme *«concours»* figurant dans l'ordonnance française sur les partenariats public-privé – qui se retrouve aussi dans la loi sur les partenariats public-privé du Cameroun, du Burkina Faso et du Sénégal – *«incite en effet, à considérer que si le partenaire peut*

épauler l'administration, il ne peut se voir confier la gestion même du service public»⁶⁷⁵. Mais sur les textes étudiés, la conclusion selon laquelle le contrat de partenariat public-privé excluait la délégation de la gestion du service public au cocontractant, ne peut être établie que partiellement. Elle ne peut être envisagée véritablement que lorsque les modalités de paiement du partenaire privé correspondent exclusivement à un prix versé par la personne publique contractante.

Tel que le contrat de partenariat est prévu en droit Burkinabé et Camerounais surtout, on ne peut en conclure qu'il exclut complètement de la mission globale qui sera confiée au partenaire privé, toute délégation de gestion du service public. Dans le cas du Sénégal, avant l'avènement de la loi du 10 février 2014, le contrat de partenariat figurait, avec les délégations de service public, dans le Code des obligations de l'administration du Sénégal, dans une section intitulée «De la participation au Service public». Le législateur sénégalais, contrairement à ses homologues s'était dans un premier temps, limité à la définition du contrat de partenariat sans pour autant le doter d'un régime juridique particulier. Il avait cependant adopté une loi en date du 1er mars 2004, qui créait un contrat de partenariat particulier, le contrat de Construction-exploitation-transfert (CET) et en avait défini le régime de passation et d'exécution. Ce contrat revêtait des caractéristiques qui remettaient en question les éléments de distinction entre le PPP et les contrats de délégation de service public. L'article 1er de cette loi, définissait le contrat CET, comme un contrat par lequel une autorité concédante qui peut être l'Etat, une collectivité locale, un établissement public ou une société à participation publique majoritaire, confie à un tiers appelé opérateur de projet tout ou partie des missions de *«financement d'une infrastructure d'utilité publique, sa conception, sa construction, son exploitation, son entretien»*.

Le contrat CET se voulait distinct de la délégation de service public mais les prestations commandées au cocontractant pouvait inclure une délégation de service public. C'est ce qui ressort de l'exposé des motifs de la Loi du 30 juin 2006 modifiant le COA. Il y est affirmé que *«la loi n° 2004-13 du 1er mars 2004 relative aux contrats de construction -*

⁶⁷⁵Hubert-Gérald HUBRECHT et Fabrice MELLERAY, *op. cit.*

exploitation - transfert d'infrastructures (CET), prévoit les conditions d'attribution et d'exécution de contrats conclus exclusivement avec des personnes privées, ayant pour objet tout ou partie des opérations de financement, conception, construction, exploitation, entretien d'une infrastructure d'utilité publique. Cette loi vise à la fois des contrats comportant délégation de service public et des contrats portant essentiellement sur le financement, la construction et l'entretien d'infrastructures publiques, tels que les partenariats public - privé qui se développent en Europe». Le contrat passé par l'Etat du Sénégal pour la réalisation de l'autoroute à péage Dakar-Diamniadio fournit aussi une illustration du fait que la loi relative au contrat CET n'excluait pas de confier la gestion du service public au partenaire privé. Le troisième tronçon Pikine-Diamniadio réalisé sur la base d'un contrat de partenariat de type Design-Build-Operate-Transfert (DBOT) passé conformément à la loi du 1er mars 2004 relative au contrat CET, inclut une concession d'une durée de 30 années.

Cette loi relative aux CET, aujourd'hui abrogée, ainsi que les législations relatives aux contrats de partenariat public-privé en vigueur au Cameroun et au Burkina Faso relèvent du réalisme. Dans le contexte du déficit d'infrastructures et de deniers publics dont souffrent les Etats en Afrique, il n'est réaliste de mettre la charge des infrastructures exclusivement sur l'Etat ou sur le citoyen. Un partage des charges semble être mieux adapté aux économies africaines.

La loi du 10 février 2014, ne semble pas retenir cette distinction et conçoit le contrat de partenariat plutôt comme un contrat qui ne fait pas place à une gestion déléguée du service public. L'avenir dira si les contrats passés sur le fondement de cette loi pourront échapper à l'extension des missions du cocontractant à la gestion du service public. En effet, pour reprendre une analyse émise par le Professeur Stéphane BRACONNIER à propos de l'ordonnance française du 17 juin 2004, il peut être considéré que si ce texte n'évoque pas *«la délégation au titulaire du contrat de partenariat, de la gestion complète du service public attaché à l'équipement réalisé, elle ne paraît pas exclure que le partenaire soit associé, le cas échéant de manière étroite à certains aspects de la gestion*

de ce service». Dès lors, «*la solution consistant à exclure totalement la possibilité de confier au partenaire une part du service public, (...), présente un risque juridique trop important du fait de l'extensivité, et partant de l'incertitude attachée à la notion de service public*»⁶⁷⁶. Une telle analyse est à son tour confortée lorsque le texte évoque la perception de redevances par l'opérateur privé pour sa rémunération.

Le contrat de partenariat, tel qu'il est conçu dans les lois analysées peut de prime abord être considéré comme différent de la délégation de service public, mais, il n'exclut pas de façon catégorique, de confier même partiellement la gestion d'un service public, en plus d'autre prestations au cocontractant, puisque c'est un contrat global.

Le contrat de partenariat est également un contrat distinct du marché public. Il permet au cocontractant de l'administration, pour reprendre les mots du Professeur Gilles J. GUGLIELMI, de vendre une opération «*de type concessif*», de façon plus globale, plus intégré, en y incluant l'immobilier et le financement⁶⁷⁷. L'objet du contrat de partenariat ne se limite donc pas à l'achat par la personne publique de biens, de services ou de travaux. En plus, alors que dans le marché public le cocontractant de la personne publique n'a aucune initiative, l'administration définit l'étendue de ses besoins, les caractéristiques des biens, services et travaux, dans le contrat de partenariat, le cocontractant peut être amené à participer à la définition des besoins de la personne publique.

Contrairement au marché public, le contrat de partenariat privilégie le dialogue entre les partenaires au moment de la formation du contrat et le partage des risques lors de l'exécution du contrat. Le contrat de partenariat, présente une originalité certaine par rapport au marché public de travaux, de fournitures ou de service⁶⁷⁸. En d'autres termes, et

⁶⁷⁶ Stéphane BRACONNIER, «L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique», *op. cit.*, p. 2136.

⁶⁷⁷ Gille J. GUGLIELMI, «La concession française et l'émergence de nouvelles formes contractuelles», *JCP administration et collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁷⁸ Si l'originalité du contrat de partenariat public-privé par rapport au marché public n'est pas contestée, (voir par exemple: Alain MENEMIS, «L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou

pour reprendre les mots des Professeurs Fabrice MELLERAY et François BRENET, les contrats de partenariat ressemblent aux marchés publics mais ils ne possèdent pas tous les traits des marchés publics⁶⁷⁹. La globalité de son objet, sa durée, les modalités de rémunération du cocontractant de l'administration sont autant de critères qui différencient le contrat de partenariat du marché public. Parce que le dernier élément d'identification du contrat de partenariat à savoir la rémunération du cocontractant est un critère distinctif important pour son identification, ces différents aspects doivent être cernés.

B. UN CRITERE FINANCIER PARTICULIER

Le contrat de partenariat public-privé se distingue des autres contrats de la commande publique par ses modalités de financement. Aux termes de la loi du 10 février 2014, «la rémunération du cocontractant, au titre d'un contrat de partenariat, provient essentiellement de versements par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant ou à la disponibilité des ouvrages et/ou équipements». Le contrat de partenariat, ainsi présenté dans la loi sénégalaise s'éloigne de la délégation de service de service public dans lequel la rémunération du cocontractant de la personne publique est, selon l'article 10 de la loi du 30 juin 2006 modifiant le COA, «*totalelement ou essentiellement liée aux résultats provenant des revenus de l'exploitation du service*». Néanmoins, si la rémunération de l'opérateur privé résulte essentiellement de paiements effectués par la personne publique, il ne l'est pas totalement. Autrement, d'autres ressources provenant éventuellement de

occasion manquée?», *op. cit.*; Yves GAUDEMET, «Les contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique», *op. cit.*) la différence entre ces deux contrats l'est par contre.

En droit communautaire européen, le contrat de partenariat est un marché public global. Philippe TERNEYRE, «Les nouveaux contrats de partenariat et la typologie des instruments du partenariat public-privé», *Revue de droit immobilier*, 2003, n°6, pp. 520-522. Jean-François AUBY, «Le cas des Contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires», *RFDA*, 2004, n° 6, pp. 1095-1102. François LICHÈRE, «Les contrats de partenariat, Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique?», *op. cit.*, p. 1557 et s.

⁶⁷⁹ François BRENET et Fabrice MELLERAY, *op. cit.*, p. 142.

recettes d'exploitation de l'ouvrage peuvent être envisagées pour compléter sa rémunération.

Les textes du Cameroun et du Burkina Faso, ne contiennent pas une disposition fixant en des termes aussi clairs les modalités de rémunération du cocontractant de la personne publique.

Toutefois, en définissant le contenu du contrat de partenariat, le texte du Cameroun prévoit que celui-ci doit nécessairement contenir une clause relative «à la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou les équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation»⁶⁸⁰. De cette disposition, il ressort que la rémunération du cocontractant en droit camerounais se fonde sur un paiement effectué par la personne publique mais n'exclut pas que le partenaire privé puisse être autorisé à se procurer des recettes provenant de l'exploitation de l'ouvrage.

Il apparaît ainsi que le législateur camerounais a adopté un critère financier très extensif. Il ne le définit pas exactement mais envisage une combinaison du paiement effectué par la personne publique et des recettes perçues sur l'exploitation des ouvrages. Mais aussi et surtout, signe de sa volonté de ne pas figer le critère financier du contrat de partenariat, il renvoie à l'accord des parties pour la détermination des modalités de

⁶⁸⁰ Loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006, *op. cit.*, art. 5.

rémunération de l'opérateur privé⁶⁸¹. Partant de là, il peut être considéré qu'aucune modalité de rémunération du partenaire privé n'est récusée.

Dans le texte du Burkina Faso, il est prévu que le contrat doit contenir une clause relative «aux conditions et aux modalités de détermination et de paiement de la rémunération des parties au contrat». Le texte n'en dit pas plus sur les modalités de rémunération du partenaire privé. C'est dans le décret d'application de la loi que sont apportées quelques précisions sur l'application de l'article 32 de la loi fixant les clauses devant figurer dans le contrat dont celle relative à la rémunération de l'opérateur privé⁶⁸². Ainsi, il ressort de l'article 39 du décret d'application que la rémunération du partenaire privé peut consister en des redevances versées par les usagers ou bien en des droits perçus sur ceux qui utilisent l'ouvrage. Enfin, le paiement d'un prix par la personne publique n'est pas automatique dans le contrat de partenariat. Il n'est qu'éventuel⁶⁸³. Ainsi, le législateur du Burkina Faso, à son tour, affirme sa volonté de ne pas restreindre les modalités de paiement du partenaire privé.

Même s'ils envisagent implicitement ou explicitement, le versement d'une redevance par les usagers, les trois textes n'excluent pas non plus le versement par la personne publique d'un prix. Dès lors, peut se poser la question de savoir si de par leur critère financier, les marchés publics et les contrats de partenariat pourraient être rapprochés, voir assimilés. Certes, le versement d'un prix par la personne publique est un élément important qui rapproche les marchés publics des contrats de partenariat, mais les modalités qui accompagnent le paiement de ce prix distinguent les deux types de contrat.

⁶⁸¹ Art. 13 de la Loi n°2008/009 du 16 juillet 2008 fixant le régime fiscal, financier et comptable applicable aux contrats de partenariat, *op. cit.* «Les modalités financières de gestion, d'exploitation et de rémunération de l'investissement sont fixées d'accord parties».

⁶⁸² Décret n° 2014-024/PRES/PM/MMEF du 3 février 2014 portant modalités d'application de la loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso, *op. cit.*

⁶⁸³ L'article 39 dispose que «Le contrat de partenariat public-privé comporte les clauses relatives aux questions suivantes: (...) La rémunération du partenaire privé, qu'elle consiste en des redevances ou en des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de telles redevances ou de tels droits; et les versements éventuels pouvant être faits par l'autorité publique porteuse du projet ou une autre autorité publique».

Tout d'abord, alors que la réglementation des marchés publics exige que les crédits soient disponibles le contrat de partenariat, apparaît quant à lui, comme un recours en cas d'indisponibilité de la totalité du budget nécessaire à la réalisation des projets. Ainsi qu'il apparaît dans les exposés des motifs des différentes lois relatives au partenariat public-privé, ce type de contrat est une réponse à l'insuffisance des deniers publics et de l'aide au développement pour réaliser les projets.

Ensuite, dans le contrat de partenariat, le paiement de l'opérateur privé est échelonné et lié à des objectifs de performance ou à la disponibilité des infrastructures. Précisons cependant que si dans la loi du Sénégal, le lien est fait entre les objectifs de performance et le paiement du partenaire privé, tel n'est pas le cas dans les textes du Burkina Faso et du Cameroun. Certes, ces textes prévoient qu'un certain nombre d'objectifs de performance soient fixés à l'opérateur privé mais ils n'établissent pas expressément le lien entre le versement du paiement et la réalisation des objectifs de performances.

Enfin, il peut être ajouté que les objectifs de performance imposés au partenaire privé traduisent aussi, le fait qu'il supporte un certain nombre de risques. Mais là également, la configuration est différente selon qu'il s'agisse de partenariats public-privé ou de marché public. Ce qui fait la fortune, des contrats de partenariat, c'est que les parties au contrat cherchent une répartition équilibrée des risques⁶⁸⁴. Alors que le marché public est présenté comme un contrat dans lequel la personne publique transfère tous les risques à son cocontractant, même s'il est évident qu'avec les mécanismes de compensation établis dans les cahiers de charges un tel propos doit être circonscrit.

Les caractéristiques communes au contrat de partenariat public-privé instituées par la loi du 29 décembre 2006, celle du 23 mai 2013 et celle du 10 février 2014,

⁶⁸⁴ En ce sens, Félix ONANA ETOUNDI, «Cameroun: Contrat de partenariat, un sésame pour les projets d'investissement», *All Africa* du 3 Avril 2008. L'évaluation et le dialogue qui fondent les procédures de passation des contrats de partenariat public-privé, permettent aux parties de mieux évaluer et de se répartir les risques.

permettent d'identifier dans l'ordonnancement juridique interne, des contrats qui n'ont pas toutes les propriétés d'un marché public ni d'une délégation de service public.

Néanmoins, ressort-il de ces textes un objet et un critère financier suffisamment particuliers pour fonder une distinction pertinente entre les contrats traditionnels et les contrats globaux? L'analyse des réglementations, montre que les partenariats public-privé, contiennent des spécificités qu'on ne retrouve pas toujours dans un marché public ou une DSP. Toutefois il serait risqué de se fonder sur les critères des partenariats public-privé au sens de ces textes pour avoir une position tranchée sur la spécificité de ces nouveaux contrats.

Ni l'objet du contrat de partenariat public-privé, ni son critère financier ne paraît suffisant pour établir une distinction radicale avec les contrats classiques que sont les marchés publics et les contrats de délégation de service public. Entre les partenariats public-privé d'une part et les DSP et les marchés publics d'autre part, les frontières peuvent être très ténues, ce qui renforce le contrat de partenariat dans son rôle de facteur de perturbation de la classification classique des contrats administratifs.

§ 2. LA POROSITE DE LA FRONTIERE ENTRE LES CONTRATS DE PARTENARIAT ET LES CONTRATS ADMINISTRATIFS CLASSIQUES

L'expression partenariat public-privé, résume à elle seule toute l'activité publique conventionnelle⁶⁸⁵. Il est dès lors évident qu'il y ait des difficultés à établir des cloisons étanches entre ces contrats avec les marchés publics et les contrats de délégation de service public. Tant son objet (A) que les modalités de rémunération du partenaire privé (B) conduisent à nuancer l'existence d'une troisième voie entre les MP et les DSP.

⁶⁸⁵ Pierre LASCOUMES et Jérôme VALLUY, «Les activités publiques conventionnelles (APC): un nouvel instrument de politique publique?: L'exemple de la protection de l'environnement industriel, *Sociologie du travail*, 1996, vol. 38, n° 4, pp. 551-573,

A. UN OBJET IDENTIQUE A CELUI D'UN MARCHÉ PUBLIC

Les prestations réalisées grâce à la passation d'un contrat de partenariat public-privé peuvent-elles l'être par la passation d'un marché public?

La notion de partenariat public-privé est une notion générique qui réunit une multiplicité de montages contractuels ayant en commun de confier plusieurs missions à l'opérateur privé suivant des modalités de financement variable. Ainsi parmi les contrats de partenariat, on peut identifier le BOO (Build-Own-Operate), le BOT (Build-Operate-Transfer), le BOOT (Build-Own-Operate-Transfer), le BOLT (Build-Own-Lease-Transfer) ou encore le BRT (Build-Rent-Transfer) ou le DBFO (Design-Build-Finance-Operate), le (BLT) Build-Lease-Transfer, le BT (Build-Transfer), le (BTO) Build-Transfer-Operate etc⁶⁸⁶. Bien que chacun de ces contrats aient pour objet de confier au partenaire privé deux ou plusieurs missions, il n'y en a aucune qui ne puisse faire l'objet d'un marché public. D'où l'appellation de marchés publics globaux utilisée par certains auteurs pour caractériser les contrats de partenariat⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ Dans le BOO, l'opérateur privé construit ou développe un ouvrage public qui devient sa propriété et l'exploite ensuite. Dans le contrat de BOO, il n'existe pas une obligation de transférer les ouvrages à la personne publique. Et c'est là que sont concentrées l'essentiel des critiques adressées à ce contrat de partenariat. Le fait que des infrastructures reconnues comme publiques restent entre les mains d'opérateurs privés est regardé comme une emprise abusive des fonds privés. Le BOO présente toutefois des avantages certains. La réalisation de ces infrastructures pèse beaucoup moins sur les budgets publics et le fait que les opérateurs privés en gardent la propriété permet d'assurer la maintenance correcte des infrastructures.

Variante du BOT, le contrat BOOT s'en distingue par le fait que l'opérateur privé conserve pendant un temps la propriété des infrastructures avant de les transférer aux pouvoirs publics. Ce qui se traduit par une durée plus longue que pour les BOT. Le BOT et le BOO sont donc des montages contractuels similaires, à la différence que le BOOT répond mieux au projet à long terme. Il permet à l'opérateur privé de mettre en œuvre son projet dans le temps ou bien jusqu'à ce qu'il récupère entièrement son investissement.

Le DBFO (Design-Build-Finance-Operate), fait partie des contrats les plus globaux en raison de la diversité des tâches confiées à l'opérateur privé.

Le BT (Build-Transfer), ne se distingue guère du marché public de travaux. Pour une description des différents contrats de partenariat, voir notamment: Christian BETTINGER, *op. cit.* ; UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION - Investment and technology promotion division, *Guidelines for the development, negotiation and contracting of build-operate-transfer (BOT) projects*, Vienna, UNIDO, Stationery Office, 1996. Voir à propos du contrat BOT: Bruno de CAZALET, «Le contrat de construction dans le cadre des projets en Build Operate Transfer (BOT)», *Revue de droit des affaires internationales-International Business Law Journal (RDAI)*, n° 4, 1er juillet 1998, pp. 405 - 416.

⁶⁸⁷ François LICHERE, «Les contrats de partenariat, Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique?», *op. cit.*, p. 1557 et s.

Ensuite, dans un contrat de partenariat, le préfinancement ainsi que la conception peuvent être confiés à l'opérateur privé, néanmoins, si une telle possibilité n'est pas envisageable dans un marché public, c'est parce que les réglementations des marchés publics imposent aux autorités contractantes de planifier leur marché et de définir leur besoins. Dès lors ce qui distingue les marchés publics des partenariats public-privé c'est plus leur régime juridique et que leur nature. Si l'autorité contractante, qui passe un marché, était autorisée à confier la maîtrise d'ouvrage à son cocontractant ou bien était en mesure de différer le paiement des prestations, la différence entre les deux types de contrats serait alors très ténue.

De plus la répartition équilibrée des risques, n'est pas non plus un argument opérant pour présenter le contrat de partenariat comme un contrat qui diffère fondamentalement des marchés publics. En effet, dans les marchés publics, les prérogatives exorbitantes de l'administration, ont toujours été accompagnées de mécanismes théorisés par la doctrine, consacrés par les juges⁶⁸⁸ et le législateur⁶⁸⁹ et destinés à garantir l'équilibre financier du contrat⁶⁹⁰. La théorie de l'imprévision, le fait du prince, les sujétions imprévues sont autant de garanties contre les «aléas contractuels»⁶⁹¹ autant de garanties du droit à l'équilibre financier du contrat dont jouit le cocontractant de l'administration.

Toutes ces considérations ont conduit des auteurs à considérer que *«tant par leur objet que par leur économie, ces contrats ont bien la nature de marchés publics»*⁶⁹². En définitive, si la classification des contrats de partenariat public-privé et des marchés

⁶⁸⁸ Ex: Conseil d'Etat, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Recueil 125, concl. CHARDENET.

⁶⁸⁹ Ex: Sénégal, Loi n° 65-61 du 19 juillet 1965 portant code des obligations de l'administration (modifiée): Théorie de l'imprévision, (art.121 et s.) Théorie du fait du prince (art. 113-116), théorie des sujétions imprévues (art.118-120)

⁶⁹⁰ Laurent VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 1392 p.

⁶⁹¹ François LICHÈRE, «Les contrats de partenariat, Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique» *op. cit.*, p. 1558.

⁶⁹² *Ibidem*.

publics dans deux familles distinctes n'est pas des plus pertinentes, il n'en demeure pas moins que toute tentative de rapprochement entre ces deux familles se heurterait à leurs régimes qui restent distincts⁶⁹³.

Il apparaît que la conception du contrat de partenariat public-privé qui prévaut tant au Sénégal qu'au Cameroun et au Burkina Faso, déstabilise une nomenclature fondée sur la distinction entre les marchés publics et les délégations de service public. En même temps elle rend fragile tout essai de détermination d'une troisième famille de contrats dans la mesure où l'objet des partenariats public-privé peut être réalisé par la passation d'un marché public et que dans la grande famille des partenariats public-privé, il existe des contrats qui peuvent comporter une délégation de gestion de service public.

La distinction fondée sur l'objet n'est pas déterminante et celle fondée sur le mode rémunération l'est encore moins.

B. DES MODALITES DE REMUNERATION NON EXCLUSIVES

La loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun et celle du 23 mai 2013 qui crée les partenariats public-privé au Burkina Faso ont la particularité de créer des contrats de partenariat dans lesquels la rémunération du cocontractant peut prendre la forme soit d'un paiement par le contractant public, soit d'un tarif ou d'une redevance versée par les usagers soit la combinaison des deux. La loi du 10 février 2014 relative au contrat de partenariat au Sénégal, du moment qu'il prévoit que la rémunération de l'opérateur privé est «essentiellement», et non

⁶⁹³ Au regard des caractéristiques de certains partenariats public-privé comme les BOT, on peut aussi se demander quelles différences existe-t-il entre de tels montages contractuels et la concession? Là aussi, la réponse qui vient à l'esprit est qu'entre un contrat de partenariat public-privé comportant la gestion et l'exploitation d'un service public ainsi que la perception de redevances payés par les usagers et un contrat de concession, il y a plus une différence de régime qu'une différence de nature. Voir Aliou SAWARE, *Le particularisme des partenariats public-privé au Sénégal*, op. cit

totale, assurée par la personne publique laisse aussi une porte ouverte à d'autres sources de revenus, dont les redevances perçues sur les usagers⁶⁹⁴.

En ce qui concerne, le paiement du cocontractant par les usagers du service public, il faut dire que c'est l'une des modalités de rémunération du cocontractant qui était retenue pour les contrats de la loi abrogée du 1^{er} mars 2004. Il était prévu à l'article 2 de ce texte que, *«les contrats CET fixent les conditions de rémunération de l'opérateur du projet. La rémunération de l'opérateur du projet peut résulter de redevances perçues sur les usagers et de versements effectués par l'autorité concédante ou une autre autorité publique. L'opérateur du projet se rémunère essentiellement sur les revenus versés par les usagers ou les bénéficiaires des infrastructures qu'il a réalisées. L'opérateur du projet peut être amené à reverser à l'autorité concédante une part de la rémunération qu'il perçoit dans des conditions fixées par le contrat»*. La rémunération de l'opérateur de projet dans le cadre du contrat de CET pouvait donc peser sur les usagers ou sur l'administration bénéficiaire des infrastructures comme cela est envisagée aujourd'hui dans les lois du Burkina Faso et du Cameroun et comme cela n'est pas explicitement exclu dans la loi relative au partenariat public-privé au Sénégal du 10 février 2004.

Cette disposition, de la loi du 1^{er} mars 2004 avait fait l'objet d'une analyse dans le cadre du Groupe de travail «infrastructures» mis en place sous l'égide de la CNUDCI⁶⁹⁵. L'on s'est interrogé sur la pertinence de faire peser directement le coût des infrastructures sur les usagers alors qu'il ressort de plusieurs études qu'il est nécessaire que les projets BOT soient soutenus par des concours publics. Cela permet soit de *«ramener les péages à des niveaux socialement soutenables»*, soit de les transférer entièrement à l'Etat à travers la technique dite de *«péage fictif»*⁶⁹⁶. Dans le premier cas l'utilisateur ne paierait qu'une petite

⁶⁹⁴ L'art 6 de la loi prévoit aussi que le contrat de partenariat peut prévoir la possibilité pour le cocontractant de percevoir des revenus sur la base d'activités annexes et qu'il peut aussi prévoir un mandat de l'autorité contractante au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière.

⁶⁹⁵ CPI/Groupe de travail «infrastructures», «Projets de textes relatifs au cadre juridique des B.O.T, observations et éléments de discussions», 7 p.

⁶⁹⁶ *Ibidem*.

somme à l'opérateur de projet dont la rémunération serait alors essentiellement assurée par l'autorité contractante. Dans le second l'utilisateur ne paie pas directement l'opérateur de projet, ce dernier est rémunéré sur les recettes perçues par l'administration (Ex: recettes perçues sur la vente de vignettes aux propriétaires de voitures).

A la suite de ces observations, le Groupe de travail avait recommandé que le Conseil des infrastructures veille à ce que l'expression «usager» contenu dans l'article 2 de la CET soit interprétée *«dans un sens compatible avec les montages en péage fictif qui peuvent exclure le paiement par les usagers, sinon réduire leur montant»*⁶⁹⁷.

En dépit de ces recommandations, le législateur sénégalais n'avait exclu aucun mode de rémunération dans les contrats CET. Ce qui avait fait dire à certains experts, que *«tout en mettant en place une législation relative au contrat de PPP le Sénégal ne va pas au bout de logique «partenariat public-privé» qui consiste à confier une mission globale de construction-exploitation-financement à une personne privée par une rémunération au final publique»*⁶⁹⁸.

Mais au regard de la loi du 10 janvier 2014 qui remplace celle du 1^{er} mars 2004, comme des textes adoptés au Burkina Faso et au Cameroun pour réglementer les contrats de partenariat, force est de constater qu'il n'y a pas une renonciation claire aux revenus venant de l'utilisateur.

A côté de ces trois pays, la Côte d'Ivoire offre également une illustration de cette tendance consistant à n'exclure aucune modalité de rémunération dans le cadre des contrats de partenariat public-privé. Le décret n° 2012-1151 relatif à ces contrats distingue trois types de contrats globaux: les contrats de *«partenariat sur financement public»*, *«les*

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁶⁹⁸ Laurent THORRANCE, Alioune FALL, Michel LECERF et Pierre MICHAUX, *«Organisation d'une conférence régionale sur les partenariats public-privé à Dakar»*, *Etude sur les PPP*, op. cit., p. 85.

contrats de construction, exploitation, transfert» et les contrats de «*conception, construction, financement, exploitation*»⁶⁹⁹.

Dans le contrat de partenariat sur financement public, le cocontractant reçoit de l'autorité contractante une rémunération étalée sur la durée du contrat. Dans le contrat de construction, exploitation, transfert, l'opérateur privé se rémunère sur les tarifs perçus sur les usagers. Enfin le contrat de conception, construction financement, exploitation combine la rémunération versée par les usagers et le paiement par l'autorité contractante.

Cette conception du partenariat public-privé n'est pas sans rappeler, les adaptations que la pratique a apportées aux critères de la délégation de service public. Sauf qu'ici, c'est par les textes qu'a été adoptée la souplesse, certainement nécessaire à la pratique des partenariats public-privé en Afrique. Un texte qui ne prévoit qu'une seule modalité de rémunération serait vraisemblablement voué à l'échec.

En définitive, les contrats de partenariat se veulent être une famille distincte de contrats⁷⁰⁰ tout en empruntant aux marchés publics et aux DSP soit leur objet soit leur critère financier. Il n'en fallait pas plus pour faire d'eux un véritable facteur de perturbation de la distinction classique entre les marchés publics et les contrats de gestion déléguée des services publics.

Néanmoins, les contrats de partenariat ne sont pas les seuls porteurs de germes de la déstabilisation de la classification classique des contrats administratifs.

⁶⁹⁹ *Journal Officiel* (Côte d'Ivoire) n° 10 du Jeudi 7 Mars 2013

⁷⁰⁰ Le Professeur LLORENS, estime à ce propos que les différences existantes entre les différents types de contrats de partenariat public-privé ne doivent pas être surestimées. Leur communauté, au moins partielle de régime et leur nature créent une réelle unité entre ces contrats. François LLORENS, «Typologie des contrats de la commande publique», *Contrats et Marchés publics* n° 5, mai 2005, pp. 12-25.

SECTION II. LA MULTIPLICATION DES FACTEURS DE PERTURBATION INTERNES AUX CATEGORIES CLASSIQUES

Selon le Professeur François LLORENS, «une typologie n'a de sens que si elle est opérante, autrement dit si les notions qui la fondent et les catégories qu'elle sert à distinguer, correspondent à des différences de régime». Or, l'état actuel de la réglementation des marchés publics et des délégations de service public, dans les Etats de l'UEMOA et au Cameroun - au moins pour ce qui concerne les concessions de service public -, ne permet d'établir une différence formelle de régime entre les marchés publics les contrats de délégations de service public.

La notion de délégation de service public et le régime de passation adoptés par les réformes, ont eu pour principale conséquence de faire apparaître des facteurs de remise en cause de la distinction qui traditionnellement prévalait entre ces contrats et les marchés publics (§I). A cela s'ajoute le fait que dans certaines réglementations nationales subsistent des marchés publics de droit privé (§II) créant au sein même de la famille des marchés publics une fragmentation.

§ 1. DES ELEMENTS DE REMISE EN CAUSE DE LA DISTINCTION ENTRE LES MARCHES PUBLICS ET LES CONTRATS DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

L'analyse de la notion de délégation de service public et de ses applications concrètes, a permis de voir que la pratique de ces contrats a beaucoup contribué à redéfinir leurs critères d'identification. Le fait est que d'une part, les critères d'identification de ces contrats que sont tant l'objet [délégation de gestion du service public] que le critère financier [rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation] sont si extensifs, que la qualification retenue par les parties n'est jamais à l'abri d'une requalification par les autorités chargées du contrôle administratif ou du contrôle contentieux.

Restait alors l'argument tiré du risque d'exploitation, mais la pratique des contrats de délégation a révélé au grand jour la faiblesse structurelle de ce critère qui de ce fait perd de sa pertinence pour établir une typologie entre les marchés et les délégations de service public (A). La libéralisation, sous influence communautaire et internationale des contrats de délégation de service public et l'émergence d'un droit de la commande publique ont, quant à elles, eu raison de la distinction entre les DSP et les marchés publics fondée sur le régime juridique de ces contrats (B).

A. LE CARACTERE INOPERANT DE LA DISTINCTION FONDEE SUR LE RISQUE D'EXPLOITATION

Il peut arriver qu'un contrat de délégation de service public et un marché public aient pour objet de confier aux cocontractants de l'administration la gestion d'un service public. Les marchés de service public constituent une réalité de la pratique contractuelle⁷⁰¹. C'est la raison pour laquelle le Professeur Jean-François AUBY, utilise le terme générique de «*contrats d'exécution du service public*»⁷⁰² pour qualifier autant les DSP que les MP et même les partenariats public-privé car, dit-il, «*le service public étant la vocation naturelle de l'intervention publique, tout contrat conclu par une autorité publique concourt d'une certaine manière à l'exécution du service public*»⁷⁰³.

Dès lors, c'est le critère complémentaire, c'est-à-dire le critère financier qui va permettre de dissocier les deux types de contrat. Partant de là, le critère financier du contrat de délégation de service public, qui devait renvoyer à une idée, celle de risque d'exploitation, est apparu commun critère déterminant.

⁷⁰¹ Hubert-Gérard HUBRECHT et Fabrice MELLERAY, *op. cit.* Marie-Pierre CHANLAIR, «Réflexions sur les contrats de service public avec mise à disposition d'ouvrages appartenant à la collectivité», *AJDA*, n°5, 2005, pp. 241-247

⁷⁰² Jean-François AUBY, «A propos des contrats d'exécution du service public», in *Contrats publics, mélanges en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, volume I, pp. 797-808.

⁷⁰³ *Ibidem*.

Mais le fait est qu'entre les textes et la pratique, il y a eu un véritable fossé. L'idée de risque d'exploitation a été réinterprétée par la pratique qui de ce fait l'a rendue difficilement détectable. En Afrique sub-saharienne, surtout, l'exploitation du service public aux risques et périls du délégataire ne correspond pas à la réalité de la délégation de service public. En conséquence, pour reprendre les mots du Professeur Philippe TERNEYRE, nous dirons que le risque d'exploitation est apparu comme un critère «*non opérationnel, archaïque et déphasé par rapport à l'évolution factuelle et juridique des contrats confiant à un opérateur l'exécution même du service public*»⁷⁰⁴. Plusieurs facteurs sont à l'origine du fait que le risque d'exploitation est au final insuffisant pour fonder une distinction entre la délégation et le marché public.

Selon les Professeurs HUBRECHT et MELLERAY, la jurisprudence préfet des Bouches du Rhône, entérinée par la loi MURCEF, - qui a été reprise dans la quasi-totalité des législations analysées en Afrique - en adoptant un critère «*oscillant entre résultats substantiellement liés au résultat de l'exploitation et la notion de risque encourue par le délégataire*»⁷⁰⁵, n'a fait qu'entériner les résultats d'analyses que la doctrine avait réalisées à propos de la concession de travaux et de service public et qui avaient déjà montré leurs limites. Par contre, ce qui a toujours été démontré, c'est la réalité du «partenariat financier» existant entre les parties au contrat dont l'objet porte sur la gestion des services publics⁷⁰⁶. L'analyse de la pratique des concessions et des affermage en Afrique faite précédemment a montré l'existence de ce partenariat financier.

De même, au terme d'une analyse de la pratique contractuelle, le Professeur Jean-Claude DOUENCE, observe que le critère de la rémunération par les résultats de l'exploitation s'est révélé inopérant. En voulant trouver une justification rationnelle

⁷⁰⁴ Philippe TERNEYRE, «Marchés d'entreprise de travaux publics: marchés publics ou délégations de service public?» Note sous Conseil d'Etat, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, RFDA, 1996, n° 4, pp.718-722. Voir aussi, Nil SYMCHOWICZ, «La notion de délégation de service public, critique des fondements de la jurisprudence «Préfet des Bouches-du-Rhône»», *AJDA*, n° 3, 1998, pp. 195-213. David MOREAU, «Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public», *AJDA*, n° 27, 2003, pp. 1418-1425

⁷⁰⁵ Hubert-Gérard HUBRECHT et Fabrice MELLERAY, *op. cit.*, p. 817.

⁷⁰⁶ *Ibidem*.

«derrière les notions de responsabilité financières, d'équilibre financier, et finalement de risque d'exploitation»⁷⁰⁷, il s'est montré incapable d'appréhender ces notions. Il s'est donc retrouvé réduit à lui-même. Le Professeur DOUENCE en conclut que la rémunération assurée par les résultats de l'exploitation ne traduit pas l'existence d'un risque. En d'autres termes, le critère des modes de rémunération ne dit des délégations de service public rien d'autre si ce n'est qu'il s'agit de contrats dans lequel le cocontractant est rémunéré par les résultats de l'exploitation. Or, il ne ressort de cette expression aucune caractéristique spécifique à la délégation de service public permettant de la distinguer des autres familles de contrats. De cette analyse, il tire la conclusion que «l'erreur est sans doute d'avoir voulu fonder un critère juridique sur la réalité économique du contrat. C'est oublier que la première qualité requise d'un critère juridique est d'être facile à comprendre et à manier par ses destinataires»⁷⁰⁸.

Si on sépare l'idée de «*risque supporté par le contractant*» de l'expression «*rémunération assurée par les résultats de l'exploitation*», il ne reste plus que cette dernière pour caractériser une DSP. Or, comme le montre le Professeur LLORENS, la prise en compte de ce mode de rémunération, dépossédé de toute idée de risque, peut entraîner l'inclusion dans la famille des DSP de contrats dans lequel le délégataire ne s'expose à aucun risque à côté d'autres conventions pour lesquelles le cocontractant supporte tout ou partie des risques d'exploitation. Inversement, une telle conception du critère financier de la délégation de service public, peut amener le classement dans la famille des marchés publics de contrats dans lequel le cocontractant n'est pas substantiellement rémunéré par les résultats de l'exploitation mais est exposé à un risque industriel pouvant entraîner un déséquilibre financier du contrat causant une perte d'exploitation⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ DOUENCE, Jean-Claude, «Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle», in *Mouvement du droit public: du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : mélanges en l'honneur de Franck Moderne.*, Paris, Dalloz, 2004, p. 519.

⁷⁰⁸ *Ibidem*.

⁷⁰⁹ François LLORENS, «Typologie des contrats de la commande publique», *Contrats et Marchés publics* n° 5, mai 2005, p. 21.

Ce que disent donc les auteurs, c'est que l'expression *rémunération assurée par les résultats de l'exploitation* ne traduit en aucun cas l'existence d'un risque d'exploitation supporté par le délégataire. Or si tel est le cas, on peut se retrouver en présence d'un contrat de DSP dans lequel le délégataire ne supporte aucun risque et d'un marché public dans lequel le prestataire supporte un risque d'exploitation. Autrement dit le risque d'exploitation n'est pas un critère propre à la délégation de service public, il ne peut donc fonder une distinction entre ces contrats et les marchés publics.

Les législateurs africains ont repris la notion de délégation de service tel qu'il a été consacré par la loi MURCEF qui elle-même reprenait la définition donnée par le juge administratif à la DSP au sens de la loi SAPIN.

A donc été transposée, en Afrique, une distinction établie sur un critère peu pertinent et surtout «conjoncturel» afin de mettre un terme au contournement de la réglementation des marchés publics⁷¹⁰. On peut alors comprendre que la distinction entre les MP et les DSP n'ait pas résisté à la vague de libéralisation qui a submergé les contrats administratifs. En l'absence d'un travail endogène de conceptualisation de la délégation de service public et en présence d'une pratique qui offre au délégataire suffisamment de compensation pour réduire, voire éliminer le risque d'exploitation, la délégation de service public ne reposait plus que sur des critères théoriques insuffisamment tangibles pour justifier l'existence d'une catégorie réellement distincte.

On comprend alors la facilité avec laquelle ces contrats ont pu basculer dans le périmètre du Code des marchés publics. Lorsque le droit des contrats administratifs a été confronté aux influences internationales et communautaires, qui imposent la transparence et la concurrence comme principal objectif de la réglementation, il a été plus facile de soumettre les marchés publics et les DSP au même Code, celui des marchés publics. Or,

⁷¹⁰ Il faut dire que la décision rendue dans l'arrêt préfet des Bouches du Rhône était une réponse aux abus des autorités contractantes qui, parce que la loi Sapin avait omis de définir la notion qu'elle consacrait, ont fait de la catégorie des DSP une catégorie «fourre tout» afin d'échapper au formalisme rigoureux qu'impose la passation des marchés publics.

cette soumission renforce le dépassement de la distinction entre les marchés publics et les DSP fondée sur leur régime de passation.

B. LA DESUETUDE DU CRITERE TIRE DE LA DISTINCTION DES REGIMES DE PASSATION ENTRE LES MARCHES PUBLICS ET LES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Elle se manifeste à travers la soumission des délégations de service public aux procédures de passation des marchés publics (1) et conduit à confondre les DSP à des marchés publics. L'ordonnance rendue par le tribunal de commerce d'Abidjan en date du 12 avril 2013 dans un litige opposant la Société International Containers Terminal Services, la Société CMG-CGM, la Société Terminal Link, la Société MOVIS International, et la Société NECOTRANS (SCPA LEX WAYS) au Port Autonome d'Abidjan, l'illustre particulièrement (2).

1. La soumission des délégations de service public aux procédures de passation des marchés publics

L'élément «décisif» de la distinction entre les DSP et les marchés publics a, pendant longtemps, été le régime juridique et plus particulièrement leur régime de passation. La preuve est que ce n'est qu'à partir des années 50 qu'apparaissent les premiers ouvrages faisant état de la distinction entre ces deux catégories de contrats. Ni Gaston JEZE⁷¹¹, ni Georges PEQUIGNOT⁷¹² n'établissent une classification basée sur la distinction entre marchés publics et DSP. Il a fallu attendre le Traité des contrats administratifs en 1983, pour qu'une telle distinction soit faite.

⁷¹¹ Gaston, JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif. Première partie. Théorie générale des contrats de l'administration. Formation, exécution des contrats*, Paris, M. Giard, 1934, 3^e éd. 464 p.

⁷¹² Georges PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 1944, 625 p.

La raison est que, cette période a vu l'apparition d'un intérêt particulier pour les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles on soumettait volontiers les marchés publics tout en préservant le principe de *l'intuitus personae* qui régissait les contrats de concession. Une dizaine d'années plus tard, la loi SAPIN a contribué à renforcer la distinction qui désormais est établie entre les deux familles de contrats soumis à deux régimes juridiques distincts et non plus entre deux catégories dont l'une était soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence pour sa passation et l'autre non.

Le droit communautaire européen a d'avantage renforcé cette nomenclature en excluant du champ d'application des directives relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics, les contrats de concession de service.

Lorsqu'est utilisé ce qui s'est passé en France comme grille de lecture pour comprendre l'évolution de la typologie entre MP et DSP, on observe que le critère du régime juridique comme fondement de la distinction entre MP et DSP a davantage perdu de sa pertinence dans la zone UEMOA qu'en France et dans les Etats appliquant la législation de l'Union européenne.

En effet, au moment où on s'interroge en France pour savoir si la typologie des contrats de la commande publique résistera à la réforme des directives marchés publics⁷¹³ et au moment où on s'attaque à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil jugée «*trop normée, trop standardisée*»⁷¹⁴, dans les Etats de l'UEMOA, les directives communautaires n'ont laissé qu'une infime distinction entre les procédures de passation des marchés et des DSP. Au Cameroun et dans certains Etats de la CEMAC, la soumission de la passation des DSP aux dispositions régissant la passation des marchés

⁷¹³ François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, «La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des directives marchés publics?», *Contrats et marchés publics*, n°10, 2013, pp. 1-2.

⁷¹⁴ Loïc GRARD, *op. cit.*, p. 313.

publics est également admise. Il en résulte que la différence de régime de passation entre la DSP et les marchés publics tend à devenir un élément de distinction assez faible.

Les contrats de délégation de service public, sont, au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire, mais aussi au Niger, au Togo, au Mali, et au Bénin, soumis aux dispositions figurant dans le Code des marchés publics et applicables à ces derniers contrats. Ce résultat est la conséquence directe de la transposition dans ces Etats de la directive n° 04/2005 du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA. Néanmoins quelques adaptations sont prévues afin de prendre en compte certaines particularités des délégations de service public. Au Burkina Faso, les dispositions spécifiques à la passation et à l'exécution des délégations de service public sont contenues dans un *Titre III* du décret portant Code des marchés publics, ce qui n'exclut pas que leur soient appliquées les «*dispositions pertinentes*» applicables à la passation des marchés publics⁷¹⁵.

Au Sénégal, le Code des marchés publics prévoit que le régime de passation des marchés publics qu'ils édictent, constituent le droit commun de la passation des contrats de délégation de service public. Autrement dit, les procédures de passation des marchés publics s'appliquent au contrats de DSP «*sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires spéciales contraires*»⁷¹⁶, ou «*sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires fixant leur régime et/ou les régimes particuliers à chaque type de convention*»⁷¹⁷. Aux termes de l'article 177 du Code des marchés publics de la Côte d'Ivoire, il est affirmé que «*les dispositions du présent Code régissent mutatis mutandis les conventions de délégation de service public*».

⁷¹⁵ Décret N° 2008 - 173 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, *op. cit.*, art. 171 et s.

⁷¹⁶ Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.*, art. 82.

⁷¹⁷ Loi n°2009-02 du 7 août, portant Code des marchés publics et des délégations de service public en République de Bénin, art. 94. Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire, *op. cit.*, art. 3.

En dehors de la zone UEMOA, la réglementation des contrats de délégation de service public n'est pas autonome, dans la grande majorité des cas, par rapport à la réglementation des marchés publics. Au Cameroun, avant l'adoption du Code des marchés publics de 2004, l'essentiel de la réglementation applicable aux délégations de service public se trouvait dans des textes sectoriels, selon le secteur libéralisé. A côté de ces textes, les règles régissant les contrats de délégation de service public étaient contenues dans les conventions liant les pouvoirs publics aux concessionnaires, aux fermiers ou aux régisseurs. Si cette dernière pratique a cours encore, la nouveauté réside dans l'introduction dans le Code des marchés publics issu du décret de 2004, d'une section consacrée aux *Délégations de service public*. Il y est clairement stipulé que «*les concessions font l'objet d'une mise en concurrence, conformément aux dispositions prévues par le présent Code*»⁷¹⁸.

Bien qu'il ressorte de cette disposition que les procédures du Code ne sont applicables qu'au contrat de concession, elle a néanmoins le mérite d'inscrire un contrat de délégation de service public dans la même perspective que celle développées en Afrique de l'Ouest, celle de la soumission aux règles de publicité et de mise en concurrence applicables aux marchés publics. Des contrats qui pendant longtemps et, en raison de leur objet, ont été le champ privilégié de la règle de *l'intuitus personae*.

L'apparition de principes communs à tous les contrats de la commande publique et de règles qui harmonisent leurs procédures est une donnée positive de l'évolution du droit des contrats administratifs. Pour reprendre les mots du Professeur Gabriel ECKERT, il s'agit là, d'un signe de progrès car cela participe d'un utile encadrement de la puissance publique et limite les risques de faussement du marché⁷¹⁹. Néanmoins, Dans les pays africains où la passation des marchés est soumise aux dispositions du Code, on a été au-delà de l'harmonisation. Il s'est opéré une transposition de la quasi-totalité du droit des

⁷¹⁸ Art. 42, Décret n° 2004/275 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics, *op. cit.*

⁷¹⁹ Gabriel, ECKERT, «Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics», *RFDA*, n°2, janvier-février 2006, p. 244.

marchés publics au contrat de délégation de service public⁷²⁰. De sorte qu'aujourd'hui, la distinction entre les marchés publics et les délégations de service public au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Burkina Faso et dans une certaine mesure, au Cameroun, etc., ne peut plus être valablement fondée sur leur régime de passation.

En alignant le régime de passation des DSP sur celui des marchés publics, les autorités administratives et réglementaires en Afrique étaient guidés par la nécessité de satisfaire les directives provenant des bailleurs de fonds et exigeant l'ouverture de la gestion des services publics à la concurrence et l'inexistence d'autres alternatives face aux finances publiques exsangues. Ainsi, cela apparaît encore une fois comme une décision conjoncturelle, qui doit tout à l'air du temps et rien à une réflexion doctrinale préalable. L'on ne s'étonne pas alors qu'une telle option ait un effet déstabilisateur sur la distinction qui jusque-là était opérée entre les marchés publics et les contrats de délégation de service public et rende difficile la réalisation de nouvelle classification⁷²¹.

⁷²⁰ Analysant l'évolution du droit des DSP en France, le Professeur DELACOUR a aussi relevé que même s' «il n'y a pas alignement sur le droit des marchés publics, ce dernier n'en a pas moins été une source d'inspiration pour élaborer le dispositif applicable aux DSP». Reprenant l'analyse de certains auteurs, Il qualifie le droit des marchés publics comme étant le "droit modèle" et le droit "pionnier", c'est-à-dire le droit dans lequel sont expérimentées certaines solutions et procédures avant leur extension au droit des DSP. DELACOUR, Eric, «Les évolutions du droit des délégations de service public depuis dix ans», *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2003, chron. 6.

⁷²¹ Les difficultés de qualification des contrats de commande publique liées à leur soumission au même régime de passation se posent également pour les contrats de partenariat public-privé. Au Sénégal par exemple avant l'adoption de la loi relative aux contrats de partenariat, ces derniers étaient soumis au régime de passation établi pour les marchés publics dans le code. Ainsi, lorsqu'une autorité contractante vient à demander, à l'organe de contrôle *a priori*, l'autorisation de passer par entente directe sur le fondement de l'article 72 du Code, un marché pour la construction et l'exploitation d'une centrale à charbon à Mboro, l'organe de contrôle rencontra des difficultés pour définir la nature du contrat en question. Aussi envisagea-t-il deux possibilités pour analyser la demande de l'autorité contractante. Il conclut que la demande de l'autorité contractante n'est fondée sur aucune disposition du Code des marchés publics car si le dossier est analysé «sous l'angle du contrat de partenariat, plus probable au regard de la durée et des modalités de mise en œuvre», l'article 81 du Code des marchés publics qui est la disposition applicable pour les contrats de partenariat public-privé, ne permet pas le recours à la procédure d'entente directe. De même, «si le dossier est analysé sous l'angle des marchés publics», l'article 3 du Code des marchés publics qui doit être appliqué ne permet pas non plus d'accorder à l'autorité contractante l'autorisation qu'elle sollicite. ARMP du Sénégal, Décision n° 173/13/ARMP/CRD du 10 juillet 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande de la SENELEC de passer un marché par entente directe pour la construction d'une centrale à charbon:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=554:decision-nd-17313armpcrd-du-10-juillet-2013&Itemid=583. Cette décision montre que la logique actuelle qui anime la réglementation des

Une ordonnance rendue par le juge des référés du tribunal de commerce d'Abidjan, donne une illustration de l'ampleur que peut prendre l'amalgame voire l'assimilation des contrats de délégation de service public aux marchés publics. Elle montre aussi à quel point le droit de la commande déstructure les notions.

2. Une illustration à travers l'ordonnance de référé du tribunal de commerce d'Abidjan du 12 avril 2013

Aujourd'hui, tant les textes de transposition des directives de l'UEMOA que les textes adoptés au Cameroun, ou dans des Etats de la zone CEMAC mettent à mal la détermination d'une catégorie contractuelle autonome. L'amalgame entre les contrats délégation de service public et les marchés publics est un fait assez répandu chez les autorités contractantes. La délégation de service public devient ainsi une catégorie perdue dans la grande famille des contrats de service public dont la famille la plus représentative est sans conteste le marché public. La dynamique des marchés publics sur les délégations de service public s'est renforcée avec la soumission des contrats de DSP aux mêmes textes que les marchés publics.

L'ordonnance rendue par le tribunal du commerce d'Abidjan le 12 avril 2013 dans un litige opposant le Port autonome d'Abidjan et un certain nombre de soumissionnaires évincés, montre que la soumission des délégations de service public au Code des marchés publics, constitue un véritable facteur de perturbation tant sur le plan théorique que dans la pratique⁷²².

Le tribunal de commerce d'Abidjan s'est déclaré compétent pour connaître du litige opposant une société d'Etat, le Port Autonome d'Abidjan en sa qualité d'autorité

contrats de la commande publique, si elle se veut cohérente en ce sens qu'elle ramène toutes les dispositions régissant ces contrats au respect d'une idée, celle de concurrence, elle entame néanmoins la cohérence des classifications qui prévalaient et qui doivent aujourd'hui encore, prévaloir.

⁷²² Tribunal de commerce d'Abidjan ordonnance de référé, RG N° 450/13, 12 avril 2013, Société International Containers Terminal Services, Société CMG-CGM, Société Terminal Link, Société MOVIS International, Société NECOTRANS (SCPA LEX WAYS) C/ Port Autonome d'Abidjan, <http://tribunalcommerceabidjan.org/documents/publications/societe/SICTScontrePAA.pdf>

contractante et un groupe de soumissionnaires évincés. La procédure d'appel d'offres avait pour objet la sélection d'un concessionnaire chargé de la réalisation et de l'exploitation du deuxième Terminal à Conteneurs (TC2) du Port d'Abidjan. Les prétentions des candidats évincés étaient que les rapports d'analyse de la commission d'ouverture des plis et de jugement des offres, aux étapes de pré qualification, de sélection des offres technique et des offres financières, leur soient communiqués. L'autorité contractante a soulevé l'irrecevabilité de la requête non pas pour incompetence de la juridiction judiciaire saisie, mais au motif que les requérants n'ont pas indiqué dans leur acte d'assignation l'identité de leurs représentants légaux.

Par ordonnance en date du 12 avril 2003, le juge des référés du Tribunal de commerce a estimé que la requête était recevable en la forme, mais a débouté les requérants au fond. Il se fonde pour cela sur la disposition du Code des marchés publics qui impose à l'autorité contractante de tenir à la disposition des soumissionnaires, le rapport d'analyse de la Commission, ayant guidé l'attribution du marché. Cette disposition est interprétée comme mettant à la charge de l'autorité contractante une obligation de rendre le rapport d'analyse de la commission disponible pour les soumissionnaires, sans pour autant lui imposer un déplacement pour communiquer le rapport. Autrement dit les soumissionnaires peuvent consulter le rapport sur place et étant donné que l'autorité contractante l'avait mis à leur disposition à son siège, la requête des soumissionnaires a été jugée irrecevable.

Il ressort de cette décision que ni le juge des référés, ni le défendeur n'ont soulevé l'irrecevabilité pour incompetence de la juridiction commerciale. Pourtant dès son adoption, cette décision a fait l'objet d'une vive critique uniquement concentrée sur la compétence du juge judiciaire pour connaître du contentieux des contrats administratifs passés par une société d'Etat. Ce qui a échappé tant aux parties qu'au juge, n'a pas échappé aux observateurs. Mais là aussi, la critique a été incomplète⁷²³. La procédure litigieuse

⁷²³ Vincent Bile, «Quelle compétence pour le tribunal du commerce dans le contentieux des marchés publics», article public sur le site de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics:

avait trait à la passation d'un contrat de concession. Mais étant donné que la passation de ces contrats est soumise aux mêmes dispositions que les marchés publics, dans l'ordonnance du tribunal comme dans les commentaires dont cette décision a fait l'objet, la nature du contrat n'a jamais été soulevée. Il était tout simplement assimilé à un marché public. D'ailleurs, la grande interrogation du commentateur était de savoir sur quel fondement les juges du Tribunal commercial se sont déclarés compétents pour connaître d'un contrat régi par le Code des marchés publics.

Il évoque à l'appui de sa démonstration les dispositions qui prévoient que le Code des marchés publics s'appliquent notamment aux Sociétés d'Etat et celles qui prévoient que *«les différends ou litiges nés à l'occasion de la passation, de l'exécution, du règlement et du contrôle des marchés publics ne peuvent en aucun cas être portés devant la juridiction compétente avant l'épuisement des voies de recours amiables prévues aux articles 167 à 169 ci-dessous»*⁷²⁴ (les recours en question sont ceux formés devant l'autorité nationale de régulation des marchés publics). A aucun moment il n'a été question de la qualification réelle du contrat en cause. Le seul argument développé à l'encontre du tribunal de commerce est que s'agissant d'un contrat soumis au Code des marchés publics, doivent lui être appliquées les dispositions relatives à la détermination de la compétence contentieuse contenues dans ce texte.

Autrement dit le requérant devait d'abord saisir l'autorité contractante et en cas de rejet de sa demande, saisir, une instance qui siège en matière administrative, en l'occurrence, la cellule recours et contentieux de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics et après, la juridiction administrative s'il n'obtient pas gain de cause.

Cette affaire, montre le risque de confusion que peut entraîner l'alignement du régime des délégations de service public sur celui des marchés publics. Il ne s'agit pourtant pas là, du dernier facteur de désordre qu'induit l'apparition d'un droit de la

<http://anrmp.ci/images/PDF/article-contentieux-des%20marches-publics-quelle-competence-pour-le-tribunal-de-commerce.pdf> (dernière consultation le 02/12/14).

⁷²⁴ Décret n° 2009- 259 du 6 août 2009 portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire, *op. cit.*, art. 166.

commande publique. La catégorie des marchés publics porte en son sein des gènes porteurs de ce désordre.

§ 2. LE MAINTIEN DANS CERTAINES LEGISLATIONS DES MARCHES PUBLICS DE DROIT PRIVE⁷²⁵

La jurisprudence et la doctrine ont toujours considéré que la soumission d'un contrat au Code des marchés publics ne lui conférait pas la qualité de contrat administratif et par conséquent, n'entraînait pas sa soumission à un régime exorbitant du droit commun et la compétence du juge administratif⁷²⁶. Autrement dit, il fallait rechercher dans chaque contrat la présence d'une clause réellement dérogatoire au droit commun pour préjuger de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges qui en naîtraient.

En Afrique noire francophone les Codes des marchés publics ont pris les devants en procédant à une qualification textuelle de ces contrats. Leur analyse montre que deux tendances s'opposent (A) et elles révèlent une décomposition de la notion de marché public (B).

⁷²⁵ Rémi ROUQUETTE, parle de marchés semi publics, car, juge t'il, l'appellation de «marchés publics de droit privé» peut aussi viser les marchés, contrats privés des personnes publiques, soumis au Code des marchés publics. Il préfère aussi la notion de «*marché semi-public*» à celui de «marché semi-privé» car bien que la logique voudrait que l'on donne aux deux notions la même signification, il opte pour la première qui selon lui décrit le mieux le mouvement tendant à augmenter la prégnance du droit public. Le marché semi-public est ainsi défini comme «*tout marché, contrat administratif ou non, qui n'est pas totalement public ni totalement privé*» : Rémi ROUQUETTE, «Les marchés semi-publics», *AJDA* 1994, n° spécial, juillet-août, p. 21.

Dans notre analyse, le choix est porté sur l'expression «marchés publics de droit privé». L'expression «marchés publics» provenant du fait qu'il s'agit de contrats conclus et exécutés conformément aux dispositions du code des marchés publics et l'expression «droit privé», du fait qu'il s'agit de contrat privé et leur contentieux soumis au juge privé. L'expression «marché semi-public» étant beaucoup moins parlant et comme le dit l'auteur M. ROUQUETTE, il peut être synonyme de «marché semi-privé» et peut englober des contrats administratifs. Alors que les marchés publics de droit privé au sens de notre étude excluent les contrats administratifs.

⁷²⁶ Denis PIVETEAU, «Quelles portée doit être donnée à l'article 2 de la loi MURCEF?», Conclusion sur CE, Avis du 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisseries de Pantin, req. n° 246.921, *Bulletin juridique des Contrats Publics*, n° 25, 2002, pp. 427-432. Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 17 déc. 1996, Sté Locunivers, *Droit administratif*, 1997, commentaire 122, note Laurent RICHER. Tribunal des conflits, 5 juill. 1999, Commune de Sauve c/ Sté Gestetner, *Recueil CE* 1999, p. 464, *AJDA* 1999, p. 554, chron. Fabien RAYNAUD et Pascal FOMBEUR.

A. L'OPPOSITION ENTRE LES MARCHES PUBLICS DE DROIT PUBLIC ET LES MARCHES PUBLICS DE DROIT PRIVE

Dans certains Etats, il existe une coïncidence entre le champ d'application du Code des marchés publics et la notion de marchés publics entendu comme contrat de droit administratif. Autrement dit, dans les législations de ces Etats, les marchés publics sont qualifiés de contrats administratifs quelque soit la nature publique ou privée de l'autorité contractante qui les conclut. De plus, les dispositions relatives au règlement des litiges portant sur ces contrats, ne consacrent pas une dualité du contentieux des marchés.

Dans le cas du décret portant Code des marchés publics au Burkina Faso, la détermination de la nature administrative des marchés publics s'est faite de façon directe. En définissant la notion de marchés publics, l'article premier du Code, dispose expressément, que les marchés publics sont des contrats administratifs. En procédant de la sorte, les rédacteurs du texte posent une présomption d' «*administrativité*» des marchés publics.

La méthode utilisée par les rédacteurs du décret du 06 aout 2009 portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire est quant à elle indirecte. Ici la détermination de la nature administrative résulte du fait que le texte attribue la compétence pour connaître des différends relatifs aux marchés publics «*aux juridictions compétentes pour connaître du contentieux des contrats administratifs*»⁷²⁷. Ainsi libellée, cette disposition signifie que les marchés publics sont des contrats administratifs et que les juridictions saisies, leur appliqueront le régime juridique général du contrat administratif⁷²⁸.

Le Cameroun s'aligne sur les Etats dans lesquels, le marché public soumis au Code est un contrat administratif. Mais les dispositions du Code ne sont pas des plus

⁷²⁷ Voir à propos des méthodes de détermination de la nature juridique des contrats administratifs, François BRENET, «Contrat administratif par détermination de la loi», *JurisClasseur administratif*, fascicule 602, 2009.

⁷²⁸ *Ibidem*.

explicites sur ce point précis. Le décret du 24 septembre 2004 portant Code des marchés publics ne se prononce pas expressément ni sur la nature publique ou privée des marchés publics, ni sur la juridiction compétente pour connaître des litiges portant sur ces contrats⁷²⁹. Mais le second paragraphe de l'article 91 du Code dispose que, «*la tentative de règlement à l'amiable prévue à l'alinéa (1) ci-dessus reste sans incidence sur la procédure de règlement de droit commun, sauf dérogation découlant des accords ou conventions de prêt ou d'autres conventions internationales*». Se pose la question de savoir ce qu'il fallait entendre par «*procédure de droit commun*» au sens du décret portant Code des marchés publics. S'agit-il du droit commun entendu comme le droit privé⁷³⁰ ou du droit commun entendu comme le droit généralement applicable à la personne qui passe le contrat? La seconde alternative a semblé être la plus plausible.

D'abord le marché public est un moyen d'action propre aux personnes publiques. Le droit majoritairement applicable aux personnes publiques étant le droit administratif, la référence aux procédures «de règlement de droit commun» ne pouvait alors renvoyer qu'à la procédure devant le juge administratif.

Ensuite, la loi du 29 décembre 2006 donne compétence aux tribunaux administratifs pour connaître des «*litiges concernant les contrats (à l'exception de ceux conclus même implicitement sous l'empire du droit privé)*»⁷³¹. Or, il est clair que le régime des marchés publics, en dépit de ses mutations reste un régime exorbitant du droit

⁷²⁹ Les textes antérieurs se prononçaient clairement sur la compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges relatifs aux marchés publics. Ainsi le décret n° 79/035 du 2 février 1979 portant réglementation des marchés publics prévoyait à son article 133 que «*la chambre administrative de la Cour suprême est compétente pour connaître de tous les litiges concernant les marchés soumis au régime du présent décret*». De même le décret du 18 juillet 1986 attribuait compétence à la chambre administrative de la Cour suprême pour connaître des contestations relatives à l'interprétation et à l'exécution des marchés.

⁷³⁰ Selon le Professeur Benoît, la conception selon laquelle le droit privé est le droit commun fait partie «*des idées fausses qui doivent une particulière vigueur au fait d'avoir été admises sans réflexion ni discussion*», Francis-Paul BENOIT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, 898 p.

⁷³¹ La loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs, art. 2, parag 2.c).

commun. Le marché public «*baigne dans une ambiance de droit public*»⁷³². Ses procédures de passation et d'exécution, contiennent plusieurs dispositions qui attribuent à l'administration des prérogatives importantes ou minorent ses droits en le soumettant à des servitudes que ne connaissent pas les personnes privées, autrement dit des dispositions exorbitantes du droit commun⁷³³.

Partant de là, et en l'absence d'une consécration expresse de l'existence de marché public de droit privé dans la législation camerounaise, on peut inclure les marchés publics dans la catégorie des contrats qui ne sont pas conclus sous l'empire du droit privé et qui, par conséquent, relèvent de la compétence des tribunaux administratifs.

La compétence administrative en matière de marchés publics a également reçu une consécration jurisprudentielle. Les juges de la chambre administrative de la Cour suprême ont ainsi décidé qu'une «*action qui tend à rechercher la responsabilité de l'administration ni à la suite d'un acte administratif, ni à l'occasion de l'exécution d'un marché public (...) échappe à la compétence du juge administratif*»⁷³⁴

Enfin la nature administrative des marchés publics et par voie de conséquence la compétence contentieuse de la juridiction administrative est confirmée par l'abrogation des dispositions de *l'Arrêté n° 3430 du 13 octobre 1959 mettant en vigueur le Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) applicable aux marchés de travaux publics, de fournitures et de services passés au nom de l'État et des Établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce*. Ce dispositif établissait une distinction entre les entités soumises aux lois et usages du commerce donc à des obligations commerciales et celles qui sont soumis à des obligations administratives. Cette distinction n'existe plus. Désormais tous les marchés soumis au Code des marchés publics y compris ceux des

⁷³² Proper.WEIL, «Le critère du contrat administratif en crise», in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, vol. 2, p. 847.

⁷³³ Jean RIVEIRO, «Existe-t-il un critère du droit administratif », *RD* 1953, p. 289.

⁷³⁴ CS/CA, jugement n° 112/90-91 du 30 mai 1991, KOTCHOU David c/ Etat du Cameroun Cité par Thomas BIDJA NKOTTO, les contrats de l'administration au Cameroun, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, p. 112.

entreprises du secteur parapublic sont soumis aux règles et procédures exorbitantes du droit commun définies dans un cahier des charges unique institué par *l'Arrête n° 033/CAB/PM du 13 février 2007 mettant en vigueur les Cahiers des Clauses Administratives Générales applicables aux marchés publics*.

Parallèlement, d'autres Etats qui bien que reconnaissant que les marchés publics sont des contrats administratifs, précisent néanmoins que ceux passés par les personnes morales de droit privé que sont les sociétés d'Etat ou les sociétés à participation financière publique majoritaire, ne sont pas des contrats administratifs. Cette consécration reçoit une confirmation au niveau des dispositions relatives au contentieux qui distinguent le contentieux administratifs des marchés publics du contentieux devant les juridictions de droit commun pour les marchés publics de droit privé.

Dans ce groupe entrent le Sénégal. Mais on peut aussi citer le Mali et le Niger. En guise d'exemple, l'article 4 du décret du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics au Sénégal, dispose en son paragraphe 24 que *«les marchés publics sont des contrats administratifs à l'exception de ceux passés par les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire qui demeurent des contrats de droit privé»*.

A travers cette disposition les rédacteurs du Code des marchés publics établissent dans le champ des contrats soumis à la réglementation des marchés publics, une distinction entre les marchés publics, contrat de droit administratif et les marchés publics, contrat de droit privé. Cette analyse est confirmée par l'autorité de régulation des marchés publics interrogée par la Société immobilière du Cap-Vert qui est une société à participation publique majoritaire de droit privé sur la question de savoir si les marchés qu'elle passe sont soumis au Code des marchés publics ou non. L'organe de régulation a

alors répondu que les marchés publics, qu'ils soient des contrats administratifs ou non, demeurent soumis au Code des marchés publics⁷³⁵.

Cette conception retenue par les autorités règlementaires et l'organe de règlement des différends publics confirme le caractère englobant de la notion de commande publique⁷³⁶.

Le maintien des marchés publics de droit privé est loin d'être un phénomène généralisé. Ses tenants comme ses détracteurs ont des arguments tout aussi pertinents les uns que les autres. Mais le fait est que l'existence de marchés publics de droit privé comme «*l'administrativisation*» de l'ensemble des marchés publics passés conformément aux Codes rend difficile l'essai de systématisation de la notion. Dans les deux cas, on assiste à une décomposition de la notion de marché public.

B. LA DECOMPOSITION DE LA NOTION DE MARCHE PUBLIC

Le premier intérêt d'une «*administrativisation*»⁷³⁷ de l'ensemble des marchés publics est sans nul doute, la simplification. On pourrait reprendre l'argument du législateur et de certains membres de la doctrine administrative française, pour dire que l'attribution à la juridiction administrative d'un bloc de compétence en matière de marchés publics permettrait de garantir une «*bonne administration de la justice*» et par la même d'assurer la sécurité juridique.

⁷³⁵ Autorité de régulation des marchés publics, Décision n° 093/12/ARMP/CRD du 21 août 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande de la SICAP.SA sollicitant l'autorisation de conclure, par avenant, les travaux complémentaires effectués dans le cadre du programme de construction de deux cents logements économiques et cinquante duplex à Sicap Mbaou Villeneuve phase 2, suite à l'avis défavorable de la DCMP.

⁷³⁶ Mathias AMILHAT, *La notion de contrat administratif, l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, *op. cit.*, p. 104.

⁷³⁷ Expression empruntée à Guylain CLAMOUR, «La loi MURCEF: les enjeux de l'administrativisation des marchés publics», *JCP, La semaine juridique édition générale* n°13, 27 mars 2002, p. 593-599.

Néanmoins, si la création d'un bloc de compétence au profit du juge administratif peut trouver une justification dans des Etats où le contentieux est réparti entre deux ordres de juridictions bien distinctes⁷³⁸, sa pertinence est difficilement perceptible dans des systèmes où ce sont les juridictions de première instance qui sont compétentes pour connaître du contentieux des contrats de droit privé et de droit public comme c'est le cas en Côte d'Ivoire⁷³⁹.

En plus la qualification de contrat administratif est-elle tenable pour un marché de fourniture ou de service, passé par une société d'Etat ou une Société à participation publique majoritaire, ne contenant aucune clause exorbitante du droit commun et n'impliquant pas la participation du cocontractant à l'exécution du service public?

«L'administrativisation» de l'ensemble des marchés publics entraîne une déconstruction de la notion de marchés publics. En effet, un contrat ne réunissant aucun des critères classiques du contrat administratif (absence d'une personne publique- absence de clauses exorbitantes ou d'un régime exorbitant du droit commun - absence d'une participation du cocontractant à l'exécution du service public) peut être qualifié de marché public du seul fait qu'il est passé conformément aux dispositions du Code des marchés

⁷³⁸ Comme au Burkina Faso et au Cameroun: Salif YONABA, *La pratique du contentieux administratif en droit burkinabé : de l'indépendance à nos jours*, Ouagadougou, Presse universitaires de l'Université de Ouagadougou, 2e éd, 2008, 347 p. Ahmed Tidjani BA, *L'évolution de la jurisprudence administrative en Haute-Volta*, Contribution à l'étude du contentieux administratif, Thèse de doctorat, Université de Clermont I, 1986. Du même auteur : «L'avenir de la juridiction administrative du Burkina Faso», *Revue Burkinabé de droit*, n° 42, 2ème semestre 2002, pp. 9-34.

⁷³⁹ Akoua Viviane-Patricia AMBEU, *La fonction administrative contentieuse en Côte d'Ivoire*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin Lyon 3, 2011, Disponible sur le site de l'Université Lyon 3 <http://www.theses.fr/2011LYO30048/document>. AKPA Henri MELEDJE, *Principes fondamentaux de célérité et des droits de la défense et «le Code de procédure civile, commerciale et administrative en Côte d'Ivoire»*, Thèse de doctorat, Université Paris 2, 1986. Basile Yao DIASSIE, *Pour une justice au service des partenaires administratifs. Contribution à l'étude de l'organisation juridictionnelle administrative de la Côte d'Ivoire*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Clermont Ferrand 1, 1986. [Pour une comparaison avec le Sénégal](#): Babacar KANTÉ, *Unité de juridiction et droit administratif: l'exemple du Sénégal*, Thèse d'Etat, Université d'Orléans. Faculté de droit, d'économie et de gestion, 1983, 426 p. Papa. Mamour. SY, «Entre l'unité et la dualité de juridictions: l'Afrique noire francophone à la quête d'un modèle d'organisation de la justice administrative», *Nouvelles Annales Africaines*, n° 2, 2011, pp. 265-320. Martin BLEOU, «Unité de juridiction et contentieux administratif : les exemples ivoirien et sénégalais», *Annales de l'Université de Cocody*, 1995, p. 129. cité par Viviane-Patricia AMBEU, *La fonction administrative contentieuse en Côte d'Ivoire*, op. cit., p. 22.

publics et par voie de conséquence, être soumis à la compétence du juge administratif. Cependant, comme le soulignaient les auteurs du Traité des contrats administratifs «*ce n'est pas la procédure de passation d'un contrat qui en fait un marché, c'est parce qu'un contrat est un marché qu'il est soumis à une certaine procédure de passation. Définir les marchés publics par leur régime juridique inverse les données du raisonnement: ce n'est pas le régime juridique qui commande l'existence du marché mais le contraire*»⁷⁴⁰.

Ces analyses montrent qu'au mélange des genres, s'est ajouté un mélange dans les genres. Dans les Etats qui ont fait le choix de considérer les marchés de certaines personnes morales de droit privé comme des *marchés de droit privé*, la fragmentation des catégories classiques présente une certaine acuité. L'existence d'îlots de marchés publics de droit privé est un argument supplémentaire en faveur de la perte d'homogénéité de la famille des marchés publics. Quant aux législations dans lesquelles les marchés publics quelque soit l'autorité contractante, sont des contrats administratifs, l'homogénéité n'en est pas pour autant simplificatrice, car là, c'est le critère organique du marché public qui est remis en cause⁷⁴¹. Mais, on peut dire que la déconstruction de la notion classique de marché public sert vraisemblablement à la construction d'un régime cohérent applicable aux contrats de la commande publique.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

Dans quelques commentaires plus ou moins récents portant sur la jurisprudence de la Cour suprême du Cameroun, du Code sénégalais des obligations de l'administration et du Code des marchés publics au Cameroun, des auteurs sont revenus sur les critères jurisprudentiels du contrat administratif. L'on a considéré que la loi modifiant le COA

⁷⁴⁰ André de LAUBADÈRE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ, *op. cit.*, n°191, p. 249.

⁷⁴¹ Mais le contrat administratif n'est pas la seule notion fondamentale du droit administratif qui connaît une mutation de son critère organique. Voir sur ce sujet: François LICHÈRE, «L'évolution du critère organique du contrat administratif», *RFDA* 2002, n° 2, pp. 341-351. Prosper WEIL, «Le critère du contrat administratif en crise», *op. cit.*, p. 847. Jean-François PREVOST, «A la recherche du critère du contrat administratif (La qualité des contractants)», *RPD* 1971, pp. 817-842.

déstabilise les critères du contrat administratif⁷⁴². L'on a aussi estimé que la définition donnée aux marchés publics dans le décret camerounais du 24 septembre 2004 contenait trois vices qui sont autant de «*facteurs d'énervement du droit administratif*»⁷⁴³. L'on a aussi considéré que la Cour suprême du Cameroun avait encore consacré une nouvelle évolution qui allait raviver un débat au sein de la doctrine administrative. Celui qui oppose d'une part, les tenants de la thèse selon laquelle la doctrine et la jurisprudence camerounaise ont transposé la définition française du contrat administratif, c'est-à-dire celle selon laquelle la notion repose sur un critère organique et deux critères alternatifs, et d'autre part, ceux pour qui la jurisprudence de la Cour suprême consacre trois critères cumulatifs⁷⁴⁴. Mais force est de constater que ces débats, si chers aux auteurs, perdent de plus en plus de leur portée en ce qui concerne les contrats par lesquels les personnes publiques commandent des prestations. La consécration textuelle des différentes catégories de contrats administratifs est passée par là. Et, dans son sillage, la remise en cause de l'existence d'une théorie générale des contrats administratifs⁷⁴⁵.

⁷⁴² Cf *Supra*, la déstabilisation du critère alternatif du contrat administratif dont fait état M. NGAIDE. Moustapha NGAIDE, «La loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant le code des obligations de l'administration ou le renouveau du droit des contrats administratif au Sénégal», *op. cit.*

⁷⁴³ Salomon BILONG, «La crise du droit administratif au Cameroun», *Revue juridique et politique*, 2011, n° 1, p. 48.

⁷⁴⁴ Il est apparu dans des décisions de la Cour suprême que les juges semblent adopter une approche cumulative des critères du contrat administratif. Dans la plus récente de ces décisions, la Cour suprême a considéré que pour qu'un contrat soit administratif, «...il faut la participation du cocontractant à l'exécution même du service public (...) de même, il faut qu'il ait pour objet même l'exécution du service public, (...) en d'autres termes que l'exécution du contrat ait pour but la satisfaction de l'intérêt général. Enfin, le contrat administratif doit contenir des clauses exorbitantes de droit commun...»: CS/CA jugement n° 147/04-04-ADD du 31 août 2005, Um Ntjam François c/ Etat du Cameroun. Dans une autre affaire rendue par le Tribunal de grande instance du Mfoundi, Sté forestière PETRA S.A c/ Sylvestre Naah Ondo et Etat du Cameroun du 09 février 2004, le juge affirmait : «qu'à défaut d'une définition textuelle, la jurisprudence a retenu certains critères permettant de définir le contrat administratif; qu'il s'agit (...) du critère matériel qui fait concurremment appel au critère de la participation directe du contrat à l'exécution même du service public et du critère de la clause exorbitante», voir Edouard GNIMPIEBA TONNANG et MBALLA EMOTO B-C, «La qualification des contrats administratifs au Cameroun : Leçons d'une évolution jurisprudentielle apparente: Note sous Espèces jointes n° 147/04-05/ADD du 31 Août 2005, Um Ntjam François Désiré et Fils c/ Etat du Cameroun (MINEF) et Jugement n°80/2008/CS-CA du 18 juin 2008, Um Ntjam François c/. Etat du Cameroun (MINEPNA)», publié sur le blog de Edouard GNIMPIEBA TONNANG: http://www.legavox.fr/blog/docteur-edouard-gnimpieba/qualification-contrats-administratifs-cameroun-evolution-15816.htm#_ftn43 (consulté le 12 septembre 2014)

⁷⁴⁵ François BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, *op. cit.*

Sous l'influence des sources externes, les critères et les fondements de la distinction entre les contrats administratifs sont déstructurés. Les mots pour qualifier l'état du droit des contrats d'achats publics peuvent être empruntés au Professeur Michel GUIBAL. Ainsi dira-t-on que *«pour l'instant l'évolution en cours a quelque chose de frustrant car elle lamine des caractéristiques essentielles de notre droit public; elle a aussi quelque chose de simplificateur car elle ampute nos concepts et nos catégories d'une partie de leur originalité»*⁷⁴⁶. Cette simplification, pourrait aussi résider dans la construction d'une catégorie unique, celle des contrats de la commande publique. Elle tirerait sa cohérence des principes communs qui fondent le régime juridique de tous les contrats qui la composent.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Les marchés publics qu'ils soient de droit public ou de droit privé, les différents contrats de délégation de service public et les différents types de contrats de partenariat public-privé ont en commun d'être soumis à des régimes de passation visant à faire respecter la concurrence entre les entreprises, à protéger l'utilisation des deniers publics et à satisfaire les besoins de fonctionnement des services publics. Pour les réaliser ces différents contrats font l'objet d'un encadrement basé sur des principes communs. En cela, les Codes nationaux des marchés publics adoptés dans le cadre de la transposition des directives de l'UEMAO et ceux apparus ces dernières années dans certains Etats de la CEMAC⁷⁴⁷, s'avèrent être de véritables Codes de la commande publique nonobstant l'existence de textes séparés réglementant les contrats de partenariat public-privé. En effet, les Codes des marchés publics posent les principes qui fondent les réglementations des contrats de la commande publique, les procédures de droit commun et les procédures dérogatoires, les grands mécanismes de contrôle et de règlement des litiges.

⁷⁴⁶ Michel GUIBAL, «Droit public des contrats et concurrence, le style européen», *JCP, La semaine juridique*, Ed. Générale, n°15, 1993, p. 164.

⁷⁴⁷ Décret n° 2009-156 du 20 mai 2009 portant code des marchés publics au Congo, *op. cit.* Décret n° 0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012 portant code des marchés publics, *op. cit.* Loi n° 08-017 du 6 juin 2008 portant code de marchés publics et délégations de service public en République Centrafricaine, *J.O.*, n° 2009-07, Ed. spéciale, pp. 2-33.

Ainsi, s'il y a un «phénomène de dispersion, voire d'émiettement du droit des contrats administratifs, [il] s'accompagne de l'émergence progressive de principes communs à l'ensemble de la commande publique»⁷⁴⁸. La redéfinition des contrats administratifs et la déstructuration de la classification classique, le tout sur fond de libéralisation de la matière cohabitent, en effet, avec un autre fait qui contraste avec ce sentiment de chamboulement de la matière.

Il s'agit de l'existence de principes et de règles communs fondés sur les principes de transparence, de liberté et d'égalité des opérateurs économique renouvelés pour constituer le trépied sur lequel repose l'idée de concurrence. Ainsi, l'élément unificateur des différents contrats de la commande publique se retrouverait paradoxalement dans ce qui a conduit à déstructurer leur conception classique, à savoir leur régime. Ce régime et en particulier les procédures de passation et les mécanismes de contrôle ne sortent pas *ex nihilo*. Ils sont le résultat d'une refondation des procédures existantes dans le but de donner leur pleine effectivité aux principes de la commande publique.

⁷⁴⁸Gabriel ECKERT, «Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics» *op. cit.*, p. 238. François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, «Le droit des contrats publics en miettes», *Contrats et marchés publics*, 2005, Repère 1.

PARTIE II.

LA REFONDATION DES PROCEDURES CONTRACTUELLES

Evoquant le marché public, le Professeur Yves GAUDEMET disait que ce contrat «était - et est toujours - compris et organisé comme une procédure administrative, proche finalement de celle de l'acte unilatéral et débouchant sur la nomination du titulaire du marché, désigné de façon significative comme tel et non pas comme un cocontractant»⁷⁴⁹. Cette idée, étendue aux autres contrats de la commande publique, régit toute la matière. Dans ce sens, les nouvelles réglementations des contrats au Sénégal, au Burkina Faso, au Cameroun et en Côte d'Ivoire montrent clairement que leur refondation n'affecte en rien l'idée que le droit des contrats regroupés aujourd'hui sous l'appellation de contrats de la commande publique est d'abord et avant tout un ensemble de règles régissant un acte de type particulier, un acte administratif, fût-il contractuel.

Ainsi, peut-on dire pour reprendre les mots du Professeur Madjiguène DIAGNE que c'est avec «les méthodes et les techniques»⁷⁵⁰ propres au droit des contrats administratifs, que les exigences découlant de l'idéologie concurrentielle sont mises en œuvre. Le professeur GUIBAL⁷⁵¹, dira quant à lui, que dans le domaine des contrats administratifs, la déréglementation, s'est faite par la réglementation. En d'autres termes, la refondation des procédures contractuelles s'est faite dans le sens du maintien et du renforcement de la spécificité, d'aucuns diront, de l'exorbitance dans le régime des contrats administratifs⁷⁵².

La question qui se pose alors est de savoir quelle sera la portée des nouvelles procédures régissant les contrats de la commande publique et qui tendent à rendre effectifs les principes de transparence, de liberté d'accès et d'égalité ?

⁷⁴⁹ Yves GAUDEMET, préface à la Thèse de Hélène HOEPFFNER, *op. cit.* p. VI.

⁷⁵⁰ Ndèye Madjiguène DIAGNE, *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse de doctorat d'Etat, Université de Dakar, 1995, 523 p.

⁷⁵¹ Michel GUIBAL, «Droit public des contrats et concurrence, le style européen», *op. cit.* p. 161

⁷⁵² Marguerite CANEDO, «L'exorbitance du droit des contrats administratifs», in Fabrice MELLERAY, (sous la dir. de), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, Université de Poitiers, LGDJ, 2004, pp. 125-177.

L'analyse se limite aux procédures de passation car ce sont elles qui permettent de démontrer avec le plus de pertinence, l'existence d'une refondation des procédures régissant les contrats administratifs à travers l'application des principes de la commande publique. Il est vrai qu'au moment de l'exécution des contrats, l'application des principes de la commande publique rejaillissent à travers notamment, l'encadrement des conditions de modification du contrat, celui des pouvoirs de sanction de l'administration. Ils doivent guider la mise en œuvre des droits et obligations des parties y compris celle des prérogatives exorbitantes de l'administration contractante. La standardisation des CCAG contribue aussi à la diffusion de modèles de clauses administratives orientées vers le respect des principes de transparence, d'égalité et de liberté qui viennent compléter ou renforcer le standard que constituait le droit français de l'exécution des contrats administratifs. On peut citer comme exemple les dossiers standards régionaux d'acquisition élaborés par l'UEMOA, les documents types d'appel d'offres pour les pays de système de droit civil édictés par la Banque mondiale et les dossiers standard de la Banque Africaine de développement. Mais force est de constater que les règles du droit des contrats qui ont reçu «l'influence déterminante» du droit communautaire, comme du droit international d'ailleurs, et qui concentrent l'essentiel des réformes, sont celles qui ont trait à la formation du contrat.

Il y a indiscutablement un phénomène de renouvellement des procédures et des institutions qui encadrent la passation des contrats formant la nouvelle catégorie de la commande publique (Titre I). En dépit de la volonté d'innovation exprimée, il existe encore des entraves à la concurrence et à la protection des deniers publics qui ne sont pas franchies. Afin de les combattre, la refondation des procédures de passation est allée de pair, avec une réforme indispensable à leur effectivité, celle des organes chargés de contrôler leur mise en œuvre. Ces organes marquent un renouveau institutionnel dans le domaine des contrats administratifs (Titre II).

TITRE I.

LE RENOUVELLEMENT DES PROCEDURES DE PASSATION

La refondation des procédures de passation repose sur la volonté de donner sa pleine effectivité à une idée: ces procédures doivent désormais permettre aux autorités contractantes d'assurer l'égle concurrence entre les entreprises et d'obtenir, de cette compétition, des prestations à la hauteur de la dépense publique effectuée. Certes ces exigences ne sont pas nouvelles. Mais leur effectivité était très limitée.

Les textes issus des réformes et qui consacrent les contrats de la commande publique garantissent-ils l'effectivité de l'idée de concurrence?

A l'analyse, les principes fondamentaux de la commande publique, traduction de l'idée de concurrence constituent clairement le socle sur lequel repose la procédure de passation de droit commun des marchés publics. Bien qu'étant partagée par tous les textes étudiés, cette conception du droit des marchés publics a présenté quelques nuances quand il s'est agi de la traduire dans les textes au moment des réformes, d'où un tableau contrasté des réformes de la procédure d'appel d'offres ouvert dans les marchés publics (Chapitre I).

L'émergence d'une véritable catégorie partageant des principes communs et des règles communes se confirme avec l'extension des principes de transparence, d'égalité, de traitement et de liberté d'accès aux procédures de passation des marchés publics autres que l'appel d'offres ouvert mais aussi et surtout aux procédures applicables aux conventions de DSP et aux contrats de PPP. Ce qui n'exclut pas que des aménagements soient apportés pour adapter les procédures à la particularité de ces contrats. Dans un second chapitre, sera donc étudiée la portée de la mise en œuvre de l'idée de concurrence dans les autres procédures et contrats de la commande publique (Chapitre II).

CHAPITRE I.
LA REDEFINITION DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT DANS LES MARCHES
PUBLICS A LA LUMIERE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA
COMMANDE PUBLIQUE: UN TABLEAU DES REFORMES CONTRASTE

L'identification d'un marché public a toujours entraîné l'application d'une procédure qui impose à la personne publique contractante la mise en concurrence des candidats⁷⁵³. Cette obligation était remplie par le recours à la procédure d'adjudication⁷⁵⁴ ou d'appel d'offres⁷⁵⁵.

Mais les préoccupations liées à l'amélioration de la gouvernance, à l'intégrité du système de passation, d'exécution et de contrôle des contrats des personnes publique, à l'efficacité de la dépense publique, à la sauvegarde des droits des entreprises se sont accentuées. Partant de là, les réformes dans le domaine des marchés publics, voulant donner plus d'effectivité à l'idée de concurrence et aux principes qui la portent, ont évolué vers l'abandon de l'adjudication comme procédure de passation des marchés publics.

⁷⁵³ Aussi loin qu'il est possible de remonter dans les législations étudiées, le droit des marchés publics s'est toujours caractérisé par une restriction de la liberté des personnes publiques. L'article 23 du code des obligations de l'administration du Sénégal adopté en 1965 affirmait ainsi que «*les personnes administratives choisissent librement les modes de conclusion de leurs contrats sauf dans les cas où des dispositions législatives ou réglementaires imposent des procédures particulières*». Au premier rang de ces dispositions ainsi citées figurent celles contenues dans les codes des marchés publics. Que ce soit au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire ou au Cameroun, dès les premières années après l'indépendance, les autorités nationales ont édicté différents textes encadrant la passation des marchés publics. Ainsi comme l'affirme le professeur GUIBAL, le droit des marchés a toujours été «irrigué par l'aménagement de la liberté contractuelle mise en place par le code des marchés publics». Michel GUIBAL «L'autorité du code des marchés publics», in Christine BRECHON-MOULENES (sous la dir. de), *Règlementation et pratique des marchés publics*, Actes du 3^e colloque de l'Association pour le droit public de l'entreprise, Nanterre -1984, Paris, Dalloz, 1985 p. 20-29.

⁷⁵⁴ Alain BOCKEL, *Droit administratif*, Dakar, Nouvelles éditions africaines, 1978, p. 198 et s. Ce qui caractérisait cette procédure est que le choix du contractant échappait à l'autorité contractante du fait de l'automatisme de ce choix. En effet, si elle consacrait la mise en concurrence des soumissionnaires, l'automatisme dans la sélection du cocontractant ne laissait pas le choix à la personne publique. A défaut de conclure avec l'entreprise dont l'offre était la moins-disante ou comportait le rabais le plus important, elle n'avait d'autre choix que de renoncer au contrat.

⁷⁵⁵ L'adjudication était la procédure de droit commun au Sénégal (Décret n° 63-031 en date du 22 janvier 1963 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat et des établissements publics, *J.O de la République du Sénégal*, n° spécial du lundi 11 février 1963), en Haute Volta (Décret n° 70-202 du 5 septembre 1970 portant réglementation des marchés administratifs, *JO de la République de Haute Volta*, n° 50 du 26 novembre 1970), dans les pays de droit Belge (Rwanda, Burundi, Zaïre) etc. L'appel d'offres était la procédure de droit commun au Cameroun (Décret n° 70/DF/530 du 29 octobre 1970 portant réglementation des marchés publics au Cameroun), en Mauritanie. Les marchés du FED étaient aussi passés suivant cette procédure même dans les pays de droit belge qui ne la connaissait pas. Enfin il existait une troisième catégorie de pays où l'appel d'offres et l'adjudication étaient les deux procédures de droit commun (Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Niger, Togo). Voir Alain BOCKEL, «Les contrats administratifs» in Abd-El Kader BOYE (sous la dir. de) *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, n° 9, Abidjan, Dakar, Lomé, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p. 231.

L'appel d'offres comme procédure de passation de droit commun s'est généralisé et s'est renforcé. Au Cameroun où la procédure d'appel d'offres était déjà la procédure de droit commun, l'impact de la construction d'un droit de la commande publique va se traduire essentiellement par le renforcement de l'encadrement de cette procédure. Comme le fait remarquer Boniface NOAH, la procédure d'appel d'offres s'insérait dans un «*cadre juridique précaire*» caractérisé notamment par l'absence de définition des mots clés de la réglementation des marchés publics et surtout par «*l'inexistence d'une véritable procédure d'attribution*»⁷⁵⁶. La réglementation de 1970 qui consacrait l'appel d'offres comme procédure normale de passation, n'en définissait pas le déroulement se contentant d'encadrer la signature et la notification du marché.

La «nouvelle» procédure d'appel d'offres ouvert, n'est plus la procédure de «*libre choix*», dans laquelle on pouvait préciser les éléments de choix comme on pouvait laisser jouer le «*pouvoir discrétionnaire d'appréciation*»⁷⁵⁷ des commissions ou du maître d'ouvrage. Aujourd'hui la procédure d'appel d'offres ouvert fait l'objet d'un encadrement strict. En effet, si comme l'explique Roland DRAGO⁷⁵⁸, c'est la procédure d'adjudication qui «*donnait le plus de relief*» au caractère exorbitant du régime des contrats administratifs, force est de constater que l'introduction de l'appel d'offres et sa généralisation n'a pas eu pour effet de priver les contrats de la commande publique de l'exorbitance des procédures de passation des contrats administratifs.

Les contraintes auxquelles est soumise la personne publique pour arriver à la validité de sa convention n'ont pas diminué. Aujourd'hui comme hier, pour reprendre les mots du professeur Michel FROMONT, la décision de l'administration de conclure un contrat avec une entreprise déterminée, correspond à l'exercice d'un pouvoir administratif. Ce pouvoir est «*celui d'engager les finances de l'Etat, et plus précisément, celui de*

⁷⁵⁶ Boniface NOAH, «La construction d'un système camerounais des marchés publics», in David ABOUEM À TCHOYI, Stéphane M'BAFOU, (sous la dir. de), *50 ans de réforme de l'État au Cameroun: stratégies, bilans et perspectives*, Paris, l'Harmattan, 2013, pp. 351-364 .

⁷⁵⁷ Alain BOCKEL, *op. cit.* p. 229

⁷⁵⁸ Roland DRAGO, «Paradoxes sur les contrats administratifs» », in *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 157.

privilégier l'entreprise la plus méritante. En conséquence, cette décision doit être considérée comme un acte public soumis aux contraintes s'imposant à toute autorité publique, notamment celle d'agir dans l'intérêt public, c'est-à-dire, dans ce cas, celle de ménager l'argent public et de choisir le meilleur cocontractant»⁷⁵⁹. En consacrant l'appel d'offres ouvert comme procédure de passation des marchés publics ou en renforçant son encadrement, l'ensemble des législations analysées, mais aussi celles des Etats voisins membres de l'UEMOA ou de la CEMAC, ont donné une réponse commune à ces préoccupations (Section II). Cette procédure est mise en œuvre par des organes dont les règles de compétence ont été renforcées. Toutefois la répartition de ces compétences diffère (Section I).

⁷⁵⁹ Michel FROMONT, «L'évolution du droit des contrats de l'administration – Différences théoriques et convergences de fait», in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS et Hanna SCHRÖDER, *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.263-278.

SECTION I. UNE REPARTITION DIFFERENTE DES COMPETENCES DANS LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS

L'application des principes de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement doit s'apprécier par rapport à l'architecture des organes de gestion de la passation. Elle doit s'étendre à leur organisation, à la façon dont ils fonctionnent et dont ils se partagent les compétences. Donc définir qui, au sein de la collectivité publique, est l'organe habilité à lancer la procédure de passation, à analyser les offres, à choisir le cocontractant, à exprimer le consentement de la personne publique et à l'engager par la conclusion et l'approbation du marché participe à l'analyse des conditions de validité des marchés publics. A travers les réformes du droit des marchés publics, l'on assiste tout d'abord à un renouvellement tant sur le plan institutionnel que fonctionnel des organes chargés de la passation. Mais ce renouvellement se fait en ordre dispersé. Aussi, deux tendances majeures s'observent. Au Cameroun, les fonctions de gestion de la procédure d'appel d'offres sont centralisées (§I), alors qu'au Sénégal, en Côte d'Ivoire et au Burkina Faso, il y a une décentralisation de ces fonctions (§II).

§ 1. LA CENTRALISATION DES COMPETENCES DANS LA GESTION DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS AU CAMEROUN

Un exemple typique de centralisation de la gestion de la passation des marchés publics est fourni par le système camerounais. Dans le Code des marchés publics issu du décret du 24 septembre de 2004⁷⁶⁰, les organes de passation des marchés publics étaient les maîtres d'ouvrage et les maîtres d'ouvrage délégués ainsi que les commissions de passation des marchés. Le premier ministre est selon ce même texte, l'autorité chargée des marchés publics. Cette architecture institutionnelle a profondément été modifiée avec la création par le décret du 9 décembre 2011⁷⁶¹ du poste de Ministre délégué à la présidence de la République chargé des marchés publics. Ce texte marque un retour à la centralisation de la

⁷⁶⁰ Décret n° 2004-275 du 24 septembre 2004, portant code des marchés publics au Cameroun, *op. cit.*

⁷⁶¹ Décret n° 2011/408 du 9 décembre 2011 portant organisation du gouvernement, <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/96928/114778/F1421329860/CMR-96928.pdf> (consulté 15/10/2014).

gestion de la passation et du contrôle de l'exécution des marchés publics. Le Ministre en charge des marchés publics (MINMAP ci-après) devient l'Autorité des marchés publics à la place du premier ministre. La compréhension du système actuel de gestion de la passation des marchés publics au Cameroun nécessite au vu des évolutions institutionnelles intervenues depuis 2011, que soit analysée l'articulation des rapports entre le nouveau ministère des marchés publics et les organes qui auparavant géraient la passation de ces contrats. Il s'agit donc d'une part des maîtres d'ouvrage (B) et d'autre part des commissions de passation des marchés publics d'autre part (C). Mais sera préalablement présenté le nouvel organe qu'est le ministère des marchés publics (A).

A. LE MINISTERE EN CHARGE DES MARCHES PUBLICS

C'est le décret n° 2012/075 du 8 mars 2012 qui définit l'organisation du ministère chargé des marchés publics⁷⁶². Il confère au ministre à la tête de ce nouveau département, *«la responsabilité de l'organisation et du bon fonctionnement des marchés publics»*. Ainsi le ministre des marchés publics est chargé, *«en liaison avec les départements ministériels et les administrations concernées»*, du lancement des appels d'offres, de la passation et du contrôle de l'exécution sur le terrain des marchés publics d'un volume important⁷⁶³. En cas de besoin, il participe au montage financier des marchés publics⁷⁶⁴.

Ce texte consacre un bouleversement de l'architecture institutionnelle de la passation des marchés⁷⁶⁵. En conférant au ministre en charge des marchés publics, la qualité d'autorité chargée des marchés publics, il consacre le transfert de cette fonction de la primature à la présidence de la République étant donné que le ministère des marchés

⁷⁶² Décret n° 2012/075 du 08 mars 2012 portant organisation du Ministère des Marchés Publics, publié sur le site de l'Agence de régulation des marchés publics: (consulté le 15/10/2014)
<http://www.armp.cm/Decrets.php?PHPSESSID=0ng6d2pjvknrhbe62dc5da80o5#tzM3>.

⁷⁶³ *Ibidem*, article 1^{er}.

⁷⁶⁴ *Ibidem*.

⁷⁶⁵ Pour une analyse de cette réforme, voir Boniface NOAH, *op. cit.* p. 261 et s.

publics est rattaché à cette dernière. Quelles que soient ses motivations, une telle organisation place le système de gestion des marchés publics en porte à faux avec l'objectif de responsabilisation des maîtres d'ouvrage qui était un des éléments qui justifiait la réforme ayant abouti à l'adoption du Code des marchés publics de 2004⁷⁶⁶. Ce hiatus entre le Code des marchés publics et les textes qui réorganisent les organes de gestion des marchés publics place le système camerounais dans une ambiguïté qui peut compromettre l'effectivité des principes dont ce système se réclame.

De par son organisation et ses compétences, le ministère des marchés publics quadrille tout le système de gestion des marchés passés par l'administration centrale, déconcentrée et décentralisée. Son administration centrale se compose d'un Secrétaire général, de quatre directions (la Direction Générale des marchés des Infrastructures, la Direction Générale des marchés des Approvisionnements et des Services, la Direction Générale des Contrôles des marchés publics, la Direction des Affaires Générales) et de deux divisions (la Division des Etudes et de la Prospective, la Division de la Programmation et du Suivi des Marchés Publics)⁷⁶⁷. La Direction Générale des marchés des Infrastructures⁷⁶⁸ et la Direction Générale des marchés des Approvisionnements et des Services, lancent les appels d'offres pour les marchés relevant de la compétence du ministère, les attribuent et en contrôlent l'exécution⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ Emmanuel. G. Beyegue BOULOUMEGUE, «La réforme des marchés publics», in Magloire ONDOA, (sous la dir. de), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 252.

⁷⁶⁷ Une organisation de l'administration centrale du ministère des marchés publics prévue par l'article 7 du décret n° 2012/075 du 8 mars 2012.

⁷⁶⁸ Il résulte des articles 27 à 30 du décret n° 2012/075 du 8 mars 2012 portant organisation et fonctionnement du ministère des marchés publics, que la direction générale des marchés des Infrastructures est «chargée de l'organisation et du bon fonctionnement des marchés publics relatifs aux travaux routiers, aux travaux de bâtiments et des équipements collectifs, ainsi qu'aux travaux concernant les autres infrastructures». Les trois directions qui la composent (la Direction des marchés des travaux routiers, la Direction des marchés des travaux de bâtiments et équipements collectifs et la Direction des marchés des autres infrastructures), lancent les appels d'offres, attribuent les marchés entrant dans cette catégorie et assurent le contrôle de leur exécution.

⁷⁶⁹ Cette Direction comprend une direction des marchés des approvisionnements généraux et une direction des marchés de services et de prestations intellectuelles. La première gère la passation et le contrôle de l'exécution des marchés de biens, de fournitures et de services généraux (exemple: fourniture de matériel de bureau, de matériel scolaire, pédagogique et didactique, de médicaments, de matériel électronique et

Quant à la Division de la Programmation et du Suivi des Marchés Publics, elle intervient en premier dans le processus de passation des marchés. En liaison avec les ministères et administrations, sa cellule d'analyse et d'élaboration des programmes intervient sur un préalable nécessaire au lancement d'un appel d'offres à savoir la programmation des marchés publics. La programmation relève certes, des maîtres d'ouvrages. Mais désormais, l'activité des maîtres d'ouvrage dans ce domaine est contrôlée par cette cellule. Elle centralise toutes les programmations effectuées par les maîtres d'ouvrages, en vérifie la cohérence et diffuse un journal de la programmation⁷⁷⁰. A travers cette cellule, le ministère des marchés publics devient donc le coordonnateur de l'activité de passation des marchés de l'administration centrale et des administrations décentralisées. La seconde cellule de la Direction se charge du suivi et de l'évaluation des programmes et des marchés.

L'emprise du ministre en charge des marchés publics sur les procédures ne s'arrête pas à la réalisation des plans de passation. Chargé de l'organisation et du bon fonctionnement des marchés publics, son arrivée va bouleverser les compétences exercées par les maîtres d'ouvrage dans la phase de passation.

B. L'INCIDENCE DE LA CREATION D'UN MINISTERE EN CHARGE DES MARCHES PUBLICS SUR LES COMPETENCES DE PASSATION DES MAITRES D'OUVRAGE

Le bouleversement qu'apporte l'institution d'un ministère des marchés affecte en premier les maîtres d'ouvrage et les maîtres d'ouvrage délégués. L'institution d'un ministère en charge des marchés publics a entraîné un transfert des pouvoirs dévolus au maître d'ouvrage au profit de ce premier. Les maîtres d'ouvrage perdent le monopole sur la

électrique, fourniture, installation et maintenance des matériels et réseaux informatiques et des progiciels associés, etc.). La Direction des marchés de service et de prestations intellectuelles se charge de la passation et du contrôle de l'exécution des marchés d'études, d'audit, d'enquêtes, d'assurance, de contrôle, de maîtrise d'œuvre, réalisation de logiciel, etc.

⁷⁷⁰ Décret n° 2012/075 du 8 mars 2012 portant organisation et fonctionnement du ministère des marchés publics, *op. cit.*, Article 38.

passation, l'exécution et le contrôle des marchés. Ils étaient à la tête de l'architecture institutionnelle de la passation des marchés telle que définie par le Code de 2004⁷⁷¹. L'un des grands apports du Code de 2004 était l'importance des pouvoirs qui leur étaient conférés tant dans la période précontractuelle que dans la phase contractuelle. L'article 111 du décret 2004-275 portant Code des marchés publics leur donnait toutes les compétences nécessaires pour initier et conduire la passation des marchés⁷⁷². Le but était de les responsabiliser d'avantage.

L'avènement du ministère en charge des marchés publics entraîne d'abord une réduction des compétences des maîtres d'ouvrage dans la phase de passation. La circulaire présidentielle du 19 juin 2012 affirme certes une continuité dans la participation des administrations bénéficiaires de la passation des marchés⁷⁷³. Elle prévoit en effet que *«comme par la passé, la passation des marchés va continuer à se faire avec la participation des administrations et structures bénéficiaires, conformément aux dispositions de la réglementation en vigueur»*⁷⁷⁴. Mais le fait est que les compétences du

⁷⁷¹ Selon les termes de l'article 5-1 point f du Décret du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics, le maître d'ouvrage est *«le chef de département ministériel ou assimilé, chef de l'exécutif d'une collectivité territoriale décentralisée, directeur général et directeur d'un établissement public et d'une entreprise du secteur public et parapublic, représentant l'administration bénéficiaire des prestations prévues dans le marché»*. Quant au maître d'ouvrage délégué, c'est *«la personne exerçant en qualité de mandataire du Maître d'Ouvrage, une partie des attributions de ce dernier. Il s'agit du Gouverneur de province et du Préfet de département, du chef d'une mission diplomatique du Cameroun à l'étranger, habilités à passer et à signer les marchés financés sur crédits délégués par un Maître d'Ouvrage, et le cas échéant, du chef d'un projet bénéficiant d'un financement extérieur»* (article 5-1.g du même texte).

⁷⁷² Ils étaient, à ce titre, chargés de l'élaboration des plans de passation des marchés, de veiller à la disponibilité du financement et du site du projet avant de saisir la commission des marchés compétente, de préparer les projets de dossiers d'appel d'offres et de demande de cotation et de les soumettre à la commission des marchés compétente, de lancer les appels d'offres, de recevoir les offres et de les transmettre à la Commission de Passation des Marchés, d'attribuer le marché, de publier les résultats, de signer et notifier les marchés sans limitation de seuil. En outre, il leur revenait de suivre l'exécution physico-financière des marchés et de les résilier, le cas échéant.

⁷⁷³ Circulaire n°001/CAB/PR/ du 19 juin 2012 relative à la passation et au contrôle de l'exécution des marchés publics, disponible sur le site de Ministère des travaux publics:
http://bibliomintp.org/sites/default/files/fichiers_textes_lois/circulaire_n_001_cab_pr_19062012.pdf
(consulté le 16/11/2014).

⁷⁷⁴ Pour appuyer cela, cette circulaire prévoit à son paragraphe 30 que *«La réalisation des études préalables, la pré-qualification en cas d'appel d'offres restreint, le choix de la procédure de passation, l'élaboration des dossiers d'appel d'offres (DAO), notamment la définition des termes de références et l'établissement des prescriptions et des spécifications techniques sont du ressort des administrations bénéficiaires des*

ministre des marchés public dans la préparation, le lancement des appels d'offres, le dépouillement des offres, la signature et l'approbation des marchés font de lui le pivot de l'administration de la commande publique.

Désormais, c'est lui qui lance les appels d'offres et attribue, sur proposition de la commission centrale de passation des marchés compétente les marchés de routes dont le montant atteint ou dépasse 5 milliards de francs CFA et les marchés des autres infrastructures (c'est-à-dire les ouvrages d'art, les voiries urbaines, les bâtiments etc.) dont la valeur atteint ou dépasse un milliard de francs CFA ce, quelle que soit l'administration initiatrice⁷⁷⁵. Le ministre en charge des marchés publics organise également la passation et l'attribution des marchés de bâtiments et équipements collectifs à partir d'un montant de 500 millions de francs CFA, les marchés des approvisionnements généraux à partir 250 millions de francs CFA et les marchés de services et prestations intellectuelles à partir de 100 millions de francs CFA⁷⁷⁶.

Les Chefs de Départements ministériels restent les maîtres d'ouvrage des marchés passés dans leurs services centraux sur proposition de la commission ministérielle de passation compétente lorsque la valeur du contrat est:

- égale à 5 millions et inférieure à 5 milliards de F. CFA pour les routes;
- égale à 5 millions et inférieure à 1 milliard de F. CFA pour les autres infrastructures;
- égale à 5 millions et inférieure à 500 millions de FCFA pour les bâtiments et équipements collectifs;

prestations». Mais le texte précise également que le Ministère des marchés publics devra apporter sa collaboration aux administrations concernées pour la réalisation de ces différentes tâches et s'il y'a un montage financier à réaliser, ses services devront assister les maîtres d'ouvrages.

⁷⁷⁵ Décret n° 2012/074 du 08 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics, modifié et complété par le Décret n° 2013/271 du 05 août 2013, article 29 (1). Le premier texte est disponible sur le site de l'Autorité de régulation des marchés publics: <http://www.armp.cm/Decrets.php#tzM3>

Le second texte est disponible sur le site de la présidence de la République du Cameroun: <https://www.prc.cm/fr/multimedia/documents/493-decret-n-2013-271-du-05-08-2013-marches-publics> (consulté le 16/10/2014).

⁷⁷⁶ *Ibidem*.

- égale à 5 millions et inférieure à 250 millions de FCFA pour les approvisionnements généraux;

- et enfin égale à 5 millions et inférieure à 100 millions de F CFA pour les services et prestations intellectuelles⁷⁷⁷.

Au niveau des régions, ce sont les responsables des services déconcentrés régionaux du ministère des marchés publics qui se substituent aux responsables des services déconcentrés des administrations publiques (gouverneurs), lancent les appels d'offres et attribuent sur proposition de la commission régionale de passation des marchés:

- les marchés de routes égaux à 50 millions et inférieurs à 1 milliard de francs CFA,

- les marchés des autres infrastructures égaux à 50 millions et inférieurs à 500 millions de francs CFA,

- les marchés de bâtiments et équipements collectifs, égaux à 50 millions et inférieurs à 250 millions de francs CFA,

- les marchés d'approvisionnements généraux égaux à 50 millions et inférieurs à 100 millions de francs CFA,

- et les marchés de services et de prestations intellectuelles égaux à 15 millions et inférieurs à 50 millions de francs CFA⁷⁷⁸.

Au niveau du département, ce sont les responsables des services déconcentrés départementaux du ministère des marchés publics qui lancent les appels d'offres et attribuent, sur proposition de la commission départementale les marchés passés sur les crédits des déléguées aux services déconcentrés. Il s'agit plus précisément des contrats dont la valeur atteint 5 millions mais reste inférieure à 50 millions de francs CFA⁷⁷⁹. Cette limite de plafond de compétence est ramenée à 15 millions de FCFA s'agissant des marchés de prestations intellectuelles⁷⁸⁰. Les délégués départementaux du ministère des

⁷⁷⁷ *Ibidem*, Article 29 (2).

⁷⁷⁸ *Ibidem*, Article 29 (3).

⁷⁷⁹ *Ibidem*, Article 29 (6).

⁷⁸⁰ Circulaire n° 001/CAB/PR/ du 19 juin 2012, *op. cit.* Article I, parag. 6.

marchés publics signent également les lettres de commande - dont le seuil maximum est relevé à 50 millions - des chefs des exécutifs locaux au sein du département lorsque ces derniers ne sont pas dotés d'une commission interne de passation⁷⁸¹.

Enfin, les chefs des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic, les chefs de Projets ainsi que les chefs des exécutifs des collectivités territoriales décentralisées, lancent les appels d'offres et attribuent les marchés dont les montants sont au moins égaux à 5 millions et inférieurs aux plafonds à partir desquels la compétence de passation revient au chef des départements ministériels⁷⁸².

Le dispositif qui vient d'être présentée, et qui enlève aux maîtres d'ouvrage des différentes administrations leur compétence pour la passation des marchés de seuils importants, apporte incontestablement une grande simplification au niveau de la pléthore de maîtres d'ouvrage que reconnaissait le décret du 24 septembre 2004 portant Code des marchés publics. D'une part, il réduit les compétences des maîtres d'ouvrage, et d'autre part leur nombre. Les administrations centrales ne disposent quasiment plus que d'un seul maître d'ouvrage à savoir le ministre des marchés publics. Corrélativement, les gouverneurs et les préfets sortent du système de passation des marchés remplacés par les délégués régionaux et départementaux du ministère.

La résurgence de la centralisation dans la gestion de la passation des marchés est défendue comme une mesure simplificatrice mais aussi correctrice des dysfonctionnements et malversations et en particulier celles qui étaient le fait des multiples maîtres d'ouvrage. En effet dans son rapport de 2011 la commission nationale anti-corruption dénonçait le fait que la *«mainmise du maître d'ouvrage ou maître d'ouvrage délégué sur tous les aspects de la procédure de passation des marchés publics ouvre la porte à toutes sortes de malversations susceptibles de biaiser le choix de l'adjudicataire et par conséquent de*

⁷⁸¹*Ibidem.*

⁷⁸²Décret n° 2012/074 du 08 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics, *op. cit.*, Article 29 (4).

compromettre la qualité de l'ouvrage»⁷⁸³. Elle avait alors formulé un certains nombre de propositions à intégrer dans le projet de Code des marchés publics allant dans le sens d'une limitation des pouvoirs des maîtres d'ouvrages et des maîtres d'ouvrage délégués⁷⁸⁴. A la place d'une réforme intégrale du Code des marchés publics, les autorités camerounaises ont opté pour l'adoption d'une série de textes dont celui qui crée un ministère des marchés publics, réduisant ainsi les pouvoirs des maîtres d'ouvrage à la faveur d'une centralisation de la gestion de la passation des marchés.

S'il est en porte à faux par rapport à l'objectif de responsabilisation des maîtres d'ouvrage, la centralisation de l'essentiel des compétences pour préparer et organiser la passation des marchés publics, n'est *a priori* pas en contradiction avec l'idée de concurrence. Encore faudrait-il qu'il ait des contrepoids face aux pouvoirs importants du MINMAP en la matière. Or notre étude va montrer que ces contrepoids font cruellement défaut.

La nouvelle configuration des commissions de passation des marchés publics n'est pas de nature à atténuer les déséquilibres qui existent en faveur du MINMAP en ce qui concerne la répartition des compétences dans la gestion des procédures de passation.

C. LA NOUVELLE CONFIGURATION DES COMMISSIONS DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Le ministre en charge des marchés publics exerce une réelle emprise sur l'ensemble des commissions de passation des marchés. Or si l'accaparement des

⁷⁸³ COMMISSION NATIONALE ANTI-CORRUPTION, *Rapport sur l'état de la lutte contre la corruption au Cameroun*, 2011, 2^e partie, p. 115. Rapport publié sur le site de la Commission nationale anti-corruption: http://www.conac-cameroun.net/pdf/2e_partie.pdf (consulté le 16/10/2014).

⁷⁸⁴ La CONAC préconisait ainsi «*que le Président et les membres de la Commission de Passation des Marchés soient complètement indépendants du maître d'ouvrage, que le Président de la Commission ne soit plus nommé sur proposition du maître d'ouvrage mais qu'il soit plutôt directement choisi par l'autorité chargée des marchés après appel à manifestation d'intérêt et qu'un système d'anonymat des soumissionnaires piloté par l'ARMP dans le processus d'attribution définitive soit instauré*».

compétences des maîtres d'ouvrage publics n'affecte que la responsabilisation de ces derniers, l'emprise du MINMAP sur les commissions de passations des marchés produit des effets plus pervers sur l'ensemble du système (2).

1. L'emprise du ministère en charge des marchés publics sur les commissions de passation des marchés publics

Placées auprès de chaque entité acheteuse, les commissions de passation des marchés sont des organes d'appui technique qui interviennent avant et après le lancement de l'appel d'offres. Dans ce dernier cas, elles organisent les séances d'ouverture des plis et proposent l'attribution du marché au responsable de l'entité acheteuse⁷⁸⁵.

Désormais, sur les six membres qui composent les commissions de passation, trois sont directement rattachés au ministre en charge des marchés publics. Il nomme les présidents des commissions de passation des marchés quelle que soit l'autorité contractante auprès de laquelle elles interviennent. Leur mandat de deux ans est renouvelable une fois. Il nomme les secrétaires des commissions de passation des marchés qui sont également désignés par le ministre des marchés publics. Un troisième membre, représentant le ministre des marchés publics siège également dans toutes les commissions de passation. Les autres membres sont le représentant du ministre des finances, celui du ministre chargé des investissements publics (sauf pour les commissions internes de passation) et celui de l'entité bénéficiaire du marché complètent la liste des membres des commissions de passation des marchés⁷⁸⁶. Ce dernier participe au vote de la commission avec voix délibérante. Enfin c'est le ministère des marchés publics qui prend en charge financièrement le fonctionnement de l'ensemble des commissions de passation à l'exception des commissions internes⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ Décret n° 2012/074 du 8 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics, *op. cit.* Article. 3.

⁷⁸⁶ Pour les commissions internes, il n'y a pas de représentant du ministre des investissements.

⁷⁸⁷ Circulaire n° 001/CAB/PR/ du 19 juin 2012, *op. cit.* I, parag. 10.

Le décret relatif aux commissions de passation des marchés en distingue quatre catégories.

Les premières et de loin les plus importantes en raison de leurs seuils de compétence, sont les commissions centrales de passation des marchés placées auprès du ministre en charge des marchés publics. Elles se décomposent en cinq commissions: la commission centrale de passation des marchés des travaux routiers, des marchés des travaux de bâtiments et des équipements collectifs, des marchés des autres infrastructures, des marchés des services et des prestations intellectuelles et des marchés des approvisionnements généraux.

Le rôle des commissions centrales de passation est de dépouiller les offres et de donner leur avis sur l'attribution des marchés passés directement par le ministre en charge des marchés publics mais initiés par les ministres, les chefs des administrations publiques, les élus dirigeants des collectivités territoriales décentralisées, les chefs de projets, des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic, qui en sont les bénéficiaires. Ainsi, la création des commissions centrales participe au dessaisissement des maîtres d'ouvrage des départements ministériels de leur compétence de passation des marchés d'un montant important.

Les deuxièmes commissions de passation sont les commissions ministérielles. Au regard du champ de compétences des commissions centrales de passation, les commissions ministérielles, placées auprès des chefs des départements ministériels et de certaines administrations publiques, pour la passation des marchés de leurs services centraux, apparaissent comme des commissions à la marge. Leurs compétences se limitent aux marchés de routes dont les montants sont égaux à 5 millions et inférieurs à 5 milliards de francs CFA et aux marchés des autres infrastructures atteignant un seuil de 5 millions mais inférieurs à 1 milliard de francs CFA. Pour les marchés de bâtiments et équipements collectifs le seuil d'intervention des commissions ministérielles de passation est de 5 millions et ne peut dépasser 500 millions de francs CFA. Il va de 5 millions à 250 millions

de francs CFA pour les approvisionnements généraux et de 5 millions à 100 millions de FCFA pour les marchés de services et prestations intellectuelles.

Au niveau local, siègent les commissions régionales⁷⁸⁸ et départementales⁷⁸⁹. Elles aussi sont placées auprès des responsables des services déconcentrés du Ministère des Marchés Publics. Ces commissions locales constituent la troisième catégorie de commissions de passation. Elles dépouillent les offres et attribuent les marchés initiés par les chefs de services déconcentrés et par les exécutifs locaux.

La dépossession des chefs des exécutifs locaux de leur compétence pour organiser la passation de leurs marchés se confirme aussi à travers les commissions internes de passation des marchés qui constituent la quatrième catégorie de commissions de passation. Elles sont créées par le ministre des marchés publics auprès des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic des collectivités territoriales ainsi que pour certains projets. Elles sont compétentes pour les marchés dont les montants sont au moins égaux à cinq millions et inférieurs aux seuils à partir duquel, interviennent les commissions ministérielles de passation⁷⁹⁰

⁷⁸⁸ L'article 8 du Décret n° 2012/074 du 8 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics dispose que «(1) Les commissions régionales de passation des marchés sont compétentes pour les marchés initiés au niveau régional par les administrations publiques, les collectivités territoriales décentralisées, ainsi que par les chefs de projets. (2) ces commissions sont compétentes pour les marchés dont les montants sont compris dans les seuils ci-après :- égaux à cinquante millions (50 000 000) et inférieurs à un milliard (1 000 000 000) de francs CFA pour les routes; -égaux à cinquante millions (50 000 000) et inférieurs à cinq cent millions (500 000 000) de francs CFA pour les autres infrastructures; -égaux à cinquante millions (50 000 000) et inférieurs à Deux cent cinquante millions (250 000 000) de francs CFA pour les bâtiments et équipements collectifs; -égaux à cinquante millions (50 000 000) et inférieurs à Cent millions (100 000 000) de francs CFA pour les approvisionnements généraux; - égaux à quinze millions (15 00 000) et inférieurs à cinquante millions (50 000 000) pour les services et prestations intellectuelles».

Aux termes de l'article 9 du décret du 8 mars 2012, «(1) Les commissions départementales de passation des marchés sont compétentes pour les marchés initiés par les chefs des services déconcentrés départementaux et les collectivités territoriales décentralisées dont les montants sont égaux à cinq (5) millions et inférieurs à 50 millions de francs CFA, à l'exclusion des marchés des prestations intellectuelles. (2) Nonobstant les dispositions de l'alinéa (1) ci-dessus, le commissions départementales de passation des marchés sont également compétentes pour connaître des marchés de service de montant au moins égaux à cinq (5) millions et inférieurs à quinze (15) millions de francs CFA».

⁷⁹⁰ Ibidem, Article 10.

Notons pour finir qu'en tant qu'autorité des marchés publics, le ministère des marchés publics arbitre les différends entre les commissions de passation des marchés et les autorités contractantes auprès desquelles elles sont placées⁷⁹¹. En cas de désaccord entre la commission de passation et l'autorité contractante, sur le lancement d'un appel d'offres ou la signature d'un avenant, cette dernière dispose d'un délai de 3 jours à compter de la date de réception de la proposition, pour saisir le président de la commission afin de demander un second examen du dossier⁷⁹². Si à l'issue de ce réexamen, le désaccord persiste, le ministère des marchés publics ou l'autorité contractante engage sa responsabilité et lance l'appel d'offres ou signe l'avenant en cause. Si le désaccord a trait à la signature d'un marché, le ministre des marchés publics signe le marché si celui-ci relève d'une commission centrale des marchés. S'il s'agit d'un marché relevant des autres commissions de passation, l'autorité contractante doit solliciter l'arbitrage du ministre en charge des marchés publics.

Si les commissions de passation des marchés étaient constituées de membres désignés par les administrations bénéficiaires des marchés ou si ces dernières étaient mieux représentées au sein de ces commissions, alors elles auraient pu participer à un rééquilibrage de la répartition des compétences en matière de passation. Mais cela n'étant pas le cas, la concentration des compétences entre les mains du ministre en charge des marchés publics produit de nombreux effets contre productifs qui entravent la gestion des procédures de passation et, partant, l'effectivité des principes de la commande publique.

2. Des effets pervers de l'emprise du ministère en charge des marchés publics sur les commissions de passation des marchés publics

Le premier est sans nul doute l'engorgement des commissions de passation placées auprès du ministère. Ainsi, le décret du 8 mars 2012 a eu pour but de transférer au ministère des marchés publics et aux commissions de passation placées auprès de lui, la

⁷⁹¹ Circulaire n° 001/CAB/PR/ du 19 juin 2012, *op. cit.*, I, parag. 23.

⁷⁹² *Ibidem.*, I, parag. 24.

compétence de passation des marchés d'un seuil élevé. Cette centralisation des compétences a très vite conduit à l'engorgement du ministère des marchés publics. L'on s'est ainsi rendu compte que si les seuils de compétence étaient importants, ils n'étaient pas assez élevés. De fait, ils entraînaient le transfert d'un nombre important de marchés des différents ministères vers celui en charge des marchés publics. Certains maîtres d'ouvrage comme le ministère des travaux publics, voient la quasi-totalité de leurs marchés transférés aux ministères des marchés publics. Comme le souligne Dieudonné ESSOMBA, désormais «*les ministères s'occupent des broutilles*»⁷⁹³. La conséquence directe de ce transfert de compétence est un traitement très lent des dossiers et parfois certains marchés ne sont pas passés d'où un taux d'absorption des crédits très faible⁷⁹⁴.

C'est dans ce contexte que le décret du 5 août 2013 a été adopté dans le but d'élever les seuils de compétence des commissions centrales placées auprès du ministère des marchés publics⁷⁹⁵. Mais ces aménagements n'ont pas suffi du fait de la subsistance de

⁷⁹³Dieudonné ESSOMBA, «Marchés publics au Cameroun: Le Gouvernement contre la présidence de la République», *Journal Intégration*, 12 septembre 2012, p. 28 et s.

⁷⁹⁴Le journaliste Raoul GUIVANDA note ainsi dans un article publié dans *L'œil du sahel* en date du 7 mai 2014 «Cameroun - Yang, Abba Sadou et Amba Salla : discorde au sommet de l'Etat» que «*La Banque mondiale a réalisé une étude d'où il ressort qu'entre 2008 et 2012, le taux de consommation des crédits d'investissement n'a jamais franchi le cap de 12%. Cette institution, pour 2013, a relevé que nous avons atteint pour la première fois le seuil de 22%. Au total, le ministère a réussi à passer 1000 marchés sur 7.000.*» Dans un autre article écrit par Dieudonné ESSOMBA, l'auteur fait le constat qu'au 30 juin 2012, les appels d'offres lancés ne concernaient que 33% des projets prévus pour l'année budgétaire et que cela correspondait à 10% du budget d'investissement confirmant ainsi les chiffres de la banque mondiale». M. Essomba attribue cette sous consommation au fait que les appels d'offres en question sont ceux relevant des commissions ministérielles de passation qui du fait de la création du ministère des marchés publics et des commissions centrales ne gèrent que les petites opérations, les commissions centrales gérant en nombre autant de marchés que l'ensemble des ministères réunis et ces projets couvrant 90% du volume des investissements. Dieudonné ESSOMBA, «Marchés publics au Cameroun: Paul Biya contre Paul Biya», *Journal du Cameroun*, le 12 septembre 2012.

⁷⁹⁵ En guise d'exemple, le décret du 8 mars 2012, prévoyait que la commission centrale de passation des marchés de travaux routiers placée auprès du ministère des marchés publics était compétente pour les marchés d'un montant supérieur ou égal à cinq cents millions de F. CFA. Ce montant est passé à cinq milliard de F. CFA avec la révision opérée par le décret du 5 août 2013. Les marchés portant sur les infrastructures autres que routiers relèvent de la commission centrale de passation des marchés des autres infrastructures lorsqu'ils atteignent un montant égal ou supérieur à un milliard de F. CFA. Ce montant était de cinq cents millions. Les marchés de bâtiments et équipement relevant de la commission centrale passent de 200 millions de F. CFA (décret du 8 mars 2012) à 500 millions (décret du 5 août 2013). La commission centrale de passation des marchés des services et des prestations intellectuelles voit son seuil de compétence

l'article 134 du Code des marchés publics (décret du 24 septembre 2004). Cette disposition prévoit que: *«Lorsque les prestations répondant à un même appel d'offres sont réparties en lots ou lorsque plusieurs appels d'offres portent sur des prestations de même nature ou lorsqu'ils sont imputables sur la même ligne budgétaire, le montant total prévisionnel de l'ensemble des marchés à passer doit être pris en compte pour déterminer le seuil de compétence de la Commission»*. Cette disposition avait pour but d'une part de lutter contre l'allotissement des marchés qui entraînait le contournement des procédures formalisées et d'autre part de permettre la soumission des marchés à l'autorité de contrôle *a priori* représentée par les commissions spécialisées de passation des marchés placées auprès de l'Agence de régulation des marchés publics (ARMP). L'addition des montants des marchés permettait d'atteindre le seuil de compétence des commissions spécialisées qui jouaient un rôle d'organe de contrôle. Mais le fait est que l'application de l'article 134 entraîne une élévation importante des seuils et donc le transfert des marchés des autorités contractantes dotées d'une ligne budgétaire importante au ministère des marchés publics. Tel a été le cas des marchés de travaux routiers du ministère en charge des travaux publics.

Saisi par le Ministre des travaux publics pour arbitrage, le premier ministre a considéré que l'article 134 était pertinent tant qu'il y'avait des commissions spécialisées de passation des marchés pour assurer le contrôle *a priori*, car le cumul des marchés permettait d'atteindre le seuil de compétence de ces commissions de contrôle. Mais étant donné que les commissions spécialisées avaient été supprimées par les réformes de 2012 et que les commissions de passation placées auprès des maîtres d'ouvrage sont désormais constituées par le ministre des marchés publics, l'article 134 n'avait plus raison d'être. Il devait dès lors faire partie des dispositions contraires automatiquement supprimées par le premier paragraphe de l'article second du décret du 5 août 2013⁷⁹⁶. En d'autres termes le ministre des marchés publics ne devait plus établir sa compétence en additionnant les appels d'offres portant sur des prestations de même nature ou imputables sur la même ligne

relevée de 50 millions de F. CFA à 100 millions. Et les marchés relevant de la commission centrale de passation des marchés d'approvisionnement généraux passent de 200 millions à 250 millions.

⁷⁹⁶ Raoul GUIVANDA, «Cameroun - Yang, Abba Sadou et Amba Salla : discorde au sommet de l'Etat», *L'œil du Sahel*, 7 mai 2014, *op. cit.*

budgétaire. Son contrôle sur les marchés, qui de ce fait sont soustraits à sa compétence, reste indirectement assuré par les commissions de passation placées auprès des maîtres d'ouvrage.

Cet arbitrage, suffira-t-il à désencombrer les commissions centrales de passation du ministère des marchés publics? Mis à part, les réserves émises au sein du ministère des marchés publics par rapport à cet arbitrage et rapportées par de voie presse⁷⁹⁷, il subsiste des dispositions qui ne sont pas en faveur d'un tel désengorgement. Le décret du 5 août 2013 n'est pas revenu que sur l'article 13 du décret du 8 mars 2012 qui reprend à la lettre l'article 134 du Code des marchés publics. Le dispositif de l'article 134 figure également à l'article I-14 de la circulaire du 19 juin 2012.

Toutes ces dispositions qui au fond se contredisent, amènent à penser que la réforme de mars 2012 n'est pas encore achevée. Sur la question des seuils d'intervention des différentes commissions de passation, comme sur bien d'autres questions, cette réforme comporte des incohérences qui compromettent sa pérennité ainsi que l'effectivité des principes de la commande publique. La centralisation dans la gestion des marchés publics soulève inexorablement une autre question, celle de la réalité de la décentralisation au Cameroun. La centralisation de la gestion de l'achat public compromet la libre administration des collectivités locales. C'est un autre de ses effets pervers. Dans sa thèse relative aux *Contrats de l'administration au Cameroun*, Thomas BIDJA NKOTTO soutenait que «la libre administration des collectivités locales verrait son caractère démocratique écorné si les organes délibérants des collectivités étaient écartés dans le processus de décision, laissant face à face l'exécutif municipal et l'exécutif central représenté par la tutelle». Avec l'institution des commissions locales de passation, c'est malheureusement ce scénario qui se produit. Rappelons que le président, le secrétaire et un

⁷⁹⁷ *Ibidem*. Dans cet article RAOUL GUIVANDA relate que pour les employés du MINMAP, «la seule solution qui lui est imposable est la publication par le chef de l'Etat d'un nouveau décret qui prenne en compte les interprétations» de la Primature, et donc du ministère des Travaux publics. «Le chef de l'Etat a pris un décret, lui seul sait pourquoi il l'a pris et nous n'en connaissons ni les contours, ni les motivations. Notre travail consiste à l'appliquer sans états d'âme tel qu'il a été promulgué et non à l'interpréter pour l'appliquer dans telle ou telle autre direction».

membre des commissions placées auprès des chefs des exécutifs locaux sont nommés par le ministère des marchés publics. Parmi les nouvelles mesures qui affectent la libre administration des collectivités locales, il y a aussi celle qui prévoit que les lettres de commandes des collectivités départementales ne disposant pas d'une commission interne, sont signées par les délégués départementaux du ministère en charge des marchés publics⁷⁹⁸.

Les rapports qu'entretiennent le ministre en charge des marchés publics et les exécutifs locaux, révèlent les tensions et les intérêts parfois contradictoires qui sont à la base de la réglementation des marchés publics. Ici, c'est la libre administration des collectivités locales qui subit les restrictions nées d'une politique qui se donne pour but *«d'améliorer la gouvernance et l'intégrité du système de passation, d'exécution et de contrôle des marchés publics en vue d'assurer la qualité de la dépense publique et l'effectivité de la réalisation des projets arrêtés»*⁷⁹⁹. En effet, pour les autorités camerounaises, la création de ce département ministériel est la manifestation d'une volonté de lutter contre de nombreux dysfonctionnements observés dans le système de gestion des marchés publics. Il faut néanmoins relever que l'une des caractéristiques principales du système de gestion de la passation des marchés publics au Cameroun est l'alternance entre décentralisation au profit des maîtres d'ouvrage et une centralisation à leur détriment⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ Circulaire n°001/CAB/PR/ du 19 juin 2012, *op. cit.* I, parag. 6

⁷⁹⁹ *Ibidem*.

⁸⁰⁰ Pour rappel: Le décret du 14 août 1959 instaurait un système décentralisé dans lequel la passation des marchés rentrait dans les attributions des maîtres d'ouvrage et des maîtres d'ouvrage délégué. Des réformes intervenues dans le courant des années 70 ont introduit la centralisation dans la gestion de la passation des marchés en créant une Direction centrale des marchés publics. Si l'initiative de la passation appartenait à «l'administration bénéficiaire des prestations», la direction centrale des marchés devait, aux termes du décret du 2 février 1979 participer à la préparation et à la passation des marchés, et c'est à elle que revenait notamment le choix de la procédure de passation des marchés. Les décrets du 18 juillet 1980 qui a modifié les décrets du 2 février 1979 et du 9 novembre 1978 ont maintenu les prérogatives de la direction centrale des marchés dans la phase de passation. Cette direction fonctionnera jusqu'au 25 août 1984, date à laquelle le ministère de l'informatique et des marchés publics récupère ses prérogatives. La centralisation se confirme avec la création de la Direction générale des grands travaux du Cameroun (DGTC). De 1988 à 1995, l'organisation institutionnelle la passation des marchés publics au Cameroun est caractérisée par la prédominance la DGTC, doté d'importants pouvoirs et qui ne laissait aux maîtres d'ouvrage que des attributions résiduelles. C'est à la faveur de la réforme du droit des marchés publics issue du décret du 9 juin

Mais il n'en demeure pas moins que la création d'une superstructure comme le MINMAP reste à notre sens une solution mitigée.

En Afrique au Sud du Sahara, le ministère en charge des marchés publics du Cameroun fait figure d'exception. Cette institution contraste avec la pratique la plus répandue sur le continent, à savoir, l'autonomisation des maîtres d'ouvrage par la décentralisation des responsabilités dans la gestion de la procédure d'appel d'offres.

§ 2. LA DECENTRALISATION ET LA SEPARATION STRICTE DES COMPETENCES DES ORGANES DE LA PASSATION AU SENEGAL, AU BURKINA FASO ET EN COTE D'IVOIRE

Deux dynamiques animent l'architecture des organes en charge de la passation des marchés publics au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire. Inspirée par les directives relatives à l'harmonisation du droit des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA, elle consiste d'une part à la répartition des fonctions d'organisation de la passation, de dépouillement des offres et d'approbation du marché entre trois organes bien distincts. La seconde dynamique consiste en la décentralisation de ces différentes fonctions.

Si la séparation des différentes fonctions permet d'assurer la transparence dans la mise en œuvre des procédures et, par là, le traitement des soumissions dans le respect de l'égalité des candidats, la décentralisation permet quant à elle, de responsabiliser les entités acheteuses et au delà, de renforcer leur capacité de gestion de la commande publique.

L'analyse va donc montrer que pour se conformer aux exigences qu'imposent l'idée de concurrence, l'organisation de la passation des marchés est placée sous la responsabilité de l'autorité contractante (A). Ensuite, sera évoqué le cas des commissions

1995 qui consacre la décentralisation dans la gestion de la passation des marchés, que ces derniers vont retrouver leurs pouvoirs de décision et de conduite de la procédure de passation.

chargées du dépouillement des offres (B) et enfin celui des organes en charge de l'approbation (C).

A. L'ORGANISATION DES PROCEDURES DE PASSATION PAR LES AUTORITES CONTRACTANTES

L'autorité contractante est, en principe, l'entité pour le compte de laquelle sont réalisées les prestations. Personnes morales, dotées ou non de la personnalité juridique, elles sont représentées pour la passation de leurs marchés par des personnes physiques. Les législations du Sénégal et du Burkina Faso utilisent l'expression «*personne responsable du marché*» pour désigner la personne physique mandatée par l'autorité contractante pour mettre en œuvre la procédure de passation du marché public et suivre son exécution⁸⁰¹.

Bien qu'exerçant quasiment les mêmes compétences, les personnes responsables du marché dans les deux réglementations sont désignées différemment. Au Sénégal, les personnes responsables des marchés sont les personnes physiques placées à la tête des administrations contractantes⁸⁰². Au Burkina Faso, la personne physique à la tête de

⁸⁰¹ Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014 portant code des marchés publics au Sénégal, *op. cit.* art 4 et art 27. Décret n° 2008-173 du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, *op. cit.*, article 15. Voir aussi l'arrêté n° 2008-0636/MEF/SG/CNCS du 25 juillet 2008 relative à la mise en place des personnes responsables des marchés au Burkina Faso, <http://decentralisation-bf.net/266-69> (consulté le 16/10/2014). Pour une étude approfondie, voir, Mohamed Mountaga SAGNA, *La maîtrise des marchés publics locaux, essai sur la liberté contractuelle des collectivités locales au Sénégal*, Thèse de doctorat, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 53 et s. Philippe SCHMIDT, *La personne responsable du marché*, Paris, Editions du Moniteur, 2004, 249 p. Voir aussi, Eric DELACOUR, «Les organes de l'achat public» *Contrats et marchés publics*, 2004, n° 2, p. 3. Frédérique OLIVIER, «La personne responsable du marché», *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2004, p. 14.

⁸⁰² Au Sénégal, il ressort de l'article 28 du Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014 que chaque ministre est la personne responsable des marchés de l'Etat et de ceux des administrations centrales relevant de son département ministériel, des agences ou organismes qui lui sont rattachés et qui ne sont pas dotés de la personnalité et des marchés de services déconcentrés situés dans la région de Dakar.

-En dehors de la région de Dakar, le gouverneur de région revêt le statut de personne responsable pour les marchés des services déconcentrés de l'Etat.

-S'agissant des marchés des départements et des communes, le chef de l'exécutif local est la personne responsable du marché. Il s'agit respectivement du président du conseil départemental et du maire.

-L'organe exécutif dans les établissements publics, les agences et les organismes ayant la personnalité morale est la personne responsable des marchés passés par ces entités.

l'administration contractante doit désigner une personne responsable du marché⁸⁰³. Ce procédé n'est pas sans poser de difficultés. En effet, il y a des risques de confusion entre la personne responsable du marché et la personne qui est à la tête de l'autorité contractante. Or, dans les soumissions une telle confusion entraîne l'élimination de l'offre du soumissionnaire⁸⁰⁴.

Concrètement, la personne responsable du marché est chargée de mettre en œuvre tous les actes matériels concourant à la passation. Son intervention commence avant le lancement de la procédure par la détermination des besoins, l'élaboration et la publication des plans de passation, l'organisation de l'achat (achat par lot ou achat unique), le choix de la procédure selon les règles figurant dans le Code des marchés publics, la réalisation des actes préalables à la passation des marchés tels que les demandes d'autorisation pour certains types de marchés, l'élaboration des dossiers d'appel d'offres et leur publication. Elle lance ensuite la procédure de passation et veille à son bon déroulement, accepte ou

⁸⁰³ Selon l'article 16 du décret n° 2008 – 173, *op. cit.* La désignation de la personne responsable du marché pour les départements ministériels appartient à chaque ministre;

- pour les autres institutions étatiques et parapubliques: le président d'institution désigne la personne responsable des marchés;

- pour les collectivités territoriales: selon les cas, le président du conseil régional, ou le maire désigne la personne responsable des marchés;

- pour les établissements publics: le directeur général a la charge de la désignation de la personne responsable des marchés;

- pour les entités ayant la qualité d'organisme de droit public et soumises à ce titre au code des marchés publics: il incombe au Directeur général la charge de la désignation de la personne responsable des marchés.

-pour les départements ministériels et les institutions, la personne responsable des marchés est placée auprès du secrétariat général.

Ce dispositif est complété par l'arrêté n° 2008-0636 MEF/SG/CNCS du 25 juillet 2008 qui pose une règle d'incompatibilité entre la fonction de PRM et d'autres fonctions comme celles de Directeur de l'Administration et des Finances ou de Directeur des Etudes et de la Planification.

⁸⁰⁴ ARMP du Burkina Faso, Décision n° 352/ARMP/CRD du 05 juin 2013 sur recours des entreprises AZIMUT SERVICES et PLANETE SERVICES contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2013-000001/MESS/UO/SG/PRM du 04 février 2013 pour l'acquisition de fournitures de bureau au profit de la Librairie universitaire de Ouagadougou:

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_3_52_armp_crd_05_06_2013.pdf. Dans cet appel d'offres l'autorité contractante était l'Université de Ouagadougou alors que la personne responsable du marché était la Direction de l'administration et des finances. Sur plainte d'un soumissionnaire, le CRD a prononcé la non-conformité des soumissions adressées à la personne responsable du marché alors qu'elles devaient être adressées à l'Autorité contractante.

refuse le choix de la commission d'appel d'offres concernant l'attributaire du marché, notifie au titulaire le marché approuvé.

La personne responsable du marché remplit donc «une fonction générale de mise en œuvre des procédures de passation et d'exécution des marchés»⁸⁰⁵. Elle est le pivot de la procédure de passation pour reprendre les mots d'un auteur⁸⁰⁶. Son identification dans l'architecture des organes de la passation assure la sécurité juridique de l'autorité contractante.

L'identité des compétences des personnes responsables du marché au Sénégal et au Burkina trouve une limite formelle dans la compétence de signature. La signature du contrat est un acte qui engage juridiquement la personne publique contractante. On mesure alors l'importance de l'identification des personnes compétentes pour accomplir cet acte. Une violation des règles de compétence en la matière entraîne la nullité de l'acte.

Aux termes de l'article 24 du Code des marchés publics du Sénégal, c'est la personne responsable du marché qui est habilitée à signer le contrat au nom de l'autorité contractante. Alors que dans la législation du Burkina Faso, le marché est signé par l'autorité contractante⁸⁰⁷. Mais l'autorité contractante étant une personne morale, en définitive c'est la personne qui est à sa tête, qui désigne la personne responsable du marché et qui signe le marché. Ce qui fait que de part et d'autre, ce sont les mêmes autorités qui sont compétentes pour signer le marché. Il s'agit en l'occurrence des ministres pour les marchés de l'Etat et des administrations centrales, des chefs des exécutifs locaux pour les marchés des collectivités territoriales décentralisées, des présidents ou directeurs des établissements publics, des entreprises du secteur public ou parapublic etc.

⁸⁰⁵Christophe LAJOYE, «Organes de l'achat public», *JurisClasseur contrats et marchés publics*, Fascicule 60-10, décembre 2007, p.4.

⁸⁰⁶Voir en ce sens Antoine LOUVARIS, «Les organes et les procédures des contrats d'achat public», *Contrats et marchés publics*, 2005, n° 5, p. 29.

⁸⁰⁷ Décret n° 2008-173 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations, *op. cit.*, article 115.

La désignation expresse de la personne compétente pour signer le marché, implique qu'un contrat signé par une personne qui n'en a pas la compétence est un contrat «*nul, de nullité absolue*»⁸⁰⁸. Elle signifie également que la décision de la commission de passation des marchés attribuant le marché à une entreprise ne vaut pas signature du contrat. En conséquence l'attributaire ne peut commencer l'exécution d'un marché qui n'a pas été signé par la personne habilitée⁸⁰⁹.

L'expression «personne responsable» du marché figurait déjà dans le Code des marchés publics du Sénégal de 2002. Mais elle s'est étendue à d'autres Etats et en particulier à ceux de l'UEMOA à la faveur de l'harmonisation du droit des marchés publics⁸¹⁰. Mais en Côte d'Ivoire le Code des marchés publics n'a pas repris cette expression. Toutefois la fonction y figure et est remplie par l'autorité contractante⁸¹¹ ou le maître d'ouvrage⁸¹² ou le maître d'ouvrage délégué. Le plus souvent l'autorité contractante et la personne responsable du marché correspondent à la même entité. Dans la phase de passation, les fonctions du maître d'ouvrage ou de l'autorité contractante telles que

⁸⁰⁸ Loi n° 65-61 du 19 juillet 19965 portant Code des Obligations de l'Administration, *op. cit.* article 22.

⁸⁰⁹ Le Comité de règlement des différends de l'ARMP du Sénégal considère à cet égard qu'un marché qui n'est pas encore signé ne peut, conformément à l'article 44 du code des obligations de l'administration connaître un commencement d'exécution. Dès lors, les prestations livrées à l'administration ne pourront être payées sur la base du contrat qui au fond n'a jamais existé mais plutôt sur la base de l'enrichissement sans cause si toutefois les conditions sont réunies: ARMP du Sénégal, Avis du CRD n° 011 du 1er août 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine du Centre national hospitalier universitaire de Fann concernant l'exécution anticipée de prestations par l'entreprise KISAKALA dans le cadre de la passation du marché de clientèle relatif à la restauration du personnel de garde et des pensionnaires dudit hôpital, http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=57&Itemid=275.

⁸¹⁰ En effet, la directive n° 04/2005 du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service publics dans l'UEMOA répartit la gestion de la passation des marchés entre trois entités distinctes: les autorités contractantes, les commissions de passation et les autorités d'approbation. Les autorités contractantes peuvent selon les termes de la directive «mandater une personne responsable du marché chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés et délégations de service public». Tous les Etats membres de l'UEMAO ont repris dans leurs législations actuelles le principe de cette disposition. Voir par exemple: loi n° 2009-02 du 7 août 2009, portant Code des marchés publics et des délégations de service public en République de Bénin, *op. cit.* Article 8. Décret n° 2009-277 du 11 novembre 2009 portant Code des marchés publics et des délégations de services publics au Togo, *op. cit.*, article 6.

⁸¹¹ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, portant code des marchés publics en Côte d'Ivoire, *op. cit.*, Article 35.

⁸¹² *Ibidem.*, Article 36.

définies dans le décret du 06 août 2009 portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire sont quasiment identiques à celle des personnes responsables du marché figurant dans les textes du Sénégal et du Burkina Faso. Le problème que pose la législation ivoirienne c'est que l'autorité contractante ou le maître d'ouvrage sont des personnes morales. Il leur faut donc désigner une personne physique qui réalise les actes liés à la passation. L'autorité contractante peut, certes, recourir à un maître d'ouvrage délégué à qui elle confie tout ou partie de ses compétences pour la passation d'une catégorie bien identifiée de marchés⁸¹³. Mais en dehors de ces marchés, qui est la personne physique qui représente l'autorité contractante? Le Code des marchés publics ne le précise pas parce qu'il y'a une identité entre la personne qui représente l'autorité contractante et celle qui signe le marché. C'est cette dernière qui est identifiée. Il correspond à l'ordonnateur des dépenses au sein des entités publiques et au directeur dans les sociétés de droit privé⁸¹⁴.

A son article 46.2, le Code des marchés publics précise que l'autorité compétente pour signer les marchés de l'Etat au niveau central, est le ministre technique. Toutefois, la compétence du ministre est limitée au «marché d'un montant supérieur au seuil du contrôle de validation de la Structure chargée des marchés publics». Ce seuil est de 100 millions de francs CFA aux termes de l'arrêté du 21 avril 2010 portant fixation des seuils de passation, de validation et d'approbation⁸¹⁵. En dessous de ce seuil, le ministre doit déléguer la signature aux administrateurs de crédits délégués de son département ministériel⁸¹⁶. Il s'agit en particulier du directeur des affaires administratives et financières du ministère. Les autres autorités compétentes pour signer les marchés publics sont les

⁸¹³ Il s'agit selon l'article 37 du code des marchés portant sur la réalisation d'ouvrages, de bâtiments ou d'infrastructures, y compris la fourniture de matériels et équipements nécessaires à leur exploitation et de programmes d'intérêt public ou de projets inclus dans de tels programmes, comprenant un ensemble de travaux, fournitures et services.

⁸¹⁴ Voir sur ce point, Christiane DJE BI DJE, *Droit des marchés publics en Côte d'Ivoire*, Abidja, FUPA éditions, 2014, p. 43 et s

⁸¹⁵ Arrêté n° 200 MEF/DGBF/DMP du 21 avril 2010 portant fixation des seuils de passation, de validation et d'approbation dans la procédure des marchés publics, disponible sur *le portail des marchés publics de la République de Côte d'Ivoire*, (consulté le 16/10/2014/
http://www.dmp.finances.gouv.ci/R_eacute_glementation/Textes_r_eacute_glementaires/Arr_ecirc_t_eacute_s/Arr_t_n_200/index.html.

⁸¹⁶ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, portant code des marchés publics en Côte d'Ivoire, *op.cit.*, Article 46-2.

gestionnaires de crédits⁸¹⁷, les directeurs des établissements publics nationaux, les directeurs généraux et les directeurs des sociétés d'Etat et des sociétés à participation financière publique majoritaire. Il apparaît à travers ces règles de compétence, que les marchés publics sont considérés ici dans leur aspect de dépenses publiques soumises aux règles de la comptabilité publique.

L'étude des fonctions exercées par les autorités contractantes dans la passation des marchés ne peut s'achever sans que ne soit abordée la spécificité des marchés des collectivités locales. Il ressort des textes analysés que les exécutifs locaux doivent soumettre le projet de contrat à l'organe délibérant de la collectivité locale afin d'obtenir l'autorisation de contracter. L'assemblée délibérante des collectivités locales joue ainsi un rôle important dans la passation des marchés publics.

Au Sénégal, s'agissant des marchés des communes par exemple, l'article 106 de la loi portant Code général des collectivités locales dispose que le maire est «*chargé, sous le contrôle du conseil municipal (...) de souscrire les marchés, de passer les baux des biens et les adjudications des travaux communaux selon les règles établies par les lois et règlements*»⁸¹⁸. Cette disposition qui figure à l'identique dans le Code général des collectivités locales en France a été interprétée par le conseil d'Etat comme étant une mesure qui empêche le maire «*de contracter au nom de la commune sans y avoir été autorisé par une délibération expresse du conseil municipal*»⁸¹⁹. Le Conseil d'Etat sénégalais a également admis, suite au déferé d'un Gouverneur de région, qu'un contrat

⁸¹⁷Compétent en particulier pour les marchés des services extérieurs de l'Etat, y compris les projets gérés en région (article 46-3).

⁸¹⁸ Loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code général des Collectivités locales, *J.O.*, n° 6765 du Samedi 28 Décembre 2013.

⁸¹⁹CE (France) 4 avril 1997, Préfet Puy-de-Dôme c/ Commune d'Orcet, req. n° 151275, *Juris-Data*, n° 1997-050237). Plusieurs décisions du Conseil d'Etat affirment l'importance des organes délibérants des Collectivités locales dans la passation des contrats de la commande publique: Exemple CE, 13 octobre 2004, Commune de Montélimar, req. n° 254007. Le conseil d'Etat a jugé ici que «*lorsqu'il entend autoriser le maire à souscrire un marché, le conseil municipal doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir*», Notes, Frédéric ROLIN, *Revue des contrats*, 2005, n° 2, pp. 425-434. Stéphane LAGET, « Les conditions dans lesquelles un exécutif local doit être habilité à signer un marché public par une délibération de l'exécutif », *LPA*, 2005, n° 30, pp. 17-20.

passé par le président d'un Conseil régional sans l'autorisation dudit conseil est entaché d'une illégalité entraînant sa nullité⁸²⁰.

La réglementation des marchés publics en Côte d'Ivoire accorde également une place importante aux organes délibérants des collectivités locales. L'article 173 du décret portant Code des marchés publics prévoit que «la passation des marchés par les collectivités territoriales est soumise le cas échéant, à l'autorisation préalable des organes compétents de la collectivité territoriale concernée tels qu'ils sont définis par les lois et règlements en vigueur». La loi n° 2012-1128 du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales ne cite pas la passation des marchés comme faisant partie des questions sur lesquelles les conseils de collectivités locales délibèrent. Mais en stipulant que «ne sont exécutoires qu'après approbation de l'autorité de tutelle, les délibérations des Conseils des collectivités territoriales portant sur (...) le choix de la procédure des marchés et leur attribution», l'article 20 de ce texte confirme l'intervention des organes délibérants dans la phase de passation.

La complexité de l'acte d'achat public exige que soit clairement identifié chaque acteur et son rôle. Mais elle exige surtout qu'il y ait un fil conducteur entre les interventions de ces différents acteurs. Ce fil conducteur est porté par la personne responsable du marché ou le maître d'ouvrage⁸²¹. Ces organes garantissent donc la réalisation de la procédure de passation conformément à la réglementation. Partant de là, la personne responsable du marché joue un rôle essentiel dans l'effectivité des objectifs d'efficacité économique, de protection des droits des soumissionnaires et de ceux de la collectivité publique. En d'autres termes la fonction de personne responsable du marché est en adéquation avec l'idée de concurrence qui fonde les nouvelles réglementations des marchés publics.

⁸²⁰ CE (Sénégal), 29 juillet 1998, Gouverneur de la région de Tambacounda c/ Conseil régional de Tambacounda, Bulletin des arrêts n° 2 mars 2001, années judiciaires 1998-2000, n° 6, p.12. Voir aussi Ismaila Madior FALL, «Le contrôle de la légalité des actes des collectivités locales au Sénégal», *Afrilex* n° 5, pp.64-110.

⁸²¹ Philippe SCHMIDT, *op. cit.* p. 13.

A côté des personnes responsables du marché et des maîtres d'ouvrage, figurent dans l'architecture des organes de la passation, les commissions ou cellules chargées du dépouillement et de l'analyse des offres.

B. DES COMMISSIONS CHARGEES DE L'ANALYSE ET DE L'ATTRIBUTION PROVISoire DES MARCHES

Les modalités d'organisation (1) et de fonctionnement (2) de ces commissions visent à garantir le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Partant de là, elles semblent en conformité avec l'idée de concurrence qui fonde le droit des marchés publics. Toutefois leur fonctionnement rencontre en certain nombre d'obstacles (3).

1. Des modalités d'organisation visant à garantir la transparence des procédures et l'égalité de traitement des candidats

Dans toutes les législations étudiées, il est prévu que l'ouverture des offres, leur analyse et l'attribution provisoire du marché sont confiées à un organe collégial placé auprès de l'autorité contractante.

En Côte d'Ivoire, cet organe est appelé commission d'ouverture des plis et de jugement des offres (COJO ci-après). La composition de la COJO est déterminée en fonction de l'organe auprès de laquelle elle est placée. En guise d'exemple, selon l'article 43.3 du Code des marchés publics, la COJO placée auprès d'une autorité contractante qui est une administration centrale de l'Etat ou un service à compétence nationale de l'Etat ou bien un établissement public national ou un projet doit être présidée par le responsable de la cellule de passation des marchés publics. Ensuite, le rapporteur de cette commission doit être un représentant de l'autorité contractante ou du maître d'ouvrage, ou le cas échéant du maître d'ouvrage délégué. De plus, s'il y a un maître d'œuvre, il doit avoir un représentant

au sein de la COJO et dans ce cas c'est lui qui doit exercer les fonctions de rapporteur. Enfin, les autres membres de la COJO sont le représentant du ou de chacun des services utilisateurs, le représentant du ministère exerçant une tutelle sur l'objet de la dépense, le cas échéant et le contrôleur financier ou le contrôleur budgétaire placé auprès de l'autorité contractante ou son représentant⁸²². La présence de ce dernier membre dans la COJO soulève une difficulté dans la mesure où elle n'est pas conforme au principe de séparation des organes de contrôle et de passation posé par la législation communautaire et reprise par les textes de la Côte d'Ivoire. En guise de comparaison, l'autorité de régulation des marchés publics du Sénégal, a dans une décision rendue le 27 juin 2008, exclu le représentant du Contrôle financier de la commission des marchés de l'Agence autonome des travaux routiers jugeant cette présence contraire à ce même principe⁸²³. Il est permis d'en dire autant à propos de la présence des cellules de passation par le biais de leur responsable qui préside la COJO. Même si elles jouent un rôle d'appui technique et juridique, la fonction principale des cellules de passation est avant tout le contrôle.

Dans la législation sénégalaise, l'organe collégial chargé du dépouillement des offres et de l'attribution provisoire du marché est appelé commission des marchés⁸²⁴. Contrairement à la Côte d'Ivoire, les autorités sénégalaises ont privilégié la représentation de l'autorité contractante à la tête des commissions des marchés. Les présidents des commissions de passation sont désignés parmi les représentants de l'autorité contractante. Pour les marchés de l'Etat, les représentants de l'autorité contractante sont au nombre de trois⁸²⁵ parmi lesquels doit figurer le chef de l'administration contractante⁸²⁶. S'agissant

⁸²² Décret n°2009/259 portant code des marchés publics, *op. cit.*, Article 43-2. Concernant les autres COJO, voir les articles 43-3, 43-4, 43-5 et 43-6.

⁸²³ ARMP du Sénégal, Décision n° 014/ARMP/CRMP/CRD du 27 juin 2008 du CRD statuant en commission de litiges entre le contrôle financier et l'Agence autonome des travaux routiers sur l'application de l'article 37-3 du décret du 25 avril 2007 portant code des marchés publics, Autorité de régulation des marchés publics, *Rapport annuel 2008*, p. 83, disponible sur le site de l'ARMP: http://www.gouv.sn/IMG/pdf/Rapport_ARMP_2008.pdf

⁸²⁴ Décret n° 2014-1212 portant code des marchés publics, *op. cit.*, Article 35. Arrêté n° 00864 du 22 janvier 2015 fixant le nombre et les conditions de désignation des membres des commissions des marchés des autorités contractantes pris en application de l'article 36 al. 1 du Code des Marchés publics

⁸²⁵ *Ibidem*. Article 2- a).

⁸²⁶ *Ibidem*. Il s'agit soit du ministre, soit du directeur ou du président de l'organisme.

des marchés des collectivités locales, l'autorité contractante est représentée par l'organe exécutif et le secrétaire général (marchés des régions), le secrétaire municipal (marchés des communes) ou le secrétaire communautaire (marchés des communautés rurales)⁸²⁷. A côté des représentants de l'autorité contractante, siègent également dans les commissions des marchés, un représentant du gouverneur de région pour les marchés de l'Etat passés en dehors de la région de Dakar. Le nouveau Code prévoit aussi la création de commission départementale par le préfet, pour les marchés de l'Etat passés en dehors de la région de Dakar⁸²⁸. Pour les marchés des collectivités locales, le président et le secrétaire de la commission sont assistés par deux membres du conseil régional, municipal ou rural et du comptable ou de son délégué.

Au Burkina Faso également, la composition des commissions d'attribution des marchés est déterminée de telle sorte que l'autorité contractante y soit bien représentée. Pour les marchés de l'Etat, elle est représentée par la personne responsable du marché, le gestionnaire de crédits et un représentant du service bénéficiaire. Les autres membres de la commission sont le représentant du ministère technique s'il y a lieu et le représentant de la direction générale du budget.

Le système d'analyse des offres au Burkina Faso, comporte deux spécificités qui méritent d'être soulignées. La première qui se trouve dans la composition des commissions d'attribution, est la présence des observateurs. Participant aux séances des commissions d'attribution à titre consultatif, leur rôle est d'informer l'autorité d'approbation sur le déroulement des séances. A la fin de celles-ci, ils lui adressent leur avis sous plis séparés et confidentiels afin qu'elle puisse prendre sa décision d'approbation de façon éclairée⁸²⁹.

⁸²⁷ *Ibidem.*, article 2. b)

⁸²⁸ Décret n° 2014-1212 portant code des marchés publics, *op. cit.*, art 26

⁸²⁹ Arrêté n° 2010-247/MEF/CAB du 5 juillet 2010 portant fixation des pièces administratives exigées des candidats aux marchés publics et modalités de fonctionnement des commissions d'attribution des marchés, des commissions de sélection des candidats aux délégations de service public et des commissions de réception, article 13, *JO* n° 33 du 19 août 2010,

La seconde est l'existence de sous-commissions techniques chargées de l'évaluation des offres techniques et financières⁸³⁰. Cela veut dire que le travail d'analyse et d'évaluation des offres est effectivement réalisé par ces sous-commissions techniques. Et c'est sur la base de leurs rapports que les commissions d'attribution vont travailler pour proposer un attributaire provisoire⁸³¹.

Bien qu'étant organisée différemment dans les trois pays, la composition des commissions de passation, des commissions d'analyse et des commissions de jugement des offres montre une volonté de faire participer l'autorité contractante au choix de son cocontractant. L'importance de cette participation renforce d'autant sa responsabilité dans la bonne gestion des procédures. La composition de ces commissions montre aussi une volonté de diversifier leurs membres afin de renforcer les gages de transparence dans leurs travaux. Comme le souligne l'Autorité de régulation des marchés publics du Sénégal, c'est *«la composition d'une commission des marchés qui garantit l'intangibilité des principes en matière de passation de marchés publics et le respect des incompatibilités en matière de gestion des marchés publics»*⁸³². Au-delà, la diversification des membres permet aussi de parvenir à une décision d'attribution résultant d'un véritable débat et de choix objectifs. Dès lors, ce dispositif est particulièrement important pour les commissions des marchés des collectivités locales dont les décisions ne seront pas, de ce fait, que l'opinion de la majorité. Toutefois, ainsi qu'il a pu être constaté, cette diversification conduit à des incompatibilités avec certains des préceptes qui sont à la base de la réglementation et plus précisément celui de la séparation des organes de passation et de contrôle.

Le renouvellement des commissions chargées de l'analyse des offres afin qu'elles répondent aux exigences découlant de l'application des principes de transparence, de

⁸³⁰ *Ibidem*. Article 7 et s.

⁸³¹ Décret n° 2008-173 portant code des marchés publics au Burkina Faso, *op. cit.*, article 96

⁸³² ARMP du Sénégal, Avis n° 004/12/ARMP/CRD du 03 avril 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la Direction centrale des marchés publics concernant la conformité de certaines commissions des marchés aux dispositions de l'arrêté n°11588 du 28 décembre 2007 pris en application de l'article 36 du code des marchés publics:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=212:avis-nd-00412armpcrd-du-03-avril-2012&Itemid=216

liberté d'accès et d'égalité de traitement se prolonge à travers leur mode de fonctionnement.

2. Des modes de fonctionnement visant à garantir la transparence des procédures et l'égalité de traitement des candidats

Le formalisme est la caractéristique majeure du fonctionnement des commissions chargées d'analyser les offres et d'attribuer les marchés passés par appel d'offres ouvert.

Dans la législation sénégalaise, c'est l'autorité contractante qui nomme par arrêté ou par décision le président ainsi que tous les autres membres de la commission des marchés et leurs suppléants⁸³³. Ces nominations sont ensuite soumises à l'organe central de contrôle des marchés, pour approbation. L'autorité contractante désigne aussi le rapporteur de la commission parmi les membres de la cellule de passation. S'agissant du fonctionnement proprement dit des commissions, plus de la moitié des membres ayant voix délibérative doit être présent pour que le quorum soit atteint, lorsque la réunion a pour objet l'adoption des rapports d'évaluation et des procès verbaux d'attribution provisoire. Si à la suite d'une première convocation, le quorum n'est pas atteint, une seconde convocation est adressée aux membres et la présence de deux membres dont un représentant l'autorité contractante suffit pour que la commission puisse se réunir. Lorsque le but de la réunion est l'ouverture des plis, la présence du président, du secrétaire ainsi que des soumissionnaires suffit.

Aspect important de la procédure devant les commissions, l'ouverture des plis et le dépouillement des offres se font en séances publiques. Aux termes de l'article 67 du Code des marchés publics du Sénégal, «le nom de chaque candidat, le montant de chaque offre, la présence ou l'absence de garantie de soumission, les rabais éventuels ainsi que toute autre information que l'autorité contractante peut juger utile de faire connaître, sont lus à haute voix lors de l'ouverture des plis». Cette exigence venue du droit

⁸³³ Arrêté n° 00864 du 22 janvier 2015, *op. cit.*, Article 3.

communautaire⁸³⁴, a été transposée par les autres Etats de l'UEMOA⁸³⁵. Néanmoins, les délibérations des commissions des marchés se font à huis clos et ses membres sont tenus de respecter la confidentialité des informations.

Dans la législation du Burkina Faso, la commission d'attribution se réunit après la sous-commission technique lorsque le marché est passé par appel d'offres ou pour les demandes de proposition. Elle délibère en séance unique et ses décisions sont prises à la majorité simple des voix⁸³⁶. En cas de partage des voix, celle du président de la commission est prépondérante. Chaque séance doit faire l'objet d'un procès verbal signé par tous les membres présents.

Le dispositif prévoit aussi, en cas de désaccord entre la proposition faite par la sous-commission technique et la commission d'attribution, que le rapport d'analyse de ce premier et la délibération de la commission d'attribution soient transmis à la Direction générale des marchés publics. La question qui se pose ici est de savoir si la direction générale des marchés dans cette situation choisit l'attributaire ou bien fait les observations nécessaires et renvoie le dossier à la commission d'attribution? La réglementation ne fournit pas de réponse expresse à cette question. Mais l'économie générale du dispositif laisse penser que c'est la seconde option qui est appliquée.

Le formalisme qui entoure le fonctionnement des commissions de passation est également appliqué à propos des COJO en Côte d'Ivoire. Les règles de quorum s'imposent à elles. L'article 44 du Code des marchés publics prévoit à cet égard que «la Commission peut valablement siéger à la demande de la majorité des membres présents avec voix délibérative, en présence d'au moins trois membres dont l'autorité contractante. Si ce quorum n'est pas atteint, la séance est reportée à une date déterminée d'un commun

⁸³⁴ Directive 04/2005 du 9 décembre 2005, *op. cit.*, article 57.

⁸³⁵ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant code des marchés publics en Côte d'Ivoire, *op. cit.*, article 69-3. Décret n° 2008-173 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, article 94. Loi n° 2009-02 du 7 août, portant code des marchés publics et des délégations de service public en République de Bénin, *op. cit.*, article 76.

⁸³⁶ Arrêté 2010-247/MEF/CAB du 5 juillet 2010, *op. cit.*, Article 13.

accord. Cette séance doit se tenir dans les huit jours qui suivent la date du report. La Commission est valablement réunie à cette deuxième séance avec la présence d'au moins deux de ses membres, dont nécessairement l'autorité contractante». De même qu'au Sénégal et au Burkina Faso, les délibérations des COJO sont secrètes et tous les membres à l'exception du maître d'œuvre, votent avec voix délibérative. Bien que la décision de la COJO soit indivisible, ses membres peuvent émettre des réserves dans le procès verbal de jugement⁸³⁷.

Les règles de fonctionnement des commissions qui permettent de garantir la transparence des procédures et l'égalité des soumissionnaires sont complétées par des mesures qui s'imposent aux membres, dans le même but.

Ainsi, l'indépendance⁸³⁸ et la probité sont les principes directeurs qui s'imposent aux membres des commissions de passation, des commissions d'attribution et des COJO. Pour appliquer ces deux règles, le Code des marchés publics du Sénégal impose aux membres des commissions des marchés de signer une déclaration attestant qu'ils ont pris connaissance de la charte d'éthique et de transparence instituée par le décret du 22 juin 2005⁸³⁹. L'article 40 du Code pose une obligation de déclaration de conflit d'intérêts à la charge des membres des commissions de passation. Aussi, *«toute personne qui a*

⁸³⁷ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant code des marchés publics en Côte d'Ivoire, *op. cit.*, article 45-6.

⁸³⁸ Selon l'organe de règlement des différends placés au près de l'ANRMP, l'indépendance des COJO signifie que *«les décisions d'attribution d'un marché public relèvent de la compétence exclusive de la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO), et qu'aucune autorité ne saurait ni se substituer à cet organe pour procéder à des attributions, ni lui imposer des décisions»* Partant de là, il a prononcé la nullité d'une délibération au motif que l'intervention de la tutelle de l'autorité contractante dans les travaux de la COJO pour demander au bailleur de fonds de donner son avis de non objection sur le choix du groupement classé premier et le fait que la décision finale de la COJO n'ait fait qu'entériner le choix du bailleur qui était différent de la sienne montre que la COJO n'a pas pris sa décision en toute indépendance. ANRMP de la Côte d'Ivoire, Décision n° 025/2012/ANRMP/CRS du 02 novembre 2012 portant appréciation de la régularité de la procédure de passation de l'appel d'offres T58/2012 portant sur les travaux de construction du barrage de Moulongo et l'aménagement de la prairie en aval, organisé par l'Office national de développement de la riziculture (ONDR), <http://anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968>

⁸³⁹ Décret n° 2005-576 du 22 juin 2005 portant Charte de transparence et d'éthique en matière de marchés publics au Sénégal, *op. cit.* Voir aussi l'arrêté n° 00861 du 22 janvier 2015 fixant le modèle d'engagement des candidats à respecter les dispositions de la charte de transparence et d'éthique en matière de marchés publics pris en application de l'article 44-f du Code des Marchés publics.

personnellement ou par l'intermédiaire de son conjoint ou de ses ascendants ou descendants un intérêt direct ou indirect, notamment en tant que dirigeant, associé ou employé, dans une entreprise candidate à un marché examiné par la commission à laquelle elle appartient, doit en faire la déclaration, se retirer de la commission et s'abstenir de participer à toutes opérations d'attribution du marché considéré».

Les membres des commissions d'attribution des marchés dans la législation du Burkina Faso sont soumis à des exigences identiques. Il y'a notamment une incompatibilité entre les fonctions de membre d'une sous-commission technique et celles de membres de commissions d'attribution.

Dans la législation ivoirienne, les membres des COJO en situation de conflit d'intérêts parce qu'ayant des parts dans une entreprise ou ayant connaissance de faits pouvant compromettre leur indépendance, doivent en informer le président de la commission et se récuser. S'ils ne le font pas, les autres membres informés de la situation doivent demander la récusation de leurs collègues en situation de conflit d'intérêts⁸⁴⁰. La violation de ce dispositif est sanctionnée par la nullité de la procédure.

Le formalisme qui entoure la tenue des séances de ces commissions et les obligations qui s'imposent à leurs membres, visent à assainir le travail des commissions des marchés et à réduire à défaut de les éradiquer les faits de favoritisme ou autres pratiques qui nuisent à la concurrence⁸⁴¹. Ils sont à la hauteur de l'importance de cet organe dans une procédure de passation d'un contrat. Des travaux des commissions de marchés dépendent en grande partie la légalité de la procédure d'appel d'offres. Toute faute de leur part, qu'elle soit intentionnelle ou non, est une cause potentielle de remise en cause de la validité juridique de la procédure de passation.

⁸⁴⁰ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant code des marchés publics en Côte d'Ivoire, *op. cit.* article 44.

⁸⁴¹ Pour une illustration, voir Giorgio BLUNDO, «Dessus-de-table: la corruption quotidienne dans la passation des marchés publics locaux au Sénégal», *Politique africaine*, 2001, pp. 79-97.

Toutefois, les mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement des commissions de passation trouvent des limites aux origines diverses.

3. Des limites à l'application des dispositifs relatifs aux commissions chargées de l'analyse des offres

Certaines de ces limites résultent de l'application, selon les termes du comité de règlement des différends de l'ARMP du Sénégal, du «principe d'efficacité»⁸⁴², nous dirons du principe de réalité. Les exigences qu'imposent les nouvelles réglementations des marchés publics pour la constitution des commissions de passation sont certes louables, mais elles butent souvent sur le manque d'effectifs qualifiés des administrations. Face à cela, les organes de régulation admettent souvent que la constitution des commissions de passation puisse déroger aux textes et être adaptée à la réalité des administrations publiques.

En guise d'exemple, la présidente de l'Observatoire national de la parité au Sénégal avait saisi le comité de règlement des différends d'une demande ayant pour but de l'autoriser à constituer une commission et une cellule de passation des marchés. Pour la commission de passation, sur les trois membres, deux membres et leurs suppléants ont été désignés parmi les membres du conseil d'orientation de l'observatoire. Pour la cellule, de passation, son coordonnateur est aussi désigné parmi les membres de ce conseil. La requérante justifiait cette composition de la commission et de la cellule par le manque d'effectifs nécessaires pour constituer une commission et une cellule de passation conformément aux prescriptions réglementaires.

⁸⁴² ARMP du Sénégal, Décision n° 146/13/ARMP/CRD du 12 juin 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la demande de l'Observatoire national de la parité relative à la composition de la commission et de la cellule de passation des marchés:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=527:decision-nd-14613armprcd-du-12-juin-2013&Itemid=554.

Voir aussi, ARMP du Sénégal, Décision n° 302/13/ARMP/CRD du 02 octobre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de l'Agence d'assistance à la sécurité de proximité demandant l'autorisation de recourir aux services de la commission des marchés du ministère de l'intérieur:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=690:decision-nd-30213armprcd-du-02-octobre-2013&Itemid=724

L'ARMP relève d'abord que ni la composition de la Cellule de passation des marchés, ni celle de la commission des marchés n'étaient conformes aux textes réglementaires en vigueur. L'Observatoire National de la Parité étant une personne morale de droit public, placée sous l'autorité du président de la République, elle doit être représentée dans la commission de passation par quatre membres à savoir le président de l'observatoire, le directeur financier ou son représentant, le responsable des services techniques ou son représentant, le responsable chargé des approvisionnements et marchés ou son représentant⁸⁴³. Mais l'organe de règlement des différends accepta l'argument tiré du manque d'effectif et jugea alors *«qu'il y a lieu de tenir compte des principes d'efficacité pour permettre à l'ONP de lancer ses commandes et d'exécuter ses missions»* en s'appuyant sur les membres du Conseil d'orientation pour constituer la commission des marchés et la cellule de passation des marchés⁸⁴⁴.

En dérogeant aux règles de composition des commissions, les autorités portent atteinte aux principes de transparence et d'égalité qui les fondent. Mais le respect de ces principes peut être rétabli à condition que les contrôles en amont de la procédure et en aval de celle-ci soient effectivement et efficacement réalisés par les organes compétents.

Les contraintes qui pèsent sur le fonctionnement des commissions de marchés peuvent également résulter de l'origine du financement du marché. Un marché financé au

⁸⁴³ Conformément à l'arrêté n° 012786 du 26 décembre 2012 du Ministre de l'Economie et des Finances, fixant le nombre et les conditions de désignation des membres des commissions des marchés des autorités contractantes pris en application de l'article 36 (1) du Code des Marchés publics, *J.O.* n° 6756 du samedi 2 Novembre 2013 (abrogé et remplacé par l'arrêté n° 00864 du 22 janvier 2015, *op. cit.*)

⁸⁴⁴ Pour d'autres décisions allant dans le sens d'un accommodement de la composition des commissions de passation avec la réalité des autorités contractantes, voir ARMP du Sénégal, Décision n° 280/13/ARMP/CRD du 11 septembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de l'Agence pour l'économie et la maîtrise de l'énergie (AEME) sollicitant la validation de la composition de sa commission des marchés,

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=668:decision-nd-28013armprcd-du-11-septembre-2013&Itemid=702

Voir aussi: ARMP du Sénégal, Décision n° 190/13/ARMP/CRD du 17 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la demande d'autorisation de l'Agence nationale pour les énergies renouvelables de mettre en place une commission des marchés sans suppléants pour l'année budgétaire 2013, pour insuffisance de personnel:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=572:decision-nd-19013armprcd-du-17juillet-2013&Itemid=600

titre du Fonds européen de développement ne peut être attribué qu'aux entreprises issues des Etats signataires de l'Accord de Cotonou. De même lorsque le financement provient des banques multilatérales de développement, la concurrence est certes plus ouverte mais l'attributaire doit être issu d'un pays membre de la Banque multilatérale de développement. Dans le cas de la Banque mondiale par exemple, à l'exception de Taïwan, seuls les entreprises ressortissant des Etats membres de la BIRD et du FMI peuvent soumissionner⁸⁴⁵. Dans le cadre du financement bilatéral d'un projet, la commission de passation est également limitée dans son choix, dans la mesure où de façon implicite ou explicite, le bailleur attend que le marché soit attribué à un de ses ressortissants. Comme l'expliquait un responsable camerounais, *«vous n'allez pas prendre l'argent de la caisse française de développement, pour qu'une entreprise brésilienne vienne exécuter le marché. Si vous le faites, la prochaine fois, vous aurez du mal à avoir le financement ou vous l'aurez sous la condition explicite que le marché soit attribué à une entreprise du pays d'origine»*⁸⁴⁶.

Les contraintes imposées par certaines conventions de financement et la confrontation des exigences du droit des marchés publics à la réalité du fonctionnement des collectivités publiques, font ainsi apparaître des obstacles susceptibles de remettre en question les exigences découlant de l'application des principes de la commande publique.

Pour renforcer l'organigramme des instances en charge de la passation des marchés publics les fonctions remplies par les personnes responsables du marché et les commissions d'analyse des offres dans les procédures de passation sont complétées par une troisième fonction, celle d'approbation des marchés attribués.

⁸⁴⁵ Voir Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Directives passation des marchés de fournitures, de travaux et de services (autres que les services de consultants) par les emprunteurs de la Banque mondiale dans le cadre des prêts de la BIRD et des Crédits et Dons de l'AID*, op. cit., paragraphe 1.8 et la note de bas de page 12.

⁸⁴⁶ Thomas BIDJA NKOTTO, op. cit. p. 210.

C. LA DISSOCIATION ENTRE ORGANE CHARGE DE LA SIGNATURE ET AUTORITE D'APPROBATION

L'article 46 du décret du 6 août 2009 portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire, pose un principe que l'on peut définir comme étant le principe général sur lequel se fondent les dispositifs relatifs à l'approbation des marchés publics: *«la signature et l'approbation des marchés publics ne peuvent jamais être le fait de la même autorité quelle que soit la personne morale publique ou privée en cause»*.

Le marché signé n'est qu'un projet de contrat. Pour qu'il devienne un contrat, il faut que l'Autorité compétente approuve le marché. Instrument de lutte contre la course à la signature, l'acte d'approbation est *«la formalité administrative nécessaire pour donner effet au marché public»*. Il marque l'entrée en vigueur du contrat autrement dit, *«le début des obligations juridiques d'exécution»*⁸⁴⁷. C'est ce qui ressort tant de l'article 118 du décret n° 2008-173 portant Code des marchés publics au Burkina Faso, que de l'article 44 du Code des obligations de l'administration du Sénégal.

Selon cette disposition du COA, *«lorsque le contrat est soumis à l'approbation d'une autorité administrative autre que celle qui contracte, il ne peut produire d'effet qu'après cette approbation»*. Se fondant sur la répartition des compétences à laquelle procède cette disposition, l'organe de règlement des différends conclut à la nullité d'un marché approuvé par le directeur de l'établissement public qui était l'autorité contractante alors que la compétence d'approbation revenait au Ministre chargé des finances⁸⁴⁸. Il résulte aussi de l'obligation de faire approuver un marché, qu'un contrat non approuvé est

⁸⁴⁷ Décret 2008-173, *op. cit.*, article 118: *«Le marché entre en vigueur dès son approbation par l'autorité compétente. L'entrée en vigueur du marché marque le début des obligations juridiques d'exécution»*.

⁸⁴⁸ ARMP du Sénégal, Avis n° 003/ARMP/CRD du 18 septembre 2008 du Comité de règlement des différends statuant en commission des litiges sur la demande de régularisation du marché n° 3072/HPD/MAT/CM du 17/12/2007 relatif à la réhabilitation et l'extension des services médicaux de l'hôpital principal de Dakar.

http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=258&Itemid=275

considéré comme n'ayant jamais existé. Il ne peut être régularisé et ne peut fonder la responsabilité d'aucune des parties. Il est nul de nullité absolue⁸⁴⁹.

Concernant les autorités chargées de l'approbation, en Côte d'Ivoire, une distinction est faite entre les autorités approbatrices et les organes approbateurs. Les premiers sont le ministre de l'économie et des finances⁸⁵⁰, le ministre de tutelle⁸⁵¹ et le préfet⁸⁵². Quant aux organes approbateurs, il s'agit des Conseils d'administration pour les marchés des sociétés d'Etat et des sociétés à participation financière publique majoritaire⁸⁵³. Le manuel de procédures du Code des marchés publics publié en 2014 par le Ministère en charge du budget distingue deux organes approbateurs au sein des collectivités locales.

D'une part les Conseils des collectivités locales qui approuvent les délibérations portant sur les marchés des districts, des régions et des communes supérieurs ou égaux à 100 millions de FCFA. D'autre part, le Bureau exécutif de la collectivité qui approuve par avis, les marchés dont le montant est inférieur à ce seuil. L'approbation doit intervenir dans un délai de sept jours à compter de la transmission du dossier⁸⁵⁴. Toutefois, pour ne pas

⁸⁴⁹ ARMP du Sénégal, Avis n° 004/10/ARMP/CRD du 24 février 2010 du Comité de règlement des différends statuant en commission litige sur la demande d'avis du Centre des œuvres universitaires de Dakar (COUD) pour procéder à l'approbation, suite à l'avis défavorable de la DCMP, du marché exécuté par anticipation relatif à l'exploitation du restaurant EPT de Thiès au titre de la gestion 2008 et 2009. http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=243&Itemid=275

⁸⁵⁰ Il résulte de l'article 47-2: du code des marchés publics et de l'article 10 de l'arrêté n° 200 MEF/DGBF/DMP du 21 avril 2010 portant fixation des seuils de passation, de validation et d'approbation dans la procédure des marchés publics, *op. cit.* que le Ministre en charge des marchés publics approuve tous les marchés de l'Etat, les marchés passés dans le cadre de projets, ou ceux des établissements publics nationaux d'un montant supérieur ou égal à 100 000 000 de FCFA.

⁸⁵¹ Selon l'article 47-2 du code, le Ministre de tutelle de l'autorité contractante approuve les marchés des services centraux, des projets ou des établissements publics nationaux d'un montant inférieur à 100 000 000

⁸⁵² Article 42-3: Le Préfet du département approuve les marchés des services extérieurs des administrations centrales, ainsi que ceux des établissements publics nationaux et des projets situés en région.

⁸⁵³ Ils sont aussi compétents pour approuver les marchés passés par des personnes de droit privé agissant pour le compte de l'Etat ou d'une personne morale de droit public ou d'une société d'Etat, et les marchés des personnes de droit privé bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat d'une personne morale de droit public ou d'une société d'Etat (Article 47-5 du code des marchés publics).

⁸⁵⁴ Article 81-1 (nouveau) du décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant code des marchés publics modifié par le décret n° 2014-306 du 27 mai 2014, *op. cit.*

être en porte à faux par rapport à la loi du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales⁸⁵⁵, le manuel de procédures devrait indiquer que les délibérations approuvant les marchés doivent être soumises à la tutelle.

L'attribution des compétences en matière d'approbation suit la même logique dans la législation du Burkina Faso. Le ministre en charge du budget ordonnateur principal des dépenses de l'Etat approuve les marchés de l'Etat d'un montant inférieur à un milliard de francs CFA. Au delà de ce montant, la compétence d'approbation des marchés est dévolue au Conseil des ministres⁸⁵⁶. Au niveau local, les organes des collectivités sont responsables de l'approbation des marchés publics locaux⁸⁵⁷. Les organes déconcentrés n'intervenant dans l'approbation que lorsque le marché est financé sur les crédits délégués de l'Etat⁸⁵⁸. Cette dernière disposition peut aussi induire en erreur car pour être exécutoire, la délibération du conseil régional ou municipal doit être soumise à l'approbation de l'autorité de tutelle⁸⁵⁹.

L'intervention des représentants de l'Etat dans l'approbation des marchés des collectivités locales est aussi très importante dans la législation sénégalaise. En guise d'exemple, selon l'article 29 du Code des marchés publics, les marchés des régions, à l'exception de la région de Dakar, d'un montant inférieur à 100 000 000 sont approuvés

⁸⁵⁵ Loi n° 2012-1128 du 13 décembre 2012 *op. cit.*

⁸⁵⁶ Décret n° 2008-173, *op. cit.* article 110

⁸⁵⁷ *Ibidem.*, Article 111 «*Les travaux de la commission régionale d'attribution des marchés sont soumis à l'approbation du Président du Conseil régional pour les marchés financés sur le budget de la Région ou du Conseil régional suivant un seuil défini par une délibération du Conseil régional. En cas de désaccord entre le Président du Conseil régional et la Commission d'attribution des marchés, l'approbation des travaux relève de la compétence du Conseil régional.*».

Article 112: «*Les travaux de la commission communale d'attribution des marchés sont soumis à l'approbation soit du maire soit du Conseil municipal suivant un seuil défini par une délibération du Conseil municipal. En cas de désaccord entre le Maire et la commission communale d'attribution des marchés, l'approbation des travaux relève de la compétence du Conseil municipal.*».

⁸⁵⁸ *Ibidem.*, Article 111: «*Les travaux des commissions d'attribution des marchés de la région et de la province qui sont financés sur les crédits délégués de l'Etat sont soumis respectivement à l'approbation du gouverneur et du haut commissaire.*».

⁸⁵⁹ Article 150 et article 229 Loi n° 055-2004/AN du 21 décembre 2004 portant code général des collectivités territoriales au Burkina Faso, JO spécial n° 2 du 20/4/2005 (modifiée par les lois 040-2005/AN du 29/11/2005, art. 1 (JO n° 51/2005), 021-2006/AN du 14/11/2006, art. 1 (JO n° 50/2006) et 065-2009 du 9/12/2009, art. 1 (JO n°10/2010).

par le gouverneur. Sont également approuvés par le représentant de l'Etat, en l'occurrence le préfet, les marchés d'un montant égal ou supérieur à 50 000 000 passés par les villes de la région de Dakar, les communes chefs-lieux de région et les communes d'un budget égal ou supérieur à 300.000.000 FCFA. Le préfet approuve aussi les marchés des autres communes atteignant ou dépassant le seuil de 15.000.000 FCFA.

La soumission des marchés au représentant de l'Etat fait partie des exceptions limitatives que les lois successives relatives au Code des Collectivités locales apporte à la libre administration des collectivités territoriales au Sénégal et plus précisément au caractère exécutoire de plein droit de leurs actes⁸⁶⁰. La décision de l'autorité d'approbation doit intervenir dans un délai d'un mois conformément à l'article 245 du Code des collectivités territoriales et à l'article 85 du Code des marchés publics. Ce dernier texte précise qu'en cas de refus d'approbation, la décision peut faire l'objet d'un recours devant le comité de règlement des différends. Il suit de là que cette dérogation à la libre administration des collectivités locales est strictement encadrée.

En plus, la directive de l'UEMOA, prévoit que l'absence ou l'insuffisance de crédits sont les seuls motifs pour lesquels l'autorité d'approbation peut refuser d'apposer son visa au contrat⁸⁶¹. Les autorités burkinabè ont repris les mêmes motifs de refus d'approbation auxquels elles ont ajouté le non respect du délai de validité de l'offre de l'attributaire⁸⁶². Le législateur sénégalais a assoupli cette règle et ne reconnaît que l'absence de document attestant de l'existence de crédits suffisants comme motifs du refus d'approbation.

Certains auteurs estiment que sur ce point le dispositif sénégalais est insuffisant. Selon eux les motifs de rejet doivent être étendus à la constatation par l'autorité d'approbation des violations aux règles garantissant la liberté d'accès ou la mise en

⁸⁶⁰ Loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code général des Collectivités locales, *op. cit.* article 243. Tel été aussi le cas avec la loi n° 96-06 du 22 mars 1996 portant Code des Collectivités locales au Sénégal

⁸⁶¹ Directive n° 04/2005 du 9 décembre 2005, *op. cit.* Article 68.

⁸⁶² Décret n° 2008 -173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, article 116 in fine

concurrence lors de la passation du contrat⁸⁶³. Mais, abonder dans ce sens c'est méconnaître la fonction principale du mécanisme de l'approbation. Plus qu'une simple étape de la procédure de passation, l'approbation du marché est un véritable mécanisme de contrôle de la dépense publique. Son but est de permettre à l'autorité compétente de «s'assurer de la régularité financière du marché»⁸⁶⁴. Dès lors, faire du représentant de l'Etat le contrôleur non pas des règles budgétaires mais des règles de la passation, reviendrait à superposer une autorité de contrôle à celles qui existent déjà et qui ont été expressément instituées pour jouer ce rôle. Le conflit des compétences qui en résulterait ne ferait que rendre encore plus complexe l'architecture institutionnelle du contrôle des contrats de la commande publique.

L'étude des organes qui participent à la passation des marchés publics dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, révèle une volonté de rationalisation à travers une séparation des organes et des fonctions dans certains Etats et une concentration des pouvoirs dans d'autres. Dans tous les cas, le modèle d'organisation adoptée vise à rendre effectifs les principes de la commande publique. Mais l'analyse des dispositifs permet de voir que la décentralisation des compétences répond le mieux à cette exigence.

La refondation des règles de compétences applicables à la passation des marchés publics est à la fois un préalable et un complément utile à la réécriture des procédures de passation sur la base des principes de la commande publique. Cette refondation qui est au cœur des réformes se concrétise par la consécration de l'appel d'offres comme procédure de passation de droit commun des marchés. Mais cette rénovation importante reste perfectible.

⁸⁶³ Issakha NDIAYE, *Guide de la passation des marchés publics au Sénégal*, Paris, L'harmattan, 2011, p. 144

⁸⁶⁴ Christiane DJE BI DJE, *op. cit.* p. 124.

SECTION II. LA MISE EN ŒUVRE DES EXIGENCES DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT DANS LES MARCHES PUBLICS

Dans tous les textes étudiés, l'appel d'offres ouvert est la procédure de passation de droit commun des marchés publics⁸⁶⁵. Elle est enfermée dans des limites clairement posées et dont le respect fait l'objet d'un contrôle par les organes investis de cette mission. La procédure d'appel d'offres est l'expression d'une idée: celle de concurrence. Sa généralisation est la manifestation la plus explicite d'une démarche visant à garantir une parfaite intégration et une pleine effectivité de l'idéologie concurrentielle dans les procédures contractuelles. La traduction matérielle de cette idée de concurrence se fait à travers les règles qui permettent de donner un plein effet aux principes matriciels⁸⁶⁶ de transparence (§I), de liberté d'accès à la commande publique (§II), d'égalité (§II) qui par la passé était peu ou pas respecté. L'étude de la procédure d'appel d'offres va permettre de mesurer leur portée et leurs limites

§ 1. LA TRADUCTION MATERIELLE DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

⁸⁶⁵Cette affirmation, doit être nuancée en ce qui concerne le Cameroun où l'appel d'offres restreint est considéré comme une procédure de passation de droit commun. Dans le décret du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics, la différence entre l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint réside juste dans le fait que dans le premier, les candidatures et les offres sont déposées en même temps alors dans l'appel d'offres restreint les candidatures sont d'abord acceptées et les offres déposées après car il y a une limitation des candidats admis à présenter une offre. Cette différence ne doit pas cacher la similitude qui existe entre elles. En plus les principes, dont la mise en œuvre et la véritable portée sont analysées, se déploient avec la même consistance dans les deux procédures. En d'autres termes, dans la procédure d'appel d'offres restreint telle qu'elle est consacrée en droit camerounais, les principes de la commande publique ne subissent aucune altération qu'ils n'auraient éventuellement subi dans la procédure d'appel d'offres ouvert. L'appel d'offres restreint en droit camerounais obéit au même schéma qu'en droit français. Voir Jacques BIAKAN, *Droit des marchés publics au Cameroun: contribution à l'étude des contrats publics*, op. cit. p. 64 et s. Philippe ZAVOLI «Appel d'offres», *JurisClasseur Contrats et Marchés Public*, Fasc. 61-10 (Mise à jour au 5 septembre 2014).

⁸⁶⁶Les professeurs MATHIEU et VERPEAUX définissent les principes matriciels comme étant des «principes majeurs» qui constituent le soubassement d'un système et auquel sont rattachés d'autres principes qui en sont le corollaire ou en développent la portée. Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2010 p. 422. Lorsqu'on applique cette analyse à la commande publique, les principes de transparence, de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement en sont les principes majeurs. Les principes d'objectivité des procédures, de concurrence, d'économie et d'efficacité de la dépense publique, et même d'équilibre économique et financier, auxquels se réfèrent les textes, se déduisent de l'application des principes matriciels.

La transparence est omniprésente dès que l'on pénètre dans le domaine des marchés publics. Le principe de transparence est consacré dans les réglementations relatives aux marchés publics et au-delà, elle trouve ses sources dans de multiples textes internes et internationaux.

Les Etats de l'UEMOA partagent une base supranationale commune qui consacre expressément la transparence dans les contrats de la commande publique, il s'agit du Code de transparence dans la gestion des finances publiques⁸⁶⁷. A la suite de ce texte, certains Etats membres ont adopté des Codes et charte d'éthique visant à moraliser le secteur de la commande publique et à y encrer la transparence⁸⁶⁸. Le règlement de Conseil des ministres de la CEMAC portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres⁸⁶⁹ fait partie des textes qui confèrent une base juridique supranationale à la transparence dans les marchés publics au Cameroun en particulier et aux Etats de la CEMAC en général⁸⁷⁰. La consécration de la transparence par les textes situés de rang supranational ou constitutionnel et le rôle qui lui est assigné dans la gestion des ressources financières des Etats contribuent pour beaucoup à la prospérité de ce principe.

Aujourd'hui les fonctions attribuées à la transparence dans l'action de l'administration sont multiples. Elles sont toutes aussi nombreuses dans le domaine particulier des contrats de la commande publique⁸⁷¹. Pour notre étude, elle sera

⁸⁶⁷Directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA, *op. cit.*

⁸⁶⁸Voir notamment l'Arrêté n°106/MEF du 13 juillet 2011 portant Code de déontologie en matière de marché public et de délégation des services publics en Côte d'Ivoire, publié sur le portail des marchés publics en Côte d'Ivoire: <http://www.dmp.finances.gouv.ci/pdf/Arrete106.pdf> (consulté le 17/ 10/ 2014); le Décret n° 2005-576 du 22 juin 2005, portant approbation de charte de transparence et d'éthique en matière de marchés publics au Sénégal, *J.O.* N° 6236 du Samedi 20 août 2005, et l'article 29 du COA pose également une obligation générale de respect de l'exigence d'éthique à la charge de tous les acteurs de la passation et de l'exécution des marchés publics.

⁸⁶⁹ Cf Première partie de cette étude.

⁸⁷⁰Règlement n ° 4/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Étatiques Affectant le Commerce entre les États membres», *op. cit.*, article 11 et s

⁸⁷¹Les fonctions reconnues à la transparence dans les contrats administratifs sont diverses et variées, renforçant ainsi sa qualification de principe matricielle. Des articles publiés dans l'ouvrage consacré au droit

appréhendée comme une condition de mise en œuvre de l'idée de concurrence⁸⁷². La transparence, pour reprendre les mots du Professeur MAUGÛE, reçoit aujourd'hui une traduction procédurale et renvoie à la mise en place de règles de publicité et de mise en concurrence lors de la passation des contrats de la commande publique⁸⁷³. Dans la procédure d'appel d'offres, elle est satisfaite par les règles de publicité et d'information⁸⁷⁴. Elle se présente alors pour les autorités contractantes comme une obligation d'information et pour les entreprises, comme un droit d'accès à l'information. De l'analyse des réglementations du Sénégal, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et du Cameroun, il ressort que la mise en œuvre de la transparence à travers la publicité des avis généraux de passation est une obligation communément consacrée (A). Quant à la publication des avis d'appel d'offres qui est la manifestation la plus symptomatique de la transparence, son encadrement reste insuffisante (B). Enfin, la publicité des avis d'attribution et l'obligation

comparé des contrats publics permettent de s'en rendre compte. (Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS (sous la dir. de) *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 1012 p.)

Ainsi, en COLOMBIE par exemple, la transparence est présentée comme un principe qui soutient le «*souci d'impartialité devant la commande publique, le respect du principe d'égalité entre les soumissionnaires et la rationalité de la dépense publique*»: José-Luis BENAVIDES, «Colombie», *Ibidem.* p. 526. En Angleterre et en Pays de Galles, les professeurs CRAIG et TRYBUS, décrivent la conception de la transparence dans ce système en ces termes: «*Transparency can also be understood more as a mean to an end than an end in itself. In other words transparency may be seen as a vehicle for other principles such as competition, value for money, and non-discrimination rather than a principle in itself*»: Paul CRAIG et Martin TRYBUS, «Angleterre et Pays de Galles», *Ibidem.*, p. 347.

Dans son article, Shivani RATRA («Inde», *Ibidem.* p. 705 et s) est revenue sur la décision de la Cour suprême indienne du 7 décembre 2006 dans laquelle celle-ci confirme l'exigence de transparence et de concurrence dans les contrats publics, qui trouve son fondement à l'article 14 de la constitution indienne. Elle fournit dans ce jugement, une liste différente mais tout aussi exhaustive des fonctions assignées à la transparence dans la passation des marchés. Selon elle, «*The award of Government contracts through public-auction/public tender is to ensure transparency in the public procurement, to maximise economy and efficiency in Government procurement, to promote healthy competition among the tenderers, to provide for fair and equitable treatment of all tenderers, and to eliminate irregularities, interference and corrupt practices by the authorities concerned. This is required by Article 14 of the Constitution*»: Supreme court of India, 7/ 12/ 2006, Nagar Nigam, Meerut v/ Al Faheem Meat Exports Pvt Ltd: <http://www.buylawsindia.com/Judgment%20dated%207-12-2006.pdf> (consulté le 26/10/2014)

⁸⁷² En ce sens, Christine MAUGÛE, «La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics», in *Mouvement du droit public: du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits: Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, p. 610.

⁸⁷³ *Ibidem.*

⁸⁷⁴ D'ailleurs, dans beaucoup d'études on parle de principe de publicité à la place du principe transparence. Pierre DELVOLVE, «Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique», *Actes du colloque sur Les grands enjeux du partenariat public-privé*, organisé par le centre d'études et de recherches sur la construction et le logement, *Revue de droit immobilier*, nov.-déc. 2003, pp 481-497.

de transmission des procès verbaux sont des obligations à la charge de l'autorité contractante. Mais leur portée est diversement interprétée (C).

A. L'OBLIGATION DE PUBLICATION DES AVIS GENERAUX DE PASSATION: UNE EXIGENCE COMMUNEMENT RECONNUE

La publicité débute avec celle des plans de passation. C'est une formalité visant à prévenir les entreprises des projets de passation. Son but est de ne pas fausser la concurrence entre elles. La publicité des avis généraux participe aussi à la rationalité de la dépense publique car sa mise en œuvre implique que les autorités contractantes procèdent d'abord à la programmation de leurs marchés. A travers, cette obligation, les Codes des marchés publics du Sénégal, du Cameroun, du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire imposent aux autorités contractantes l'obligation de planifier la passation de leurs contrats.

La planification est la programmation de l'ensemble des besoins de l'autorité contractante exprimés en fonction de leur nature et de leur étendue⁸⁷⁵. Ces besoins sont ensuite définis en termes de marchés à passer au cours de l'exercice budgétaire. L'ensemble de ces marchés est consigné dans un document appelé plan de passation⁸⁷⁶. En principe, le plan de passation ne peut contenir que des marchés dont l'exécution est limitée à l'année budgétaire.

Au Sénégal, c'est l'article 6 du Code des marchés publics qui impose cette obligation aux autorités contractantes. Les projets de marchés sont consignés dans un plan de passation dont le modèle est élaboré par l'organe de régulation des marchés. Les plans

⁸⁷⁵Définition tirée de l'Arrêté n° 2011-296/MEF/CAB portant obligation d'établissement et procédure d'élaboration des plans annuels de passation des marchés publics et des délégations de service public et composition et fonctionnement des comités chargés de l'examen des plans de passation des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso. Disponible sur le site de l'Autorité de régulation des marchés publics: http://www.armp.bf/images/stories/docs/arretes_autres/arrete_2011_296_mef_cab.pdf (consulté le 17/ 10/ 2014).

⁸⁷⁶ Voir à propos de la portée de cette obligation, Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics, op. cit.* p 278

de passation sont transmis à la direction chargée du contrôle des marchés publics, qui vérifie leur conformité et procède à leur publication dans un délai de trois jours suivant leur réception. Seuls les projets de marchés considérés comme secrets et ceux dont *«l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité lorsque la protection de l'intérêt supérieur de l'Etat l'exige»*, ne peuvent figurer dans les plans de passation des différentes autorités contractantes. Parmi les projets de marchés figurant dans le plan de passation, l'autorité contractante doit sélectionner ceux dont la passation sera soumise à une procédure d'appel d'offres avec un appel public à la concurrence, et les publier au plus tard le 15 janvier de l'année prévue pour leur passation. Tel est l'objet de l'avis général de passation. Le non respect de l'obligation de planifier les marchés est sanctionné par la nullité des procédures de passation⁸⁷⁷.

L'article 18 du décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire prévoit quasiment les mêmes modalités pour l'élaboration et la publication des plans de passation. Le plan prévisionnel de passation des marchés, élaborés par chaque autorité contractante, est transmis à la Direction centrale des marchés publics et à l'Autorité nationale de régulation des marchés qui le publient chacun de son côté. Dans tous les cas, les plans annuels de passation sont publiés dans le Bulletin Officiel des Marchés Publics édité par l'Autorité nationale de régulation des marchés publics (ANRMP) et sur le site Web de la Direction centrale des marchés publics. La sanction prévue en cas de non respect de cette obligation est la même qu'au Sénégal, à savoir la nullité du marché qui n'a pas été planifié⁸⁷⁸.

Une sanction identique est encourue en cas de violation de l'obligation de planifier les marchés prescrite dans la réglementation du Burkina Faso⁸⁷⁹. Chaque ministre administrateur de crédits doit centraliser l'ensemble des projets de plan de passation et les transmettre au ministre en charge du budget qui les adopte après avis du comité chargé de

⁸⁷⁷Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.* article 6.

⁸⁷⁸Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.*, article 18.3.

⁸⁷⁹Décret n° 2008 – 173 du 16 avril 2008, article 53 et 54

l'examen des plans de passation⁸⁸⁰. Après leur adoption les plans de passation sont publiés, suivant les seuils prévisionnels, dans la revue des marchés publics éditée par l'Autorité de régulation des marchés publics.

Au Cameroun, dans la circulaire du 18 avril 2008 relative au respect des règles régissant la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics, le premier ministre est revenu sur cette règle qui dans le Code des marchés publics fait l'objet d'une consécration très sommaire. En effet, l'article 6 de ce texte mentionne très brièvement l'obligation faite aux maîtres d'ouvrage ou aux maîtres d'ouvrage délégués de procéder à la programmation des marchés dont la passation doit donner lieu à un appel à la concurrence⁸⁸¹. Mais, ni ce texte ni l'arrêté du 30 décembre 2005 relative à l'application du Code des marchés publics⁸⁸² ne prévoient de sanction lorsque les maîtres d'ouvrage ne se conforment pas à cette obligation. De plus, la pratique a montré que cette obligation était souvent violée par les maîtres d'ouvrages⁸⁸³. Ceci a conduit les autorités camerounaises à

⁸⁸⁰ A propos de la composition de ces comités, voir les articles 6 à 17 de l'Arrêté n° 2011-296/MEF/CAB portant obligation d'établissement et procédure d'élaboration des plans annuels de passation des marchés publics et des délégations de service public et composition et fonctionnement des comités chargés de l'examen des plans de passation des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, *op. cit.*

⁸⁸¹ Le code des marchés publics se limite à poser la règle: «*La passation des marchés y relatifs [relatifs à un projet] doit faire l'objet d'une programmation par le Maître d'Ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué, en relation avec les services techniques et les administrations compétentes*» (article 6).

⁸⁸² Arrêté n° 004/CAB/PM du 30 décembre 2005 relative à l'application du code des marchés publics, publié sur le site de l'ARMP, www.armp.cm ou de la présidence de la République: <https://www.prc.cm/fr/investir/marches-publics/163-cameroun-l-application-du-code-des-marches> (consulté le 17/10/2014)

⁸⁸³ Aussi, dans la circulaire du 18 avril 2008, le premier ministre est revenu sur les atteintes portées à cette exigence par les maîtres d'ouvrage et les maîtres d'ouvrage délégués. Il relève à cette occasion les effets néfastes qu'une absence ou une mauvaise programmation de la passation des marchés peut avoir sur la gestion publique. Sont ainsi visés la sous consommation des crédits, les faibles taux d'exécution des projets d'investissements publics et la qualité approximative des prestations réalisées. Circulaire N° 003/CAB/PM du 18 avril 2008 relative au respect des règles régissant la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics, disponible sur le site de la primature (consulté le 17/10/2014) <http://www.spm.gov.cm/fr/documentation/textes-legislatifs-et-reglementaires/article/circulaire-n-003cabpm-du-18-avril-2008-relative-au-respect-des-regles-regissant-la-passation-le.html>.

transférer au ministre en charge des marchés publics la compétence de coordination de la programmation des marchés de l'ensemble des autorités contractantes du pays⁸⁸⁴.

L'élaboration des plans de passation et la publication des avis généraux remplissent une fonction d'alerte ou d'information au profit des entreprises qui prennent ainsi connaissance des marchés que les différentes autorités contractantes du pays seront amenées à passer. Elles pourront alors se préparer en conséquence. Dans un espace communautaire comme l'UEMOA, la publication des avis généraux permet de réduire les distorsions liées à la «distance administrative»⁸⁸⁵. En cela, ces deux exigences participent à la promotion de la concurrence entre les opérateurs économiques.

Du point de vue de la personne publique contractante, la programmation des marchés et l'établissement de plans de passation vise à rationaliser les commandes publiques en ce sens qu'elle empêche l'exécution du budget dans l'urgence, ce qui est une porte ouverte aux procédures non concurrentielles. L'autorité contractante est ainsi obligée de se conformer à une règle de base pour tout bon gestionnaire, à savoir la programmation des activités qui engageront les deniers publics⁸⁸⁶. Les avantages de la planification sont nombreux. Il permet notamment de maîtriser les délais de passation et d'exécution des marchés, d'éviter les demandes intempestives de marchés par entente directe à la fin de l'année et les pertes de crédits liées à la clôture de l'exercice budgétaire, d'améliorer le taux de décaissement dans le cas des financements extérieurs, d'accélérer la réalisation des

⁸⁸⁴ En guise d'exemple, pour les marchés inscrits au budget de l'année 2013, le ministre des marchés publics a lancé à Yaoundé l'ouverture des conférences de programmation dans tous le pays le lundi, 25 février 2013. 12 unités de programmation dont une située au ministère des marchés publics, deux dans la région du Centre et une dans chacune des neuf autres régions du Cameroun ont été chargées d'identifier les projets inscrits au budget 2013 et d'établir un calendrier de passation.

⁸⁸⁵ Pierre BRUNELLI, *Marchés publics et Union européenne: les nouvelles règles communautaires*, Paris, Ed. Continent Europe, 1995, p. 92.

⁸⁸⁶ Voir en ce sens Aminata MBODJ, «L'Avis Général de passation des marchés, un instrument de la transparence dans la commande publique...», *Revue des marchés publics* du Sénégal, n°12, 2013, p.3.

projets de développement⁸⁸⁷. On l'aura compris l'établissement d'un plan de passation sert autant à la protection de la concurrence qu'à la protection des deniers publics.

L'obligation de publier les avis généraux de passation est communément reconnue dans les législations étudiées et constitue une première traduction de la transparence dans les procédures de passation. Toutefois les plans de passation ne sont que des prévisions, la concrétisation des projets de marchés n'est pas une obligation pour les autorités contractantes et les maîtres d'ouvrage. Partant de là, aussi importante que puisse être la publication des avis généraux, le «*domaine d'élection de la transparence*» reste la publicité des avis d'appel d'offres.

B. LA PUBLICITE DES AVIS D'APPEL D'OFFRES: UNE CONDITION DE LA TRANSPARENCE INSUFFISAMMENT ENCADREE

La publicité de l'avis de passation soulève deux questions fondamentales: celle du contenu de l'avis et celle du support de publicité. Sur le premier point, les mentions obligatoires méritent d'être renforcées (1). Alors qu'en ce qui concerne le support de la publicité, en dépit de certaines lacunes, force est de constater qu'il y'a une conformité globale à l'exigence de large diffusion des avis de publicité (2)

1. La nécessité de renforcer les mentions obligatoires figurant dans l'avis de publicité

Premier acte public de la procédure de passation par appel d'offres, la publicité obligatoire des avis d'appel public à la concurrence est une règle prévue par tous les textes relatifs aux marchés publics. Mais il ne suffit pas de prévoir le dispositif, encore faut-il que dans sa conception et sa mise en œuvre, elle puisse garantir la transparence et l'ouverture recherchée de la commande publique.

⁸⁸⁷Voir en ce sens, Satigui SIDIBE, «Un outil de gestion très pratique», *Journal des marchés publics du Mali*, n°29, janvier 2011.

Informé au maximum les candidats, telle est la première utilité de l'avis d'appel public à la concurrence. Il doit permettre à tous les opérateurs économiques d'être au courant de la passation d'un marché. C'est la seule façon pour l'acheteur public d'amener le plus grand nombre d'entreprises à soumissionner et d'obtenir, grâce à leur diversité, une offre qui lui permettra d'acheter au meilleur coût⁸⁸⁸. Mais pour cela, l'avis de publicité doit contenir tous les éléments devant éclairer les potentiels soumissionnaires et leur permettre de bien se préparer. Comme le relève le professeur CARANTA, la *«publicité doit se référer non seulement à l'intention de conclure un contrat, mais aussi aux conditions subjectives et objectives de participation et aux critères de choix du cocontractant»*⁸⁸⁹.

Or l'analyse des dispositifs relatifs au contenu des avis d'appel à la concurrence montre, qu'au Sénégal et au Burkina Faso, les mentions prévues par les Codes des marchés publics et les modèles d'avis de publicité ne suffisent pas à elles seules pour informer les candidats sur l'ensemble de ces conditions objectives et subjectives de participation et encore moins sur les critères de sélection.

Selon l'article 56 du décret portant Code des marchés publics au Burkina Faso, l'avis doit permettre d'identifier l'autorité contractante ainsi que l'objet du marché. La source de financement doit aussi être identifiée dans la mesure où, elle détermine les procédures ou certains aspects des procédures applicables. L'avis doit également mentionner *«le lieu et les conditions de consultation ou d'acquisition du dossier d'appel à la concurrence, la date de signature de l'Autorité habilitée, le lieu et la date limite de réception des offres, le délai pendant lequel les candidats restent engagés par leurs offres, les justifications à produire concernant les qualités et capacités exigées des candidats, le lieu, date et heure fixés pour l'ouverture des offres»*.

⁸⁸⁸ Pour une analyse comparée avec le droit français voir notamment Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, op. cit. p.282 et s. Pierre Le BOUËDEC, «Publicité et information des candidats», *Jurisclasser Contrats et Marchés publics*, mise à jour au 2 juin 2014.

⁸⁸⁹ Roberto CARANTA, op. cit. p. 150.

L'article 66 du décret du 22 septembre 2014 relatif au Code des marchés publics au Sénégal reprend les mêmes mentions à deux exceptions près. Ce texte ne fait pas référence à la mention relative à l'origine des ressources. Mais cette insuffisance est rattrapée dans le modèle d'avis d'appel d'offres figurant dans les dossiers types d'appel d'offres. Le texte du Burkina Faso ne fait pas non plus référence à la mention relative au montant de la garantie de soumission à constituer, laquelle est spécifiée dans le décret du Sénégal.

Il ne faut pas sous estimer l'énumération dans les réglementations et en particulier dans les Codes des marchés publics, des mentions devant figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence. L'absence de ces mentions obligatoires dans la réglementation a par le passé entraîné les dérives consistant par exemple à insérer dans les avis des conditions qui favorisaient certains candidats. L'élaboration de dispositions expressément consacrées aux mentions devant figurer dans les avis d'appel d'offres, additionnée au développement des dossiers d'appel d'offres types, permet de contrecarrer ces pratiques. Ce qui est alors à rechercher aujourd'hui c'est de faire en sorte qu'elles soient des plus exhaustives. C'est en ce sens qu'appelle l'organe de règlement des différends au sein de l'ARMP du Sénégal lorsqu'il considère *«qu'en vertu du principe de transparence, les règles de la compétition et en l'espèce, les conditions et formes de participation des candidats, doivent être clairement définies au préalable, qu'à cet égard, l'information relative à l'éligibilité des candidats est capitale et doit être, en conséquence, portée à l'attention de tous les candidats dans l'avis d'appel à manifestation d'intérêt pour leur permettre de dérouler des stratégies d'alliance lors de la préparation des soumissions afin d'accroître leur capacité»*⁸⁹⁰.

⁸⁹⁰ ARMP du Sénégal, Décision n° 376/13/ARMP/CRD du 04 décembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours introduit par le groupe d'ingénierie et de construction (GIC) contestant les critères de l'avis d'appel public à manifestation d'intérêt ayant pour objet la présélection de candidats pour une assistance au maître d'ouvrage (AMO) pour les travaux de construction de l'autoroute Thiès-Touba, http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=767:decision-nd-37613armprcd-du-04-decembre-2013&Itemid=798.

La législation ivoirienne est celle qui semble le plus se conformer à ces prescriptions. Certes, le décret portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire est l'un des rares textes qui ne mentionnent nulle part les informations devant figurer dans l'avis de publicité. Toutefois le modèle d'avis d'appel d'offres ouvert figurant dans les dossiers types renseigne sur le contenu des avis. Et il apparaît que celui-ci est beaucoup plus exhaustif en ce qu'il se réfère, en plus des mentions obligatoires prévues dans les textes du Sénégal et du Burkina Faso, au nombre de lots s'il y en a, aux variantes qui seront prises en considération, à l'ensemble des éléments permettant d'entrer en contact avec la personne responsable du marché ou la maître d'ouvrage (nom, adresse télégraphique et/ou adresse et numéro de télex du service, au numéro du télécopieur, à l'adresse postale et adresse de courrier électronique de la personne responsable du marché), au cautionnement provisoire établi par une banque, un organisme financier ou un tiers agréé par le ministre chargé des finances, au lieu où les soumissionnaires pourront avoir accès au rapport d'analyse de la Commission d'Ouverture des Plis et de Jugement des offres.

La réglementation camerounaise se rapproche d'avantage du texte ivoirien du point de vue de l'exhaustivité des mentions⁸⁹¹. Il est aussi important de souligner une spécificité propre au Cameroun, qui est que les avis d'appel d'offres doivent être rédigés en français et en anglais.

Notons aussi que le respect des mentions obligatoires, mais aussi des conditions définies pour y apporter des modifications font l'objet d'un contrôle par les organes de règlement des différends. L'ANRMP en Côte d'Ivoire a ainsi jugé dans une décision en date du 29 août 2013, que lorsque l'autorité contractante procède à la modification de la mention relative au lieu de dépôt des offres sans respecter les conditions définies dans le Code des marchés publics, il commet un *«manquement manifeste aux règles de*

⁸⁹¹ Voir article 18 du décret du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics.

transparence», qui crée au profit des soumissionnaires évincés "*une présomption de bonne foi*"⁸⁹².

Au delà des quelques disparités qui ont pu être notée, l'étude des mentions montre le caractère incomplet des dispositifs qui nécessitent d'être améliorés afin de donner le plus grand accès aux entreprises. Le fait que celles-ci ne puissent prendre connaissance de l'ensemble des critères de sélection qu'au moment où elles achètent ou consultent le dossier ne participe ni à la transparence, ni à l'ouverture des marchés publics. Il en est de même de l'absence de certaines mentions comme celles relatives aux lots, qui peut être dissuasive pour les petites entreprises.

Le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence est une question essentielle. Celle de la forme et du support de publicité l'est autant. Quel que soit son contenu exact, l'avis d'appel d'offres n'a que peu d'intérêt pour la transparence lorsque qu'elle ne fait pas l'objet d'une publicité adéquate. Pour la garantir, les réglementations nationales encadrent aussi les formes que doit prendre leur diffusion.

2. Une conformité globale à l'exigence de large diffusion de l'avis de publicité

D'une manière générale, les Codes nationaux des marchés publics imposent une large diffusion de l'avis d'appel public à la concurrence⁸⁹³.

⁸⁹² Dans cette décision, elle a ainsi annulé une procédure d'appel d'offres en se fondant sur les dispositions de l'article 67.4 du code qui définissent les règles devant être respectées pour modifier certaines informations figurant dans l'avis ou le dossier d'appel d'offres. Selon l'organe de règlement des litiges, l'autorité contractante doit, soit publier le changement du lieu de dépôt des offres, soit le maintenir, quitte à transférer, le cas échéant, le lieu d'ouverture des plis dans un autre endroit. En ne procédant pas de la sorte et bien que la requérante ne démontre pas qu'elle est arrivée dans la salle prévue à l'origine pour être le lieu de dépôt des offres, avant l'heure limite fixée, le doute lui profite. ANRMP de la Côte d'Ivoire: Décision n° 014/2013/ANRMP/CRS du 29 août 2013 sur le recours de la Société CATRAM contestant les résultats de l'appel d'offres n° T90/2013 portant sur la réhabilitation du quai de la base annexe de la marine nationale: <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968>

⁸⁹³ Par voie de conséquence, les organes de règlement des litiges n'hésitent pas à annuler les procédures n'ayant pas fait l'objet d'une publicité: Exemple: ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2012-681/ARMP/CRD du 03 août 2012, sur recours de la Compagnie africaine des affaires contre la lettre n° 2012-

Au Sénégal et au Burkina Faso, les avis d'appel public à la concurrence doivent être publiés respectivement «*sur le portail officiel des marchés publics et au moins dans un journal quotidien de grande diffusion*»⁸⁹⁴, dans la revue des marchés publics et dans un journal d'informations générales à grande diffusion»⁸⁹⁵. On peut toutefois s'interroger sur les critères sur lesquels on se fonde, pour dire qu'un journal est de grande diffusion⁸⁹⁶? Ce que l'on voudrait soulever ici, c'est la question de l'adéquation des supports de publicité. Le renvoi à un journal de grande diffusion sans autre précision peut poser un problème d'appréciation et aboutir à une publication sur un support inadéquat.

S'agissant de la publication des avis internationaux d'appel d'offres, l'article 56 du Code sénégalais exige aussi, qu'elle se fasse «*dans une publication à large diffusion internationale*». Le comité de règlement des différends de l'ARMP a précisé le sens de cette disposition en jugeant qu'un quotidien national accessible en ligne dans certains pays pour les abonnés ne constitue pas un support d'envergure internationale. Par conséquent, la procédure de passation dont l'avis a été publié dans ces conditions, tombe sous le coup de l'article 24 du Code des obligations de l'administration qui sanctionne un tel manquement par la nullité de la procédure en question⁸⁹⁷.

En matière de publication des avis d'appel public à la concurrence, l'UEMOA exige de ses Etats membres une coordination de la publicité entre le niveau communautaire et le niveau national. Pour les autorités communautaires, cette obligation permet au delà de

M&MB/453/1017/DG/SG/DAL de la LONAB relative à l'appel d'offres pour la fourniture de matériels divers à la LONAB (lot 1):

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_AOUT_2012/RECOURS/decision_681_armp_crd_03_08_2012.pdf.

⁸⁹⁴Décret n° 2014-1212, du 24 septembre 2014, *op. cit.* Article 56.

⁸⁹⁵Décret n° 2008-173 du 16 avril 2008, Article 56.

⁸⁹⁶ Pour plus de développements, voir Issakha NDIAYE, *op. cit.*, p. 51 et s.

⁸⁹⁷ ARMP du Sénégal, Décision n° 78/12/ARMP/CRD du 16 juillet 2012 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de l'Office national de l'assainissement du Sénégal (ONAS) contestant l'avis défavorable de la DCMP sur la proposition d'attribution du marché concernant les travaux de réalisation d'une station «clé en main» d'épuration des eaux usées dans la zone économique intégrée spéciale de Dakar. http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=132:decision&Itemid=142.

l'exigence de transparence, d'assurer l'égalité et la liberté d'accès à la commande publique entre toutes les entreprises de la communauté. C'est dire combien les principes de transparence, d'égalité et de liberté sont indissociables. Aussi, avant de procéder à la publication des avis, les Etats sont tenus de les transmettre à la commission de l'UEMOA qui se chargera de les diffuser au niveau communautaire. L'article 41 de la directive 04/2005 précise à cet égard que, la Commission de l'UEMOA doit publier les avis de marchés ou de délégations avec appel d'offres douze jours ouvrables au plus tard après leur réception. Si la Commission ne procède pas à la publication des avis au delà de ce délai, les autorités contractantes pourront alors exécuter la formalité.

L'intérêt de la coordination de la publicité au niveau communautaire, pour la transparence est indiscutable, mais encore faudra-t-il veiller, à ce que l'avis communautaire de publicité contienne les mêmes mentions que l'avis national, à défaut la concurrence pourrait en être faussée⁸⁹⁸. Le recours à un formulaire standard pour la publication dans les supports nationaux et communautaires pourrait permettre d'éviter toute divergence.

Dans la législation de la Côte d'Ivoire, la priorité est donnée au Bulletin Officiel des Marchés Publics. Il constitue le premier support de publicité des appels d'offres nationaux et internationaux. Parallèlement au Bulletin officiel, les autorités contractantes peuvent recourir à «une publication habilitée à recevoir des annonces légales, par affichage ou par tout autre moyen approprié»⁸⁹⁹. Il y'a nettement une hiérarchisation des supports de publicité. Le manuel de procédures précise à cet égard qu' «il est recommandé de publier en priorité l'avis d'appel d'offres dans le BOMP avant toute publication dans d'autres supports». Le recours à un second support de publicité à côté du BOMP est facultatif. Par contre lorsqu'il s'agit d'un appel d'offres international, en plus du BOMP,

⁸⁹⁸ Cette solution est appliquée en France où l'avis publié dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et dans le Journal officiel de l'Union européenne, doit être conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics. art 40-III-2° Code des marchés publics.

⁸⁹⁹ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.*, Article 63.2

«l’avis d’appel à concurrence doit être publié dans un journal d’annonces internationales ou sur le Web»⁹⁰⁰.

La hiérarchisation des supports de publicité observée à travers la législation ivoirienne est également présente dans le décret du 24 septembre 2004 portant Code des marchés publics au Cameroun. La priorité est donnée au support de publicité mis en place par les autorités de la commande publique et en particulier au Journal des marchés publics édité par l’Autorité de régulation des marchés publics. L’article 20 du Code précise que *«les autres moyens de publicité tels que le communiqué radio, la presse disponible en kiosque et la presse spécialisée, les voies d’affichage et électronique ne pourront être utilisés qu’en sus»*. D’ailleurs les délais de dépôt des offres commencent à courir à partir de la publication dans les Bulletins officiels ou journaux des marchés publics.

On peut s’interroger sur l’intérêt de la hiérarchisation des supports de publicité. En effet, si d’un côté elle permet d’installer dans le paysage de la commande publique un support de référence pour la publicité des avis d’appel public à la concurrence, d’un autre côté elle ne concourt pas à promouvoir une déconcentration de l’information relative aux marchés publics.

Or l’intérêt d’un acheteur public qui veut véritablement informer les entreprises afin de tirer de leur concurrence le meilleur prix, n’est il pas de procéder à la plus large diffusion en usant des moyens les plus adéquats que lui procure son environnement? Pour cela, le choix du Burkina Faso et du Sénégal de rendre obligatoire le recours à un second mode de publicité en plus du journal officiel des marchés, quels que soient les reproches faits à un tel choix, est toujours plus judicieux pour assurer l’effectivité de la transparence.

⁹⁰⁰ Les avis d’appel publics à la concurrence sont transmis à la Direction des marchés publics qui les finalise, les immatricule et se charge de les publier dans le BOMP et sur le site WEB de la direction des marchés. Ce n’est qu’après cela que l’autorité contractante ou le maître d’ouvrage délégué pourront publier l’avis selon les autres modalités prévues dans le code (journal de large diffusion, sous préfecture, mairie etc.) La preuve de cette publication est conservée et la décision de publication est notifiée à la DMP qui à son tour diffuse cette décision. Voir, Ministère auprès du premier ministre chargé du budget, *Manuel de procédures des marchés publics*, Coll. DMP, Décembre 2014, 192 f. (p. 37)

De plus, l'observation a permis de comprendre, qu'accéder au Journal des marchés publics en dehors du pays ou bien aux avis publiés sur le site de l'ARMP du Cameroun constitue parfois un véritable défi.

Concernant les délais, en dépit d'une différence de sémantique, ils restent identiques dans les législations des trois pays de l'UEMOA. Dans la législation ivoirienne, le délai de publication ne peut être inférieur à 30 jours pour les appels d'offres nationaux et 45 jours pour les appels d'offres internationaux. Ces mêmes délais sont de rigueur pour le dépôt des offres dans les textes du Sénégal⁹⁰¹ et du Burkina Faso⁹⁰².

Toutefois les délais de dépôt des offres peuvent être réduits de cinq jours selon la réglementation du Sénégal «lorsque l'autorité contractante offre, par moyen électronique et à compter de la publication de l'avis, l'accès libre, direct et complet au dossier d'appel à la concurrence et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés». Le Code du Burkina Faso prévoit quant à lui une réduction de sept jours calendaires lorsque l'avis et le dossier d'appel d'offres sont préparés et envoyés par des moyens électroniques.

Une précision mérite d'être apportée à propos de la publicité par voie électronique. Simple et rapide, l'information par voie électronique est de plus en plus plébiscitée avec en toile de fond la dématérialisation du processus de passation des marchés. Pour autant cette voie de communication est loin de présenter toutes les garanties de fiabilité. C'est la raison pour laquelle, l'envoi des documents par voie électronique fait l'objet d'un encadrement strict par les Codes des marchés publics complétés par les réglementations relatives aux transactions électroniques⁹⁰³. Le but étant de réduire toutes velléités de fraude de la part des acteurs et de dégonfler ainsi le nid à contentieux que cela

⁹⁰¹ L'article 63 du code des marchés publics prévoit néanmoins que ces délais peuvent être modulés par l'autorité contractante afin de tenir compte «de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres».

⁹⁰² Décret n° 2008 – 173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, Article 86.

⁹⁰³ Au Sénégal, il s'agit principalement de la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques, *J.O.* du Sénégal, n° 6406 du Samedi 3 mai 2008. Au Burkina Faso: Loi n° 045-2009/AN du 10 novembre 2009 portant réglementation des services et des transactions électroniques. En Côte d'Ivoire, Loi n° 2013-546 du 30 juillet 2013 relative aux transactions électroniques, *J.O.* du 12 septembre 2013, p. 583

peut représenter. Les autorités contractantes qui mettent en place un dispositif de communication par voie électronique doivent veiller à la confidentialité des offres, à la préservation de l'intégralité des données et aussi et surtout au respect de l'égalité entre les candidats.

Parce que c'est un moyen de publicité à part entière, le non respect de dispositions relatives à la communication par voie électronique est constitutif d'une violation de la transparence et est sanctionné par l'annulation de la procédure de passation. Le Comité de règlement des différends de l'ARMP du Sénégal a jugé à ce propos que «l'envoi de documents par voie électronique est permis à condition de prendre parallèlement des mesures spécifiques pour préserver les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats» et que par conséquent, une autorité contractante qui procède «à la transmission par voie électronique des dossiers sans pouvoir justifier que le requérant en a accusé réception,[...] n'a pas rempli toutes les obligations qui accompagnent l'échange de correspondance par voie électronique et par cet acte, n'a pas su préserver la transparence de la procédure»⁹⁰⁴.

L'obligation de publication qui pèse à la charge de l'autorité contractante et le droit à l'information des entreprises ne se limitent pas au lancement de la procédure d'appel d'offres. L'autorité contractante est tenue de publier l'avis d'attribution et d'informer les candidats à la fin de la sélection.

C. LA PUBLICITE DES AVIS D'ATTRIBUTION ET L'INFORMATION DES SOUMISSIONNAIRES: DES OBLIGATIONS DIVERSEMENT INTERPRETEES

Cette étape de la procédure de passation montre d'une part que l'obligation de publier les rapports d'attribution est plus renforcée dans certaines réglementations que

⁹⁰⁴ ARMP du Sénégal: Décision n° 192/13/ARMP/CRD du 17 juillet 2013 du comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours du SEAMAR contestant la procédure de passation du marché relatif aux expertises complémentaires d'infrastructures et d'équipements du port autonome de Dakar http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=574:decision-nd-19213armpcrd-du-17-juillet-2013&Itemid=602

d'autres (1) et que l'interprétation de l'obligation de transmission des procès verbaux diffère (2).

1. Des disparités dans l'obligation de publier les avis d'attribution

Les règles relatives à la publicité des avis d'attribution provisoires et définitifs ainsi qu'à l'information des soumissionnaires non retenus constituent également des traductions de la transparence dans la procédure de passation. Toute personne intéressée par le marché doit être informée de son attribution par la publication de l'avis d'attribution provisoire d'abord, définitive ensuite.

Mais s'il n'existe aucune dissension par rapport à l'obligation faite aux autorités contractantes de publier les avis provisoires, tel n'est pas le cas pour ce qui est des avis définitifs d'attribution.

Au Burkina Faso, la publication obligatoire des résultats provisoires d'attribution des marchés publics passés par appel d'offres ouvert dans la Revue des marchés publics et sur le site Internet de la Direction générale des marchés publics est une obligation découlant de l'article 113 du Code des marchés publics. Son but est d'informer toute personne intéressée par le marché en question. Lorsqu'il s'agit d'un marché dont le montant atteint les seuils communautaires de publicité, ces résultats doivent, en plus, être diffusés dans un support de niveau communautaire. Le non respect de cette obligation de publicité est sanctionné par la nullité de la procédure prononcée par l'organe de règlement des différends placé au sein de l'ARMP⁹⁰⁵.

⁹⁰⁵ Voir par exemple, ARMP du Burkina Faso, Décision n° 07/ARMP/CRD du 05 janvier 2011 du Comité de règlement des différends statuant sur le recours de la Société T.M.C S.A dans le cadre de l'appel d'offres du CAMEG, pour l'extension du bâtiment principal au siège de la CAMEG à Ouagadougou, Décision publiée sur le site de l'Autorité de régulation des marchés publics:

http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2011/RECOURS/decision_07_armp_crd_05_01_2011.pdf. L'ARMP annule la procédure de passation, suite à la saisine par un soumissionnaire évincé qui a constaté que les résultats de l'attribution provisoire, n'ont pas fait l'objet d'une publication dans la Revue des marchés publics. Dans le même sens: ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2012-394/ARMP/CRD du 17 août 2012 sur recours de l'entreprise WOKANA contre la non publication des

L'organe de règlement des différends de l'ARMP du Sénégal, procède également à une application stricte des dispositions sanctionnant par la nullité de la procédure, l'absence de publication de l'avis d'attribution provisoire. Selon l'article 84, *«dès qu'elle a approuvé la proposition d'attribution, l'autorité contractante avise immédiatement les autres candidats du rejet de leurs offres, leur restitue les garanties de soumission et publie un avis d'attribution provisoire»*. Les avis d'attribution doivent être publiés dans les mêmes conditions que les avis d'appel public à la concurrence, c'est-à-dire sur le portail officiel des marchés publics et au moins dans un journal quotidien de grande diffusion. Aussi, lorsqu'il est saisi par un requérant invoquant notamment l'irrégularité de la publicité de l'avis d'attribution dans un marché du Port autonome de Dakar, l'organe de règlement des différends n'hésite pas à annuler la procédure d'attribution⁹⁰⁶. Le CRD relève que *«l'autorité contractante avait publié l'avis à manifestation d'intérêt dans le journal «Le Pays», mais a fait paraître l'avis d'attribution provisoire dans l'Hebdomadaire «le Témoin» dans son édition du 07 au 12 mars 2013»*. Suite à cela il déclara irrecevable *«le motif d'économie budgétaire invoqué par l'Autorité contractante pour justifier l'insertion dans un journal hebdomadaire avec lequel elle aurait signé un contrat, en lieu et place d'une publication dans un journal quotidien»*.

La publication de l'avis d'attribution provisoire est suivie, une fois les formalités relatives à l'approbation remplies et la décision définitive notifiée au titulaire, par la publication de l'avis d'attribution définitive, dans les 15 jours suivant cette notification⁹⁰⁷.

résultats de l'appel d'offres n° 2011-07/MICPIPA/SONABHY pour la fourniture et l'installation d'équipement de vidéo surveillance au profit de la Société nationale burkinabè d'hydrocarbure (SONABHY): http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_AOUT_2012/RECOURS/decision_694_armp_crd_17_08_2012.pdf.

⁹⁰⁶ Décision n° 106/13/ARMP/CRD du 08 mai 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la dénonciation du cabinet GRANT THORNTON relative à la sélection par le port autonome de Dakar (PAD) de deux commissaires aux comptes titulaires et de leurs suppléants pour la période 2012 à 2017 http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=487:decision-nd-10613armpcrd-du-08-mai-2013&Itemid=511.

⁹⁰⁷ Selon l'article 85 : *«Dans un délai de 10 jours suivant la publication de l'avis d'attribution, les marchés sont transmis à la personne responsable du marché pour signature. Les marchés signés sont soumis à l'approbation des autorités compétentes suivant de leurs montants. L'approbation du marché ne pourra être*

Enfin, l'obligation de publier les avis d'attribution provisoire s'impose dans des termes quasi-identiques en Côte d'Ivoire. La décision d'attribution provisoire rendue par le COJO est publiée dans la prochaine parution du Bulletin officiel des marchés Publics et par voie d'affichage dans ses locaux dans un délai de trois jours ouvrables à compter de la date à laquelle le jugement a été rendu⁹⁰⁸. Les soumissionnaires disposent d'un délai de 10 jours à partir de cette publication pour saisir l'autorité contractante de contestations liées à la procédure de passation. Ce n'est qu'à l'expiration de ce délai qu'elle pourra notifier à l'attributaire la décision d'attribution définitive. Selon l'ANRMP les deux formalités de publicité que prévoit cette disposition sont obligatoires. Dès lors, la publicité de l'avis provisoire sur un seul support (affichage dans les locaux) est insuffisante pour faire courir le délai de recours⁹⁰⁹. Enfin, dans les 15 jours calendaires suivant l'entrée en vigueur du marché, elle publie un avis d'attribution définitive dans le Bulletin Officiel des Marchés Publics, dans tout autre support national et dans un support à caractère sous régional⁹¹⁰.

Ainsi qu'il apparaît, seules les réglementations du Sénégal et de la Côte d'Ivoire, envisagent de façon expresse la publication d'un avis d'attribution provisoire et d'un avis d'attribution définitif. Le Code du Burkina Faso, ne prévoit que la publication de l'avis d'attribution provisoire.

La législation camerounaise aussi ne consacre que l'obligation de publication des avis d'attribution provisoire. L'article 33 du Code des marchés publics du Cameroun, qui est la seule disposition qui fait référence à la publicité après le dépouillement des offres,

refusée que par une décision motivée, rendue dans les 15 jours (ce délai était de 30 jours dans le code de 2011) suivant la transmission du dossier d'approbation».

⁹⁰⁸ Art 75-3, décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant code des marchés publics modifié par le Décret n°2014-306 du 27 mai 2014, *op. cit.*

⁹⁰⁹ ANRMP Côte d'Ivoire: Décision n° 026/2012/ANRMP/CRS du 02 novembre 2012 sur le recours de la Société KINAN contestant les résultats de l'appel d'offres n° F102/2012 portant sur la fourniture de four électrique et accessoires pour le compte de l'institut national supérieur des arts et de l'action culturelle (INSAAC):

http://www.anrmp.ci/phocadownload/contentieux/decisions/DECISION_N_026_2012_ANRMP_CRS_DU_02_NOVEMBRE_2012.pdf

⁹¹⁰ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, Article 114.

dispose que: *«toute décision d'attribution d'un marché public par le Maître d'Ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué est insérée, avec indication de prix et de délai, dans le journal des marchés publics édité par l'organisme chargé de la régulation des marchés publics ou dans toute autre publication habilitée»*. Cette disposition peu explicite sur le caractère provisoire ou définitif de la décision d'attribution est précisée dans les dossiers types d'appels d'offres. Il ressort par exemple de celui relatif aux marchés de fournitures, qu'il s'agit de la décision d'attribution provisoire. Car ce n'est qu'après cette publication que le maître d'ouvrage pourra transmettre le projet de marché à la commission de passation compétente pour avis et solliciter le cas échéant le visa du ministre en charge des marchés publics. Autrement dit, ce n'est qu'après la publication de l'avis provisoire que la procédure de conclusion pourra se poursuivre⁹¹¹.

Quoiqu'elle contribue au renforcement de la transparence, la publicité des avis d'attribution définitive présente moins d'enjeux que celle des avis d'attribution provisoire. Les soumissionnaires ne peuvent pas attaquer la décision d'attribution après la publication de l'avis d'attribution définitive vu que celle-ci intervient bien après l'expiration des délais de recours contre la décision d'attribution⁹¹². De plus cette formalité n'a d'effet ni sur le caractère exécutoire du contrat ni sur sa validité. Elle est caractéristique de l'excès de formalisme qui entoure parfois la passation des marchés publics. Ce qui importe à notre sens c'est qu'il y ait une information du public mais aussi et surtout des soumissionnaires. Ce qui est respecté à travers la publication des avis provisoires. A cela s'ajoute la transmission qui leur est faite des procès verbaux d'attribution.

⁹¹¹ Décret n° 2004/275 du 24 Septembre 2004, *op. cit.*, article 41 et AGENCE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS du Cameroun, Dossier type d'appel d'offres, marchés de fournitures achetées localement, mis en vigueur par l'arrêté n° 038-CAB/PM du 15 mai 2014 mettant en vigueur les dossiers types d'appel d'offres pour la passation des marchés publics.

⁹¹² ARMP du Sénégal: Décision n° 276/13/ARMP/CRD du 11 septembre 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société horizons industries S.A. contestant la décision d'attribution du marché relatif à l'acquisition de pièces de rechange et de consommables d'atelier au profit de la Société Dakar Dem Dikk

http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=664&Itemid=57.

Ces documents leur permettent de prendre connaissance du déroulement de la procédure d'attribution et des raisons pour lesquelles leurs offres ont été rejetées. Cette obligation communément reconnue est diversement interprétée.

2. Une obligation de transmission des procès-verbaux d'attribution diversement interprétée

Selon l'article 114 du Code des marchés publics du Burkina Faso, l'autorité contractante doit informer les soumissionnaires non retenus du rejet de leurs offres. L'obligation d'information qui pèse sur l'autorité contractante est le pendant du droit des soumissionnaires non retenus à la communication notamment du procès verbal de la délibération, des motifs de rejet de leurs offres, et du montant de l'offre de l'attributaire.

Au Cameroun, les soumissionnaires évincés sont informés du rejet de leurs offres après la publication de l'avis d'attribution⁹¹³. Ceux d'entre eux qui en font la demande, dans un délai de 5 jours suivant la publication de l'avis d'attribution, peuvent se voir communiquer le rapport de l'Observateur Indépendant ainsi que le procès-verbal de la séance d'attribution du marché y relatif auquel est annexé le rapport d'analyse des offres⁹¹⁴.

Au Sénégal, la transmission aux soumissionnaires du procès verbal d'attribution n'est pas prévue telle quelle. Mais pour les autorités contractantes comme pour l'organe de règlement des litiges, c'est une obligation qui se déduit des dispositions qui imposent à l'autorité contractante, dès qu'elle a approuvé la proposition d'attribution de la commission de passation, d'aviser immédiatement les autres candidats du rejet de leurs offres, de leur restituer les garanties de soumission et de publier un avis d'attribution provisoire⁹¹⁵. En

⁹¹³ Décret n° 2004/275 du 24 Septembre 2004 *op.cit.*, Article 33

⁹¹⁴ *Ibidem*. Article 96.

⁹¹⁵ Article 83 Code des marchés. Pour une application, décision n° 206/14/ARMP/CRD du 06 août 2014 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de l'entreprise Touba Darou Miname contestant l'attribution provisoire du marché relatif aux travaux de construction de trois (3) lycées dans des régions de Kédougou, Louga et Sédhiou lancé par la Direction des constructions scolaires du ministère de l'éducation nationale:

http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=996&Itemid=57.

plus, le Code prévoit la communication à tout candidat qui en fait la demande, des motifs de rejet de son offre ou de sa candidature. Cette communication doit intervenir dans un délai de 5 jours ouvrables à compter de la réception de la demande écrite.

Enfin en Côte d'Ivoire, à partir du moment où l'autorité contractante informe les soumissionnaires non retenus, elle doit «tenir à la disposition des soumissionnaires», le rapport d'analyse de la Commission, ayant guidé ladite attribution (article 75-3).

Le but de l'information des soumissionnaires non retenus et de la transmission qui leur est faite du rapport d'analyse de la commission d'analyse des offres est sans conteste de leur permettre de s'informer des motifs de rejet de leurs offres mais aussi, de disposer des éléments leur permettant d'attaquer si nécessaire la décision d'attribution et de préparer leur défense. C'est la raison pour laquelle, après la publication des avis d'attribution provisoire, l'autorité contractante doit attendre au moins l'expiration des délais de recours avant de signer le marché et de le soumettre à approbation.

Cette analyse est confirmée par l'Autorité nationale de régulation des marchés publics de la Côte d'Ivoire. Saisie d'une demande d'avis sur le sens de l'article 75-3, elle a considéré que *«cet article a pour objectif de permettre aux soumissionnaires évincés de disposer de tous les éléments utiles pour exercer valablement et en toute connaissance de cause, leurs recours éventuels tels que prévus aux articles 166 et suivants du Code des marchés publics»*. De là, elle conclut que pour que cet objectif soit atteint, *«l'expression «tenir à la disposition des soumissionnaires, le rapport d'analyse de la Commission» doit s'entendre du droit pour les soumissionnaires d'en obtenir copie, s'ils le demandent»*. Ce qui implique l'obligation pour les autorités contractantes, en plus de mettre à la disposition des soumissionnaires évincés une copie consultable du rapport dans leurs locaux, de leur en délivrer une copie quand ils en font la demande et s'acquittent des frais de reprographie⁹¹⁶.

⁹¹⁶ANRMP Côte d'Ivoire, AVIS N°001/2014/ANRMP/CONSEIL DU 06 MARS 2014:
http://www.anrmp.ci/images/PDF/avis_du_conseil_n_001_2014_anrmp_conseil_du_06_mars_2014.pdf

Au vu de l'importance de la transmission des procès-verbaux d'attribution, on aurait pu penser que le non respect de cette obligation par l'autorité contractante entraînerait des sanctions contre la procédure. L'ARMP du Sénégal n'est cependant pas de cet avis. Elle a, en effet, jugé que dès lors que le manquement que constitue la non transmission du procès-verbal «*n'a pas empêché le requérant d'exercer son droit de recours et qu'aucun fait lié à l'ouverture des plis n'a été contesté par ce dernier,[il] y a lieu de conclure que ledit manquement n'est pas suffisant pour motiver l'annulation de la procédure litigieuse*»⁹¹⁷.

L'ARMP privilégie ici une interprétation téléologique de l'obligation de transmission des procès-verbaux. En soi, elle n'est pas critiquable. Mais elle peut contribuer à fragiliser un dispositif non encore stabilisé.

Les procédures d'information des soumissionnaires renforcent la sécurité juridique de ces derniers. Loin est l'époque où l'information après l'attribution du marché était facultative. N'étant pas au courant de l'attribution du contrat ni du rejet de leurs offres, ils ne pouvaient déposer les recours nécessaires à temps. Aujourd'hui, les dispositions qui prescrivent une publication et une information des candidats à la suite de l'attribution du contrat, inscrivent le droit des marchés publics dans un cadre qui donne une place très importante à la transparence des procédures.

En imposant aux autorités contractantes des obligations de publicité et d'information, les réglementations issues des réformes, visent à provoquer, comme le disait le professeur BRECHONS-MOULENES, la concurrence dans un domaine où elle n'est pas naturelle, à savoir celui des marchés publics⁹¹⁸. La transparence, qu'impose la procédure d'appel d'offres, en fait la procédure la mieux adaptée pour exprimer l'idée de concurrence. Mais l'analyse a également permis de voir, des modalités de mise en œuvre

⁹¹⁷ ARMP du Sénégal, Décision n° 206/14/ARMP/CRD du 06 août 2014, *op. cit.*

⁹¹⁸ Christine BRECHONS-MOULENES, (sous la dir. de), *Droit des marchés publics*, Paris, Ed. du moniteur, III, 100-1.

de la transparence parfois différentes, parfois insuffisantes, en dépit d'une unité dans la perception de la transparence comme principe fondamental de la réglementation des marchés publics.

La transparence n'est cependant pas le seul principe dont la traduction dans les procédures permet de concrétiser l'idée de concurrence. Elle coexiste et parfois se confond avec le principe de la liberté d'accès à la commande publique. Analysons celles des règles de la procédure d'appel d'offres qui permettent de mettre en œuvre ce principe.

§ 2. LA TRADUCTION DE LA LIBERTÉ D'ACCÈS DANS LES PROCÉDURES DE PASSATION PAR APPEL D'OFFRES OUVERT

Les auteurs du traité des contrats administratifs estimaient que la liberté d'accès à l'adjudication publique, combinée avec la publicité préalable permet de réaliser «la pleine concurrence»⁹¹⁹. Cette analyse émise à propos de l'adjudication est parfaitement transposable à la procédure d'appel d'offres. Les réformes à la base de l'émergence d'un droit de la commande publique ont renouvelé le principe de liberté d'accès à travers l'édiction de règles qui contraignent davantage les autorités contractante à son respect⁹²⁰. La liberté d'accès à la commande publique signifie que tout prestataire qui remplit les critères de qualification exigés par l'objet du contrat, doit être en mesure de soumissionner suite à l'appel public à la concurrence.

La confirmation de la liberté d'accès à la commande publique comme principe devant guider les règles applicables à la passation non seulement des marchés publics, mais

⁹¹⁹ André de LAUBADÈRE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 597 Voir dans le même sens Didier LINOTTE, « Existe-t-il in principe général du droit de la libre concurrence? *ADJA*, 2005, n° 28, pp. 1549-1553.

⁹²⁰ La liberté d'accès à la commande publique n'est que l'application dans le champ des contrats administratifs du principe matriciel de liberté. Elle se rattache à la liberté d'entreprendre, à la liberté du commerce et de l'industrie, à la liberté de concurrence, à la liberté de circulation des facteurs de production. Aussi a-t-on pu dire qu'elle est le «reflet des idées de libéralisme économique fondé sur la libre concurrence et l'égalité des citoyens devant le service public». André de LAUBADÈRE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 597. Voir aussi Pierre DELVOLVÉ, «Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique», *op. cit.*

de l'ensemble des contrats de la commande publique, est sans nulle doute un des apports les plus importantes des réformes intervenues ces dernières années. Il y a quelques années, l'on dénonçait «l'affirmation communautaire peu explicite du principe de la liberté» et une quasi méconnaissance de ce principe dans les réglementations nationales des Etats membres de l'UEMOA⁹²¹. Aujourd'hui, les Codes des marchés publics dès leurs premières lignes énoncent la liberté d'accès à la commande publique comme un principe fondamental devant être traduit à travers les procédures de passation⁹²². Ces dispositions remettent au goût du jour ce principe que les autorités contractantes peinaient à rendre effectif. Néanmoins force est de constater une graduation de cette reconnaissance lorsqu'il s'agit de définir les conditions que doivent remplir les soumissionnaires pour accéder aux marchés publics.

Au delà de l'énoncé du principe, la question qui se pose véritablement est de savoir dans quelle mesure les nouvelles réglementations arrivent-elles à déterminer les règles de procédures permettant de respecter le libre accès aux marchés publics tout en tenant compte du fait que cette liberté doit être encadrée.

A l'analyse, les dispositions relatives à la liberté d'accès à la commande publique ont certes gagné en clarté. Ce qui permet de lutter contre les mesures d'exclusion abusives. En ce sens, il y'a eu une rationalisation de ces mesures. La lutte contre les obstacles à

⁹²¹ Eric Ky, *op. cit.*, p. 303 et s.

⁹²² Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.*, article 9. Décret n° 2008-173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, article 2. Le code des marchés publics du Sénégal ne contient pas de dispositions consacrant expressément les principes de la commande publique bien qu'elle contienne différentes règles concourant à leur mise en œuvre. Par contre une telle consécration figure dans le Code des obligations de l'administration, ce qui donne à ces principes une portée encore plus importante car le COA a une valeur législative. Il dispose à son article 24 relatif aux «*Principes fondamentaux applicables aux achats*» qu' : «*En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, la conclusion des contrats d'achat passés à titre onéreux par les acheteurs publics (...) doit respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures*». Un dernier exemple de reconnaissance de la liberté d'accès à la commande publique peut être tiré de l'article 2 du code des marchés publics du Cameroun qui dispose que : «*Les règles fixées par le présent Code reposent sur les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures*».

l'accès aux marchés a été renforcée avec les mesures favorisant l'accès des petites entreprises aux marchés publics⁹²³

Pour autant, l'accès aux marchés publics est toujours encadré de façon stricte (A). Dans cette tendance générale, il a été relevé un encadrement abusif illustré par l'article 52 du Code des marchés publics du Sénégal et son interprétation par l'organe de règlement des différends (B).

A. UNE LIBERTE ENCORE STRICTEMENT ENCADREE

Dans les chapitres ou sections relatifs aux soumissionnaires ou aux candidats dans les Codes des marchés publics, l'affirmation de la liberté d'accès n'a pas la même force. Seul le Code du Burkina Faso, procède à une consécration de la liberté d'accès des soumissionnaires dénuée de toute ambiguïté. L'article 38 du Code dispose clairement que *«peut être candidat à un contrat de commande publique, toute personne physique ou morale, pouvant justifier de capacités juridiques, techniques et financières nécessaires à l'exécution d'un marché public ou d'une délégation de service public»*.

En Côte d'Ivoire, «tout candidat qui possède les capacités administratives, techniques, et financières nécessaires à l'exécution d'un marché public ou d'une délégation

⁹²³ C'est le cas de règles qui encouragent à l'allotissement (Article 8 du Code des marchés publics du Sénégal, article 42 in fine de celui du Burkina Faso et article 48 al. 2 dans le texte de la Côte d'Ivoire). Il faut néanmoins reconnaître qu'il existe une certaine méfiance à l'égard de l'allotissement qui peut être détourné pour aboutir à un fractionnement des marchés dans le but de les soustraire à la concurrence. D'où une certaine méfiance envers cette règle. La circulaire camerounaise en date du 19 juin 2012 traduit bien cette méfiance en réitérant le «principe du non fractionnement» des marchés. Toutefois pour que cette règle n'entrave pas l'accès des PME à la commande publique, il est précisé que sa mise en œuvre exige que les *«prestations répondant à un même appel d'offres soient de même nature, ou soient imputables sur la même ligne budgétaire»*.

Voir notamment, Cheikh Saad Bou SAMB, «Quels dispositifs favorisent l'accès des PME aux marchés publics», *Revue des marchés publics* (Sénégal) n° 14, juin 2013, pp. 20-22. Eric KY, *op. cit.* p. 366 et s. Stéphane BRACONNIER, *op. cit.*, p. 269 et s. Denis AKOUWERABOU et Parfait BAKO, *Marchés Publics et Petites et Moyennes Entreprises au Burkina Faso: Quelle Gouvernance?*, Rapport de Recherche du FR-CIEA (Fonds de Recherche sur le Climat d'Investissement et l'Environnement des Affaires) n° 56/13, Septembre 2013. Maïmouna SAVANE, «Etude sur la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics dans l'UEMOA», Dakar, 25 novembre, 2011.

de service public, ainsi que l'expérience de l'exécution de contrats analogues doit pouvoir participer aux procédures de passation de marchés et de délégations de service public». Cette affirmation pose d'emblée la question du droit des entreprises nouvellement créées à accéder librement à la commande publique. Dans les législations du Cameroun et du Sénégal⁹²⁴, il est plus mis en avant l'existence d'un ensemble de conditions pour accéder à la commande publique que l'affirmation d'un principe de libre accès des soumissionnaires.

La liberté d'accès à la commande publique se confronte encore à la nécessité de protéger l'administration. Il en résulte un encadrement strict de la capacité à soumissionner (1) et un équilibre difficilement trouvable entre cette liberté et l'édiction de conditions tenant à la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché (2).

1. La capacité à soumissionner: une exigence strictement encadrée

Les entreprises qui désirent soumissionner à un marché public doivent avoir la capacité juridique⁹²⁵. En d'autres termes, elles doivent être en mesure de faire des actes de commerce. Cette exigence entraîne l'exclusion des entreprises ou des dirigeants qui sont en situation de faillite ou de liquidation judiciaire. Toutefois, cette question de la liquidation judiciaire et de la faillite des entreprises est appréhendée différemment, laissant apparaître des distorsions à l'accès aux marchés publics.

⁹²⁴ Selon l'article 44 du Code sénégalais : «*Sous réserve du respect de ses droits en matière de protection de la propriété intellectuelle ou industrielle et de la confidentialité des informations concernant ses activités, tout candidat à un marché public doit justifier qu'il dispose des capacités juridiques, techniques, financières et environnementales requises pour exécuter le marché, en présentant tous documents et attestations appropriés énumérés par le dossier d'appel à la concurrence (...)*». En revanche, la section relative «aux soumissionnaires» du décret n° 2004-275 du 24 septembre 2004, portant Code des marchés publics au Cameroun, *op. cit.* ne comporte que deux dispositions. La première a trait aux interdictions de soumissionner et la seconde aux attestations à fournir pour soumissionner.

⁹²⁵ Pour une étude détaillée, Frédérique OLIVIER, «Accès aux marchés publics», *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 60-40 Actualisé par Joseph Bon, 5 Septembre 2014.

Dans la législation camerounaise, la capacité à soumissionner n'est pas reconnue aux entreprises en situation de liquidation judiciaire ou de faillite⁹²⁶ qui se voient opposer une irrecevabilité sans aucune dérogation formellement prévue. La passation d'un marché avec une entreprise dans cette situation constitue une violation de la réglementation passible de sanctions⁹²⁷. Les autorités du Burkina Faso adoptent la même position en excluant des marchés publics les entreprises en situation de cessation d'activités ou de liquidation des biens mais également les entreprises dont les dirigeants sont en état de faillite personnelle ou font l'objet d'une procédure de déclaration de faillite personnelle⁹²⁸. L'exclusion des marchés des personnes physiques en état de faillite personnelle et des personnes physiques ou morales admises au régime de la liquidation des biens est également de rigueur dans les textes du Sénégal. Cependant, les personnes physiques ou morales en état de redressement judiciaire peuvent soumissionner lorsque la poursuite de l'activité est autorisée par le juge commissaire en charge des opérations de la liquidation des biens⁹²⁹. Cette position se rapproche de celle adoptée dans la réglementation ivoirienne. En effet, aux termes de l'article 49.1 du Code des marchés publics en Côte d'Ivoire, «*les entreprises en état de faillite personnelle, de cessation d'activités, ou qui sont soumises à une procédure collective d'apurement du passif telle que le redressement judiciaire, la liquidation des biens ou toute autre procédure assimilée*» peuvent participer aux procédures de passation du moment qu'une décision de justice les autorise à continuer leurs activités.

Ainsi, le dispositif ivoirien est celui qui donne le plus de chance aux entreprises en difficulté. Et corrélativement elle est la moins protectrice pour la personne publique contractante. Mais le problème vient du fait qu'en autorisant l'entreprise à soumissionner

⁹²⁶ Décret n° 2004-275 du 24 septembre 2004, portant code des marchés publics au Cameroun, *op. cit.*, art. 22 -1, parag. b).

⁹²⁷ Toutefois lorsqu'en cours d'exécution la liquidation judiciaire du titulaire du marché est prononcée et qu'elle est autorisée par le tribunal à continuer l'exploitation de son entreprise, elle peut poursuivre l'exécution du marché. *Ibidem*, art. 102.

⁹²⁸ Sur le régime de la faillite personnelle et de la liquidation, pour l'ensemble des Etats au centre de l'analyse, voir, l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 avril 1998 à Libreville, *Journal Officiel* de l'OAHD n° 7

⁹²⁹ Article 43, Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014, *op.cit.*

le juge commissaire doit être en mesure de s'assurer que la situation de l'entreprise ne déclinera pas jusqu'à la fin de l'exécution du marché. Ce qui est très souvent impossible au regard de la durée des marchés publics. Ceci fait que dans la pratique, cette mesure est très difficile à appliquer.

Pour attester de leur capacité à soumissionner, les candidats doivent également apporter la preuve de la régularité de leur situation au regard des lois sociales et fiscales. L'obligation, leur est faite de produire divers attestations et notamment celles prouvant qu'ils sont à jour de leurs obligations légales à l'égard des administrations fiscales et sociales de leur pays d'établissement⁹³⁰. Cette obligation posée dans tous les textes manque cependant de précision car elle suscite automatiquement un questionnement. Une entreprise qui régularise sa situation après la publicité de l'avis d'appel à la concurrence, peut elle valablement soumissionner au même titre qu'une entreprise qui veille à être à jour de ses obligations même sans appel d'offres ? Ne fausse t-on pas la concurrence en acceptant le jour des soumissions les attestations fournies par ces deux entreprises ? En ne précisant pas les conditions de validité des attestations fiscales et sociales les textes étudiés laissent cette question ouverte.

Dans ce mutisme général, le Code des marchés publics du Sénégal fait figure d'exception. Selon les articles 43 et 45 du Code, il incombe aux candidats, pour être admissibles à la soumission, d'effectuer leurs déclarations en matière fiscale et sociale au plus tard le 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation. Il faut aussi qu'ils aient payé leurs impôts, taxes, majorations, pénalités, cotisations et redevances de régulation des marchés publics lorsque ces produits doivent être réglés au plus tard le 31 décembre. A défaut de paiement à cette date, il faudrait qu'entre celle-ci et celle du lancement de la procédure qu'ils aient acquitté

⁹³⁰ Décret n° 2008 – 173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, art. 2 et 38 de l'arrêté n° 2010-247/MEF/CAB du 5 juillet 2010, *op. cit.* Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, art. 44 c). Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, article 50. Décret n° 2004-275 du 24 septembre 2004, article 23 (1). Il ressort de ces textes qu'il peut être exigé des candidats une attestation de situation fiscale, de situation cotisante, de l'agence judiciaire du trésor, de la direction chargée de la réglementation du travail et des lois sociales, une attestation d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier légalisée etc. ou des quitus des autorités compétentes pour l'acquittement des impôts, taxes, droits, contributions, cotisations, redevances ou prélèvements de quelque nature que ce soit.

leurs cotisations ou paiements ou qu'ils aient constitué des garanties jugées suffisantes par l'organisme ou le comptable chargé du recouvrement des sommes en cause. L'application de ce dispositif conduit donc à l'exclusion des entreprises qui attendent le lancement de la procédure pour régulariser leur situation. L'organe de règlement des différends de l'ARMP a également précisé que l'autorité contractante ne doit pas exiger des attestations en cours de validité au moment de l'ouverture des offres. Du moment que la date de validité des attestations administratives fiscales ou sociales est postérieure au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle le lancement de la consultation a eu lieu, elles doivent être considérées comme valides⁹³¹.

L'incapacité à soumissionner frappe également et logiquement les entreprises qui ont été exclues des marchés publics soit par les autorités de régulation ou le ministre en charge des marchés publics au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire, soit par le MINMAP au Cameroun. Cette exclusion pouvant résulter soit de la résiliation au tort de l'entreprise soit d'une autre violation de la réglementation des marchés publics. Les exclusions entraînant une incapacité à soumissionner peuvent également être le fait d'une décision de justice devenue définitive en matière pénale, fiscale ou sociale ou à la suite d'une fausse déclaration sur des qualifications exigées pour l'exécution d'un marché⁹³².

⁹³¹ ARMP du Sénégal, Décision n° 164/12/ARMP/CRD du 19 décembre 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société OCTA SARL contestant la décision d'attribution du marché relatif à l'aménagement du centre autonome de distribution (C.A.D) de Ouakam, lancé par la Société nationale la poste.

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=337:decision-nd-16412armpcrd-du-19-decembre-2012&Itemid=355

L'organe de règlement des différends en Côte exige quant à lui des attestations en cours de validité le jour de l'ouverture des plis: en ce sens Décision n° 019/2013/ANRMP/CRS du 31 octobre 2013 sur la dénonciation faite par la Société POLY POMPE IVOIRE SATH pour irrégularités commises dans l'appel d'offres n° F110/2013 relatif au marché de fourniture et de pose de 318 pompes d'exhaure à motricité humaine pour l'hydraulique villageoise et a la construction de 18 superstructures dans la zone Café/Cacao organise par le Conseil du café cacao. http://www.anrmp.ci/phocadownload/contentieux/decisions/decision-n-019_2013_anrmp_crs-du-31-octobre-2013-sur-la-denonciation-faite-par-la-societe-poly-pompe-Ivoire-sath1.pdf

⁹³² Sont ainsi exclues les entreprises «qui sont condamnées pour une infraction à une disposition du Code pénal ou du Code des impôts prévoyant l'interdiction d'obtenir des commandes publiques» (article 43 Code du Burkina Faso) ou bien celles «qui auront été reconnues coupables d'infraction à la réglementation des marchés publics ou qui auront été exclues des procédures de passation des marchés par une décision de justice devenue définitive en matière pénale, fiscale, ou sociale ou par une décision de l'autorité de

Il faut également souligner le caractère extensif de ces exclusions. En guise d'exemple, en Côte d'Ivoire, l'exclusion de la commande publique d'une entreprise, entraîne celle de ses dirigeants. Par conséquent, toute nouvelle entreprise affichant une raison sociale différente, mais disposant des mêmes dirigeants sociaux ou des mêmes actionnaires majoritaires, doit être considérée comme ne remplissant pas les conditions juridiques pour soumissionner⁹³³. Il en est de même au Cameroun, où l'interdiction de soumissionner qui frappe une personne physique ou une entreprise unipersonnelle, s'étend à toute autre entreprise qu'elle crée pendant la période d'exclusion.

Un dernier obstacle à la capacité à soumissionner est le conflit d'intérêts. Pour empêcher la participation des candidats en situation de conflit d'intérêts, les Codes du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire interdisent la candidature des entreprises dans lesquels les membres des organes de contrôles (cellule de passation, direction des marchés, administrateurs de crédits) et les organes de passation (commission des marchés, personnes responsables du marché, maître d'ouvrage) détiennent des intérêts personnels ou financiers⁹³⁴. Toutefois en Côte d'Ivoire il faut que ces intérêts soient de nature à compromettre la transparence de la procédure. Alors que le Code du Burkina Faso évoque, quant à lui, des intérêts de quelque nature que ce soit. Ce second texte paraît ainsi plus restrictif.

régulation des marchés publics» (article 49 code de la Côte d'Ivoire) ou encore «*les personnes physiques candidates et les dirigeants de personnes morales candidates ayant fait l'objet d'une condamnation pour une infraction pénale liée à leurs activités professionnelles ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché*» (article 43 code du Sénégal). A ces exigences, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a rajouté la non exécution d'un marché attribué même si cela n'a pas abouti à une sanction de la part des autorités compétentes: ARMP du Sénégal: Décision n° 198/13/ARMP/CRD du 24 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur les recours introduits par l'entreprise WADE TRADING COMPANY (WTC) contestant l'attribution provisoire du lot n°1 de l'appel d'offres lancé par l'ANACIM pour l'acquisition de produits d'ensemencement des nuages pour le programme des pluies provoquées:
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=580:decision-nd-19813armpcrd-du-24-juillet-2013&Itemid=608

⁹³³ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.* art 49 c

⁹³⁴ *Ibidem.*, Article 48 et article 43, Décret N° 2008 – 173 du 16 avril 2008 *op.cit.*

Dans les réglementations du Sénégal et du Cameroun, la question du conflit d'intérêts est abordée dans les dossiers standards d'appel d'offres. Il ressort ainsi du dossier type d'appel d'offres sur les marchés de travaux au Sénégal qu'est considéré comme étant en situation de conflit d'intérêts, le candidat qui est associé ou a été dans le passé associé à une entreprise (ou à une filiale de cette entreprise) qui a fourni des services de consultant pour la conception, la préparation des prescriptions techniques et autres documents utilisés dans le marché pour lequel il soumissionne⁹³⁵. De même, s'il n'utilise pas l'expression «*conflit d'intérêts*», en excluant de la passation des marchés les soumissionnaires qui sont des entreprises, ou qui sont affiliés à des entreprises ayant fourni des services de conseils au maître d'ouvrage, les dossiers types d'appel d'offres relatifs aux marchés de services et de prestations intellectuelles adoptés au Cameroun, s'attaquent ici au conflit d'intérêts⁹³⁶.

L'accès des candidats aux marchés publics était restrictif avant les réformes. Il l'est encore aujourd'hui. Mais les dispositions qui l'encadrent ont gagné en transparence. Une des conséquences directes de la consécration de la liberté d'accès comme principe fondamental du droit de la commande publique est qu'elle ne peut plus subir de limitation dont les conditions ne sont pas clairement précisées par les textes en vigueur. Néanmoins, force est de constater que si dans les grandes lignes les restrictions sont les mêmes, dans leur formulation et dans les conditions de leur mise en œuvre certaines sont plus strictes que d'autres. A notre sens le dispositif du Cameroun, reste le plus restrictif à l'accès aux marchés publics. La raison est qu'en plus des cas d'exclusion qui viennent d'être vus, il contient une disposition «fourre tout» susceptible de limiter de façon excessive l'accès à la commande publique. Il s'agit du paragraphe d) de l'article 22 du Code qui exclut des

⁹³⁵ Sont également considérés en situation de conflit d'intérêts les candidats qui présentent plus d'une offre dans le cadre d'un même appel d'offres, à l'exception des offres variantes autorisées. De même, sont en situation de conflit d'intérêts, les candidats affiliés à une firme ou entité que l'Autorité contractante a recrutée, ou envisage de recruter, pour participer au contrôle de travaux dans le cadre du Marché. Voir, République du Sénégal, *Dossier type d'appel d'offres, Passation des marchés de travaux*, Décembre 2008, *op. cit.* Instructions aux candidats, parag. 4-3. Les mêmes cas de conflit d'intérêts sont énoncés dans le Dossier type d'appel d'offres, Passation des marchés de travaux, de la Côte d'Ivoire, Instructions aux candidats, parag. 4-3.

⁹³⁶ ARMP du Cameroun, Dossier type d'appel d'offres, marchés de services et de prestations intellectuelles, Règlement général d'appel d'offres, parag. 1-7 *op. cit.*

marchés publics toute personne physique ou morale *«frappée de l'une des interdictions ou déchéances prévues par la législation en vigueur»*. Cette disposition bien vague, qui renvoie à une somme indéterminée de textes place les soumissionnaires dans une insécurité juridique qui est totalement contraire au principe de liberté d'accès que ce texte consacre dès son second article.

Les conditions imposées aux soumissionnaires pour attester de leur capacité à exécuter les contrats confirment les restrictions à la liberté d'accès à la commande publique.

2. La capacité à exécuter le contrat: les difficultés à trouver l'équilibre avec la liberté d'accès aux marchés.

La liberté d'accès à la commande publique signifie que l'administration ne peut pas interdire à un candidat de soumissionner du moment qu'il remplit les conditions requises par le Code des marchés publics⁹³⁷. Ces conditions ont trait d'une part, à la capacité juridique et d'autre part aux capacités professionnelles, techniques et financières des soumissionnaires. Cette trilogie est unanimement consacrée et l'organe de règlement des différends en Côte d'Ivoire a pour sa part apporté une précision en ce qui les concerne. Il a en effet, estimé que l'autorité contractante ne peut pas recourir qu'à des capacités purement financières. En d'autres termes, la mesure de la capacité des soumissionnaires à aller jusqu'au bout de l'exécution doit aussi s'apprécier sur la base de critères techniques et professionnels⁹³⁸.

Mais la difficulté que l'on rencontre avec les réglementations étudiées est que, dans le fond, elles donnent très peu d'informations sur le contenu des critères énoncés et

⁹³⁷ Jean François BRISSON, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie Nationale, 2004, p.185.

⁹³⁸ ANRMP (Côte d'Ivoire), Décision n° 016/2012/ANRMP/CRS du 31 juillet 2012 portant appréciation de la régularité des critères de sélection contenus dans le dossier d'appel d'offres n° F-178/2012 relatif à l'achat et à la distribution de kits scolaires aux élèves des cours préparatoires, des cours élémentaires, des cours moyens 1 & 2 des écoles primaires publiques de cote d'Ivoire au titre de l'année scolaire 2012-2013: <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968>

sur les pièces que le candidat doit fournir pour prouver qu'il les remplit. Ils se limitent à mettre à la disposition des autorités contractantes et des maîtres d'ouvrage un canevas afin qu'elles puissent élaborer leurs dossiers d'appel d'offres⁹³⁹.

A l'exception de la réglementation du Burkina Faso qui définit de façon explicite les attestations exigibles pour établir la capacité financière des soumissionnaires⁹⁴⁰, les textes restent évasifs sur la question. Le Code de la Côte d'Ivoire, se limite à préciser que l'autorité contractante doit exiger tous documents ou pièces lui permettant d'apprécier la solvabilité, la régularité de leur situation fiscale et sociale, notamment les justificatifs portant sur leur chiffre d'affaires, les comptes de résultats, les tableaux de financement etc. Le Code du Cameroun n'évoque pour l'essentiel que la caution de soumission et renvoie

⁹³⁹ Les codes des marchés publics renvoient aussi à des textes pour préciser les pièces à fournir pour attester des capacités techniques, financières et professionnelles des candidats. C'est dans ce cadre qu'a été adopté au Burkina Faso l'arrêté n° 2010-247/MEF/CAB du 5 juillet 2010 portant fixation des pièces administratives exigées des candidats aux marchés publics et modalités de fonctionnement des commissions d'attribution des marchés, des commissions de sélection des candidats aux délégations de service public et des commissions de réception, *op. cit.* Les directeurs des marchés publics peuvent également adopter des décisions en ce sens. Mais ce procédé pose problème. Les décisions et les arrêtés sont facilement modifiables. Bien que nul ne soit censé ignorer la loi, l'instabilité réglementaire qui peut en résulter peut induire en erreur des soumissionnaires et entraîner leur inadmissibilité parce qu'ils se sont référés à un texte qui, un court temps après son adoption, a été modifié ou remplacé par un autre. La décision rendue par l'ANRMP de la Côte d'Ivoire le 22 mars 2012 édifie à ce propos. Le soumissionnaire s'est référé à la décision n° 1030/2011/MEF/DGBF/DMP du 04 octobre 2011 du Directeur des Marchés Publics qui dispensait les soumissionnaires de fournir les attestations de régularité fiscale et celle livrée par la Caisse Nationale de Prévoyance Sociale (CNPS). Il a été éliminé de la procédure au motif que la décision à laquelle il s'est référé a été modifiée par la décision n° 1328/MEF/DGBF/DMP/05 du 14 novembre 2011 qui, elle, exige les pièces en question. Bien que le nouveau texte ait été adopté avant le lancement de l'appel d'offres, force est de reconnaître que le caractère éphémère du premier a été source d'insécurité juridique. ANRMP de la Côte d'Ivoire, Décision n° 006/2012/ANRMP/CRS DU 22 mars 2012 sur le recours de la société J. DELAF contestant les résultats de l'appel d'offres n° P85/2011 organisé par l'Institut national polytechnique Houphouët-Boigny (INP-HB) de Yamoussoukro: <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/468760260500d2ae68d8bb.pdf>

⁹⁴⁰ Pour en attester les candidats doivent fournir selon l'article 42 du code des marchés public au Burkina Faso, soit des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités, ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels, soit leurs bilans ou des extraits de ces bilans, soit une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du contrat. Ces attestations doivent concerner les cinq derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles. Le Code des marchés est souple sur ces exigences car d'une part il n'oblige pas l'autorité contractante à exiger l'ensemble de ses justifications. D'autre part, il prévoit la possibilité pour les soumissionnaires qui pour une raison justifiée, ne seraient pas en mesure de fournir les références demandées par l'autorité contractante, de prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante.

pour le reste au dossier d'appel d'offres⁹⁴¹. Dans le Code du Sénégal, les renseignements exigés doivent porter sur les moyens humains et techniques, à la garantie de soumission, et «éventuellement, tout autre document permettant de juger de sa capacité financière»⁹⁴². Il apparaît ainsi que les autorités contractantes bénéficient d'un pouvoir d'appréciation non négligeable pour définir la nature des pièces exigibles pour attester des capacités des soumissionnaires.

Ainsi chaque marché et plus précisément chaque dossier d'appel d'offres fixe les conditions relatives aux capacités. Certes il y'a une standardisation de ces dossiers mais, parce qu'il a des spécifications propres à chaque marché, les informations exigées dans les dossiers standards le sont à titre indicatif. En définitive, il appartient aux autorités contractantes en se basant sur les indications du Code des marchés et des dossiers standards d'appel d'offres de définir les critères attestant de la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché. Comme le résume l'ARMP du Sénégal, «*il relève de la responsabilité de l'autorité contractante de prévoir dans les dossiers d'appel d'offres, des critères de qualification compatibles avec la nature, la consistance et la complexité des prestations projetées et en même temps accessibles à un nombre de candidat suffisant pour assurer une concurrence saine et transparente dans le respect des objectifs de qualité et d'efficacité assignés à la commande publique*»⁹⁴³. Donc en ce domaine les maîtres d'ouvrage et les autorités contractantes bénéficient d'une liberté.

⁹⁴¹ Décret n° 2004-275 du 24 septembre 2004 *op. cit.*, Article 23.

⁹⁴² L'article 44 du code évoque aussi les attestations justifiant que le soumissionnaire est en règle à l'égard de la Caisse de Sécurité sociale, de l'Institut de Prévoyance Retraite du Sénégal (IPRES), des services chargés des recouvrements fiscaux et de l'inspection du Travail, une attestation justifiant le paiement des redevances de régulation exigibles au titre des marchés publics de l'exercice précédent une déclaration sur l'honneur attestant qu'il ne fait pas l'objet d'une procédure de liquidation de biens ou de faillite personnelle, une déclaration attestant qu'il a pris connaissance des dispositions de la charte de transparence et d'éthique en matière de marchés publics adoptée par décret et qu'il s'engage à les respecter et la garantie de soumission.

⁹⁴³ ARMP du Sénégal, Décision n° 236/13/ARMP/CRD du 14 août 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société WADE TRADING COMPANY concernant le dossier d'appel d'offres n° 12/2013 de la SENELEC ayant pour objet la fourniture de transformateurs de mesure et de parafoudres pour lignes HTB:
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=624:decision-nd-23613armpcrd-du-14-aout-2013&Itemid=656

Leurs seules limites sont d'une part qu'ils doivent veiller à ce que leurs exigences ne soient pas discriminatoires et d'autre part, ils doivent se garder d'imposer aux soumissionnaires des conditions de qualification qui ne figurent pas dans le dossier d'appel d'offres⁹⁴⁴.

Le contentieux de la passation montre cependant que bien souvent des exigences figurant dans les dossiers d'appel d'offres restreignent la liberté d'accès, voire même sont discriminatoires. Ce sont alors les organes de règlement des différends qui, s'ils sont saisis, se chargent de rétablir le principe de liberté d'accès. C'est ainsi qu'ils ont développé une jurisprudence permettant de préciser la notion de marché similaire. Cette exigence quasi systématiquement requise par les autorités contractantes et souvent mal interprétée, constitue un obstacle majeur à l'accès au marché alors que les textes ne précisent pas son contenu.

Ainsi, face au rejet de l'offre d'un soumissionnaire pour défaut de marché similaire, l'organe de règlement des différends de l'ARMP du Burkina Faso jugea qu'un marché similaire renvoie à des projets de nature et de complexité similaires et non à un marché identique, matériel pour matériel. Il en conclut qu'une attestation prouvant l'exécution d'un marché d'habillement pour les préfets suffit pour prouver l'exécution d'un marché similaire à celui ayant pour objet la confection de toges pour les magistrats et que c'est à tort que la commission d'attribution a rejeté l'offre du soumissionnaire⁹⁴⁵. Dans le même sens, le CRD du Sénégal a jugé que la «*similarité doit être appréciée par rapport à la complexité, les moyens et la technologie utilisés pour réaliser les travaux*».

⁹⁴⁴ ARMP du Burkina Faso, Décision n° 09/ARMP/CRD du 12 janvier 2011 du CRD statuant sur le recours de la Société DATASYS contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2010-03/MPCEA/SONABHY pour l'acquisition de matériel informatique:

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2011/RECOURS/decision_09_arm_p_crd_12_01_2011.pdf.

⁹⁴⁵ ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2013-321/ARMP/CRD du 30 mai 2013, sur recours de l'entreprise JC'THEO contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n° 1-2013/007-MJ/SG-DMP du 05 février 2013 pour l'acquisition de robes pour magistrats au profit du Ministère de la justice. Aussi: Décision n° 2013-388/ARMP/CRD du 13 juin 2013 sur recours de l'entreprise BELKOM-INDUSTRIE contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 17/2012 pour la fourniture de divers matériels à la SONABEL (lots 03 et 06):

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_388_arm_p_crd_13_06_2013.pdf.

Dès lors, les divergences pouvant exister entre les conditions tenant aux capacités professionnelles et les attestations fournies par le cocontractant ne doivent pas entraîner le rejet de l'offre de ce dernier du moment, qu'elles ne sont pas de nature à remettre en cause de façon substantielle, la capacité du candidat à exécuter le contrat⁹⁴⁶.

Dans une autre décision en date du 24 juillet 2013, ce même Comité de règlement fait observer le caractère discriminatoire que constitue la détermination par l'autorité contractante du montant minimum que doit atteindre le marché similaire. Il considère que *«le fait de fixer un montant par rapport à la taille du marché, quoiqu'observé dans la pratique, risque néanmoins de restreindre la concurrence aux seules entreprises qui ont été dans le passé, titulaires du marché de cette envergure et pour longtemps encore»*⁹⁴⁷. Mais cette décision est apparemment limitée à l'espèce car d'autres affaires mettant en cause des rejets pour défaut de marché similaire d'un montant bien défini arrivent encore devant le CRD. Même s'il donne gain de cause au soumissionnaire évincé, l'organe de règlement des différends ne soulève pas la question de caractère discriminatoire de la fixation d'un montant précis pour les marchés de nature similaire⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ Partant de là, il considère que pour un marché de travaux de route, lorsqu'il est demandé aux soumissionnaires de fournir au moins trois marchés de même nature au cours des dix dernières années ayant chacun une valeur minimum de 600 millions, l'offre du candidat prouvant l'exécution de travaux d'entretien périodique de route en terre (montant 1 655 388 063 FCFA), de travaux de réalisation de piste et construction de canal avec ouvrages annexes (de 1 205 610 720 FCFA TTC) et de travaux de viabilisation composés de voirie, d'électricité, de génie civil (976 047 531 FCFA TTC) doit être considérée comme conforme: ARMP du Sénégal, Décision n° 227/ 13/ ARMP/CRD du 07 août 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours introduit par l'entreprise GENITE dans le cadre de l'appel d'offres pour les travaux d'entretien, de réhabilitation et de construction de pistes de désenclavement pour les régions de Louga, de Saint-Louis et de Matam (lot N°3) lancé par l'AGEROUTE: http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=609:decision-nd-22713armpcrd-du-07-aout-2013&Itemid=637

⁹⁴⁷ ARMP Sénégal, Décision n° 200/13/ARMP/CRD du 24 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours introduit par l'entreprise DELTA dans le cadre de l'appel d'offres pour les travaux d'entretien des réseaux d'eaux usées et d'eaux pluviales (lot n°4) lancé par l'ONAS: http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=582:decision-nd-20013armpcrd-du-24-juillet-2013&Itemid=610

⁹⁴⁸ ARMP du Sénégal, Décision n° 225/14/ARMP/CRD DU 27 août 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de l'entreprise FERMON LABO Sénégal sa contestant l'attribution provisoire du marché relatif a l'acquisition d'aliment de bétail, lance par le Ministère de l'élevage et des productions animales:

En guise de comparaison, depuis la réforme du Code des marchés publics en France en 2006, l'article 52 du Code des marchés publics prévoit que *«l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats»*. Il n'est pas de doute qu'une telle mesure ouvre l'accès aux marchés aux PME et aux entreprises naissantes. L'autorité contractante peut toujours vérifier leur capacité à aller jusqu'au bout de l'exécution du marché par d'autres moyens⁹⁴⁹.

Pour ne pas être discriminatoires, les attestations exigées des soumissionnaires doivent aussi avoir un lien avec l'objet du marché. Aussi, lorsqu'il s'est présenté devant l'ARMP du Sénégal un litige portant sur un marché de fournitures de transformateurs sans service connexe portant sur leur installation, le CRD a considéré que c'est de façon abusive que l'autorité contractante exige pour ce marché une attestation portant sur l'exécution de deux marchés similaires durant les cinq dernières années pour justifier des capacités techniques des soumissionnaires⁹⁵⁰. L'organe de règlement des différends considéra qu'une telle exigence *«n'est pas justifiée par l'objet et la nature du marché (puisque un nombre important de garanties a été pris), et peut avoir pour conséquence de restreindre la concurrence en excluant d'office un grand nombre d'entreprises notamment les PME»*.

La question des moyens financiers, techniques et professionnels exigés des candidats aux marchés publics revêt un caractère particulier lorsque ces candidats sont des petites et moyennes entreprises. Les autorités contractantes doivent veiller à ce que les moyens exigés soient adaptés à leur taille. Mais sur cette question aussi, des distorsions

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=1014:decision-nd-22514armpcrd-du-27-aout-2014&Itemid=1046.

⁹⁴⁹ Le Conseil d'Etat français a jugé qu'une telle mesure ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur demande aux candidats, lorsque l'objet du marché le justifie, de produire des références nominatives liées à des marchés précédents, Voir CE 6 mars 2009, Commune d'Aix en Provence, *Contrats et marchés publics*, Avril 2009, n° 4 comm. 122 obs. Frédérique OLIVIER.

⁹⁵⁰ ARMP du Sénégal Décision n° 236/13/ARMP/CRD du 14 août 2013, *op. cit.*

subsistent entre des textes qui imposent une prise en compte des capacités limitées de ces entreprises et la pratique des autorités contractantes qui désirent avant tout se protéger des soumissionnaires insuffisamment qualifiés. Entre les deux, les organes de règlement des litiges, veillent à trouver l'équilibre. Cette situation est bien illustrée à travers les faits de la décision rendue par l'ANRMP de la Côte d'Ivoire le 31 juillet 2012. L'autorité contractante avait divisé le marché en 34 lots afin de permettre aux petites entreprises de soumissionner. Mais dans le même temps elle a exigé des attestations prouvant que les candidats disposent d'un chiffre d'affaire de 500 millions de FCFA. L'organe de règlement des différends tout en reconnaissant la volonté de favoriser l'ouverture de la compétition aux petites et moyennes entreprises relève néanmoins que celle-ci contraste avec l'exigence d'un chiffre d'affaires aussi important d'autant plus que le montant de la majorité des lots soumissionnés est largement inférieur au montant exigé⁹⁵¹.

L'étude des capacités techniques et professionnelles amène nécessairement à aborder la question des attestations de qualification fournie par des organismes nationaux. Au Sénégal par exemple, le Code des marchés exige pour les marchés de bâtiments et de travaux publics, la production par les entrepreneurs et artisans du bâtiment et des travaux publics d'une attestation de qualification et de classement délivrée par la commission nationale compétente⁹⁵². On y a vu dans le passé un obstacle flagrant à la liberté d'accès aux marchés publics⁹⁵³. Qu'en est-il aujourd'hui? En notre sens une réponse négative s'impose. Un avis rendu par l'ARMP consacre l'application du principe de reconnaissance mutuelle à l'égard des pièces fournies par les entreprises communautaires conformément au traité instituant l'UEMOA⁹⁵⁴. Pour les entreprises non communautaires, les autorités

⁹⁵¹ ANRMP Côte d'Ivoire n° 016/2012/ANRMP/CRS du 31 juillet 2012 portant appréciation de la régularité des critères de sélection contenus dans le dossier d'appel d'offres n° F-178/2012 relatif à l'achat et à la distribution de kits scolaires aux élèves des cours préparatoires, des cours élémentaires, des cours moyens 1 & 2 des écoles primaires publiques de cote d'Ivoire au titre de l'année scolaire 2012-2013: <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968>

⁹⁵² Décret n° 83-856 du 10 août 1983 réglementant la qualification et la classification des entreprises, entrepreneurs et artisans de bâtiments et travaux publics, *J.O* du 24 septembre 1983.

⁹⁵³ Eric KY, *op. cit.*

⁹⁵⁴ L'article 2 de la directive n° 04/2005 du 9 décembre 2005, *op. cit.* pose les principes fondamentaux qui régissent le droit communautaire des MP et des DSP. Parmi eux figurent le principe de la reconnaissance

contractantes doivent se référer aux accords bilatéraux ou multilatéraux⁹⁵⁵. Les autorités burkinabè ont réglé la question en consacrant explicitement la reconnaissance des attestations délivrées en vertu de la législation du pays d'établissement ou de base fixe des soumissionnaires⁹⁵⁶.

Les réformes relatives aux marchés publics ont apporté des assouplissements aux conditions d'accès à la commande publique et ont clarifié les procédures. Mais force est de constater que ces innovations ne suffisent pas pour donner un plein effet au principe de liberté d'accès à la commande publique. Les Codes des marchés publics gagneraient à être plus précis dans l'énumération des exigences imposées aux candidats. De plus, une attention doit être portée à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

Dans les réglementations analysées, celle du Sénégal présente une spécificité, en ce sens qu'elle met en place un mécanisme qui limite l'accès aux marchés publics et de ce fait limite la portée de la procédure d'appel d'offres ouvert.

mutuelle. Celui-ci implique que les Etats membres ont l'obligation de reconnaître les procédures (modalités) de délivrance des pièces administratives requises auprès de soumissionnaires comme conformes aux leurs. Autrement dit les attestations fiscales, administratives, sociales bénéficient d'une présomption d'authenticité et font foi du point de vue de la régularité des entreprises soumissionnaires.

⁹⁵⁵ ARMP Sénégal AVIS N° 007/09/ARMP/CRD du 11 mai 2009 du CRD statuant en commission litiges sur la demande de la DCMP de saisir la commission de l'UEMOA sur la conduite à tenir par rapport aux garanties délivrées par les banques étrangères. Dans cet avis, le CRD a considéré que «les garanties émanant des organismes financiers ayant reçu l'agrément des autorités compétentes des Etats membres de l'UEMOA sont éligibles aux appels d'offres nationaux. En dehors de l'espace l'UEMOA et «à défaut d'accord bilatéral ou multilatéral réglementant les modalités de délivrance des garanties émanant de l'organisme étranger, l'autorité contractante reste libre de prendre une caution solidaire et personnelle ou de déterminer les modalités de constitution et de libération des garanties à fournir

http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=254&Itemid=275

⁹⁵⁶ Selon l'article 39 du code des marchés publics, «Les candidats qui n'ont pas une base fixe ou un établissement stable au Burkina Faso ne peuvent être invités à justifier de leurs capacités techniques telles que définies par les dossiers d'appel à la concurrence et de leur éventuelle inscription à un registre professionnel, qu'en vertu de la législation du pays où ils sont établis ou installés. Ils peuvent par conséquent, même implantés à demeure dans un pays d'établissement ou de base fixe, soumissionner à des marchés publics et à des délégations de service public au Burkina Faso»

B. LA LIBERTE D'ACCES A LA COMMANDE PUBLIQUE: UNE LIBERTE ABUSIVEMENT ENCADREE AUX TERMES DE L'ARTICLE 52 DU CODE DES MARCHES PUBLICS AU SENEGAL

Il résulte de l'article 52 du décret du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics au Sénégal que : «la participation aux appels à la concurrence et aux marchés de prestations et fournitures par entente directe dont le financement est prévu par les budgets des autorités contractantes énumérées à l'article 2 du présent décret est réservée aux seules entreprises sénégalaises et communautaires, régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au registre du commerce et du crédit mobilier ou au registre des métiers au Sénégal ou dans l'un des Etats membres de l'UEMOA ou aux entreprises des Etats appliquant le principe de réciprocité. Toutefois, il est dérogé à l'alinéa précédent (...) lorsque les marchés concernés ne peuvent être exécutés par les entreprises ci-dessus visées, lorsque du fait de l'envergure financière du marché et /ou de la complexité technique des travaux, fournitures ou services, la faible concurrence locale ne garantit pas une compétition transparente ou une exécution économique et diligente du marché. L'accès aux marchés concernés est alors autorisé aux groupements réunissant des entreprises communautaires à des entreprises non communautaires (...)». Cette disposition pose un principe d'exclusion des soumissionnaires non communautaires des marchés financés sur les budgets nationaux. Il figurait dans des termes presque identiques dans le Code des marchés de 2011, de 2007 et de 2002. Le Comité de règlement des litiges de l'ARMP a eu l'occasion de se prononcer sur le sens qu'il fallait donner à cette disposition. Mais son interprétation demeure très ambiguë.

Dans un premier avis en date du 11 août 2010, le CRD est saisi par la DCMP sur la portée de l'article 52 du Code des marchés publics du décret du 25 avril 2007 qui contenait aussi le même principe d'exclusion⁹⁵⁷. Le CRD commence par rappeler le

⁹⁵⁷ La disposition prévoyait alors que « *La participation aux appels à la concurrence et aux marchés de prestations et fournitures par entente directe dont le financement est prévu par les budgets de l'Etat, des établissements publics, des collectivités locales et des sociétés nationales ou sociétés à participation publique majoritaire, est réservée aux seules entreprises sénégalaises et communautaires régulièrement patentées ou*

caractère général de l'article 52 en considérant qu'il s'applique «à toutes les entreprises candidates aux marchés publics financés sur ressources internes qu'elles se présentent à titre individuel ou sous forme de groupement». Partant de là, il conclut que cette disposition pose «un principe» qui ne peut souffrir que des exceptions énumérées en son second alinéa⁹⁵⁸. Cette disposition, tout comme l'interprétation qu'en donne le CRD trouble le principe même de l'appel d'offres ouvert. Mais, de plus elle n'a aucun fondement légal. Ce dont va se rendre compte l'organe de règlement des différends dans un second avis.

En effet, dans un avis du 7 septembre 2011⁹⁵⁹, le CRD est interrogé notamment sur la portée de l'article 52 du Code des marchés publics du 27 juillet 2011 par l'Agence des travaux et de gestion des routes suite à l'avis défavorable émis par la DCMP sur la décision d'attribution des trois lots constituant le marché de construction de l'autoroute AIBD-MBOUR-THIES⁹⁶⁰. Se fondant sur la définition de l'appel d'offres consacrée par la

exemptées de la patente et inscrites au registre du commerce et du crédit mobilier ou au registre des métiers au Sénégal ou dans l'un desdits Etats.

Toutefois, il peut être dérogé à l'alinéa précédent en application d'accords internationaux ou lorsqu'il s'agit de fournitures travaux ou services ne pouvant être livrés ou réalisés par des entreprises locales».

⁹⁵⁸ Avis n° 016/10/ARMP/CRD du 11 août 2010 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la Direction centrale des marchés publics relative à la recevabilité des offres des groupements dont des membres ne sont pas des entreprises communautaires dans le cadre de marchés publics financés par les ressources internes des Etats de l'UEMOA):

http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=234&Itemid=275

Un mois après cette décision intervient le décret n° 2010-1188 du 13 septembre 2010 modifiant et complétant le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant code des marchés publics qui supprime le second alinéa de l'article 52 qui définissait les modalités suivant lesquelles on pouvait déroger au principe posé à l'alinéa premier.

⁹⁵⁹ Avis n° 012/11/ARMP/CRD du 07 septembre 2011 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande d'avis de l'agence des travaux et de gestion des routes (AGEROUTE) sur l'avis de la DCMP imputant le financement du marché des travaux relatifs à la construction de l'autoroute AIBD-MBOUR-THIES au budget national et, en conséquence, la limitation de son accès aux seules entreprises nationales et communautaires.

http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=220&Itemid=275

⁹⁶⁰ La Direction centrale des marchés publics a fondé sa décision sur le fait que le marché est financé sur le Budget d'investissement consolidé de l'Etat. Selon elle, même si un emprunt a été fait sur le marché financier international pour compléter le financement, les sommes empruntées sont considérées comme faisant partie du budget national. Partant de là et conformément à l'article 52, elle a considéré que les lots composant le marché ne pouvaient être attribués à un soumissionnaire qui n'est ni une entreprise sénégalaise ou communautaire ni une entreprise ressortissant d'un Etat appliquant le principe de réciprocité, ni un groupement des entreprises communautaires et non communautaires. Et pourtant, elle reconnaît que

directive 04/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA⁹⁶¹ et le COA⁹⁶², le CRD a considéré que ces deux textes conçoivent l'appel d'offres ouvert comme une procédure de passation à laquelle *«tout candidat peut participer»*.

Partant de là, il jugé «Qu'en considération du caractère hautement concurrentiel et égalitaire de l'appel d'offres auquel il ne peut être porté de dérogation que par application du droit de préférence, les dispositions de l'alinéa premier de l'article 52, qui limitent l'accès des marchés dont le financement est assuré par les ressources nationales aux seules entreprises nationales et communautaires, vont au-delà des prévisions de la Directive communautaire et de la loi nationale. Par conséquent, en considération de la hiérarchie des normes, (...) l'alinéa premier de l'article 52 n'est pas applicable à l'appel d'offres ouvert»⁹⁶³.

Concernant la dérogation consistant à permettre l'accès aux marchés aux groupements formés par des entreprises communautaires et non communautaires, l'organe de règlement des différends considère qu'elle ne peut être que *«facultative»* lorsque la procédure de passation est l'appel d'offres ouvert. Autrement dit, dans le cadre de cette procédure, l'accès au marché est ouvert tant aux entreprises communautaires que non communautaires, qu'il n'y a pas d'obligation pour ces derniers de constituer des groupements avec des entreprises nationales ou communautaires.

l'ouverture de la concurrence aux entreprises non communautaire permettrait de réaliser une économie s'élevant à quarante neuf milliards de franc CFA.

⁹⁶¹ L'organe de règlement des litiges relève en effet que selon l'article 30 de la directive 04/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA, *«l'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat, qui n'est pas visé par les restrictions visées aux articles 17 [relatif aux cas de conflits d'intérêt] et 18 [relatif aux restrictions liées à la personne des candidats et soumissionnaires], peut soumettre une demande de pré qualification ou une offre»*

⁹⁶² Selon l'article 26 de la loi du 30 juin 2006, *op. cit.*, l'appel d'offres est «la procédure par laquelle les autorités contractantes attribuent le marché, après appel à la concurrence et ouverture publique des offres, sans négociation, au candidat réunissant les conditions de qualification, qui remet l'offre la moins-disante, sur la base des critères quantifiés en termes monétaires préalablement portés à la connaissance des candidats»

⁹⁶³ Avis n° 012/11/ARMP/CRD du 07 septembre 2011 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande d'avis de l'agence des travaux et de gestion des routes (AGEROUTE) sur l'avis de la DCMP imputant le financement du marché des travaux relatifs à la construction de l'autoroute AIBD-MBOUR-THIES au budget national et, en conséquence, la limitation de son accès aux seules entreprises nationales et communautaires, *op. cit.*

Dans cet avis, le CRD conclut sans ambiguïté qu'une disposition qui limite l'accès à certaines entreprises dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouvert est contraire, «*antinomique*» tant au droit communautaire, qu'à la loi régissant l'ensemble des contrats administratifs. Cette interprétation, si conforme à la logique de l'appel d'offres ouvert n'a toutefois pas été suivie par l'organe de contrôle *a priori* qui a persisté dans son refus d'accorder un avis favorable à la décision d'attribution du marché⁹⁶⁴. L'autorisation de poursuivre la procédure de passation du marché est finalement venue de l'organe de régulation.

L'interprétation ainsi donnée à l'article 52 par l'organe de règlement des différends ne fera cependant pas jurisprudence.

A la suite de cette décision, le CRD est revenu à plusieurs reprises à sa première interprétation aidé en cela par la Direction centrale des marchés publics qui rejette presque systématiquement les demandes de dérogation des autorités contractantes désirant ouvrir la concurrence au delà des entreprises nationales et communautaires⁹⁶⁵. Ainsi, lorsqu'il est saisi en mai 2013 par le Ministère de l'éducation nationale qui contestait le rejet par la

⁹⁶⁴ Décision n° 197/11/ARMP/CRD du 05 octobre 2011 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de l'Agence des travaux et de gestion des routes (AGEROUTE) contestant l'avis défavorable de la DCMP à l'attribution du marché de travaux relatif à la réalisation des tronçons de l'autoroute AIBD - MBOUR-THIES et sollicitant la poursuite de la procédure de passation dudit marché. http://armp.sn/images/D%C3%A9cisions/Decisions_No_197_-11.pdf

⁹⁶⁵ Avis n° 008/12/ARMP/CRD du 03 avril 2012 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission de litiges sur la demande d'autorisation de l'AGEROUTE de poursuivre la procédure de passation suite à l'avis défavorable de la DCMP sur la proposition d'ouvrir, aux cabinets étrangers, la manifestation d'intérêts portant sur le marché d'études pour les travaux de construction de l'autoroute Mbour- Kaolack- Tambacounda – Kédougou – Falémé. http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=210&Itemid=275

Dans cet avis le CRD rappelle qu'en « tout état de cause, une autorisation tendant à ouvrir les marchés financés sur budget national, ne pourra être délivrée par le CRD que si les conditions matérielles non cumulatives ci-après définies sont remplies :

1. l'autorité contractante a justifié le non aboutissement d'une procédure d'appel à la concurrence lancée dans les formes prévues, déclarée infructueuse ou sans suite ;
2. l'autorité contractante a justifié l'absence d'entreprises au niveau national et communautaire disposant des qualifications exigées pour assurer une compétition satisfaisante, lorsqu'il s'agit de prestations ayant un caractère spécifique ;
3. l'entreprise étrangère bénéficie d'un droit de participation en vertu d'un accord de réciprocité signé entre le Sénégal et le pays d'origine ;

DCMP de sa demande de dérogation à l'article 52 du Code des marchés publics pour passer un marché d'acquisition de manuels scolaires par appel d'offres international⁹⁶⁶, le CRD décide d'appliquer à la lettre l'alinéa premier de l'article 52 mais reconnaît que les motifs fournis par le Ministère de l'éducation nationale justifient l'autorisation à «*titre exceptionnel*» d'un recours à des entreprises étrangères en dehors de tout regroupement avec des entreprises communautaires⁹⁶⁷.

Force est de constater, qu'aujourd'hui la position de l'organe de règlement des différends est que l'article 52 pose un principe d'exclusion des entreprises non communautaires et ceux ressortissant de pays avec qui il n'existe pas d'accord de réciprocité lorsque les marchés sont financés sur le budget de l'Etat. Il procède à une application littérale de l'article 52 et n'admet alors que les dérogations justifiées par l'incapacité des entreprises éligibles au titre de cette disposition (exemple: complexité du projet pour les entreprises communautaires, insuffisances des moyens financiers pour réaliser le projet etc.)⁹⁶⁸. L'article 52 du Code des marchés publics du Sénégal est en porte-à-faux vis-à-vis de l'idée de concurrence qui compromet ces deux objectifs.

⁹⁶⁶Décision n° 114/13/ARMP/CRD du 08 mai 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine du Ministère de l'éducation nationale demandant l'autorisation d'ouvrir à l'international l'appel d'offres n° 14/13/BCI relatif à l'acquisition de manuels scolaires. Concrètement, le Ministère demandait une dérogation à l'alinéa second de l'article 52, qui exige la constitution de groupement entre les entreprises nationales et les entreprises étrangères, pour que ces dernières puissent participer à une procédure d'appel d'offres ouvert.

http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=495&Itemid=57

⁹⁶⁷ Selon le CRD: «*Considérant que même si l'appel d'offres litigieux est financé à travers le Budget consolidé d'Investissement, il n'est pas certain d'avoir un nombre assez large d'éditeurs disposant d'une capacité technique et financière leur permettant de concourir efficacement au marché; Que pour cette raison, l'ouverture du marché à l'international ainsi que la faculté de se constituer en groupement entre les entreprises communautaires et les entreprises non communautaires, sont justifiées; Qu'en considération de ce qui précède, il y a lieu d'autoriser, à titre exceptionnel, l'ouverture de la procédure de sélection dudit marché aux entreprises étrangères ainsi que la faculté de regroupement entre les entreprises étrangères et les entreprises communautaires*».

⁹⁶⁸ Décision n° 376/13/ARMP/CRD du 04 décembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours introduit par le groupe d'ingénierie et de construction (GIC) contestant les critères de l'avis d'appel public à manifestation d'intérêt ayant pour objet la présélection de candidats pour une assistance au maître d'ouvrage (AMO) pour les travaux de construction de l'autoroute Thiès-Touba, http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=767:decision-nd-37613armpcrd-du-04-decembre-2013&Itemid=798

Si l'on prend la protection de droits subjectifs des entreprises, non seulement cette disposition porte atteinte à la libre concurrence et à toutes les libertés que l'on a pu y rattacher, mais en plus elle pose une contrainte injustifiée sur les entreprises non communautaires. Elle les oblige à se constituer en groupement avec des entreprises sénégalaises ou communautaires pour participer aux appels d'offres. Or, peut-on, pour des raisons tenant à la volonté de redistribution des deniers publics aux entreprises nationales, contraindre une entreprise disposant des capacités professionnelles, juridiques, techniques, financières, etc., à se grouper avec une autre entité qui ne peut être qualifiée toute seule parce que ne réunissant pas l'intégralité des conditions requises?⁹⁶⁹ Cette interrogation vise en vérité à faire ressortir le caractère injuste de cette disposition.

Au regard de l'objectif de sauvegarde des deniers publics, il est apparu, dans l'affaire opposant AGEROUTE à la DCMP pour le marché de travaux relatifs à la construction de l'autoroute AIBD-MBOUR-THIES, que cette dernière a refusé de donner un avis favorable à la décision d'attribution tout en reconnaissant que l'ouverture du marché à la concurrence internationale induit une économie de 49 milliards de FCFA.

La réglementation sénégalaise et en particulier l'article 52 du Code des marchés publics montrent combien l'ouverture de l'accès aux procédures de passation des marchés publics même par appel d'offres ouvert doit être relativisée. Combinée aux analyses faites précédemment sur les restrictions apportées par les différentes réglementations étudiées à la liberté d'accès, il apparaît que c'est à des degrés variables que les Etats ouvrent l'accès à leurs marchés publics. En d'autres termes, l'effectivité du principe de la liberté d'accès à la commande publique doit être relativisée.

DECISION N° 232/14/ARMP/CRD DU 27 AOÛT 2014 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine du Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche concernant la possibilité d'ouvrir à l'international la procédure de sélection pour les travaux de construction de l'université du Sine Saloum de Kaolack (USSK)
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=1022:decision-nd-23214armpcrd-du-27-aout-2014&Itemid=1054

⁹⁶⁹ Papa Layty NDIAYE, «Article 52 du code des marchés publics, une perfectibilité quasi impossible?», *Revue des marchés publics du Sénégal*, Fév. 2012, n° 13, pp. 10-12

Une fois que les candidats franchissent l'accès à la procédure de passation et sont admis à soumissionner, le respect de la concurrence impose aux autorités contractantes de traiter leurs offres sans aucune discrimination. C'est à ce stade de la procédure que peut être mesurée la portée du principe d'égalité entre les soumissionnaires.

§ 3. DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE LES SOUMISSIONNAIRES

Le respect du principe d'égalité entre les candidats exige de la part des autorités contractantes qu'aucune discrimination ne soit faite entre eux ou plutôt entre leurs offres. La mise en œuvre de l'égalité dans la procédure de passation par appel d'offres ouvert impose aux autorités contractantes au moins trois obligations de faire. La première est l'obligation de définir des critères de choix objectifs. Sur ce point, le montant de l'offre conforme a toujours été un critère déterminant. Il l'est encore. Le recours à la procédure d'appel d'offres n'a pas mis fin à la logique de l'adjudication qui veut que le contrat soit attribué au candidat qui propose l'offre conforme la moins-disante (A). La seconde peut être considérée comme l'obligation de définir les spécifications techniques de façon objective. Sur cette question, les réglementations méritent d'être complétées (B). La troisième peut résider dans l'obligation faite aux organes chargés de l'analyse des offres de procéder de façon objective (C).

A. LA PERSISTANCE DU PRIX LE PLUS BAS COMME CRITÈRE PRINCIPAL DE SÉLECTION

L'égalité entre les soumissionnaires est en particulier assurée par le recours à des critères de choix non discriminatoires. Le plus objectif de ces critères reste incontestablement le montant de l'offre. Mais avec la consécration de l'appel d'offres au rang de procédure de droit commun, l'offre financière aurait pu perdre sa place de critère prépondérant de sélection. Elle aurait pu faire plus de place à l'offre technique pour qu'en définitive l'autorité contractante se prononce en faveur de l'offre la mieux-disante car

tenant compte du prix combinée à d'autres critères non financiers. Mais l'analyse des réglementations et de la pratique montre que la logique de l'adjudication consistant à attribuer le marché au candidat ayant présenté l'offre la moins-disante a été conservée. La prise en compte d'autres critères n'y change rien.

Dans la législation du Cameroun, l'offre financière à retenir dépend du type de marché. Pour les marchés de travaux et de fourniture, le choix de l'attributaire se fait sur la base de l'offre la moins-disante. Dans le cadre d'un marché de prestations intellectuelles et de services, l'attribution *«se fait au soumissionnaire présentant l'offre évaluée la mieux-disante, par combinaison des critères techniques et financiers»*⁹⁷⁰. Qu'entend-on par «l'offre la mieux-disante»? Les autorités camerounaises ne la définissent pas. Mais une comparaison avec la réglementation du Burkina Faso permet de répondre à cette question.

Conformément à la logique de l'appel d'offres, les autorités ont consacré une méthode de sélection fondée sur le critère de l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse ou offre la mieux-disante. Les autorités burkinabè définissent alors l'appel d'offres comme *«la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel d'offres»*⁹⁷¹. L'offre économiquement la plus avantageuse ou mieux-disante n'est pas celle qui propose le prix le plus bas à l'autorité contractante⁹⁷². Cette dernière a la possibilité de définir plusieurs critères d'évaluation. Parmi ceux-ci, peuvent figurer les coûts d'utilisation, la rentabilité, la qualité, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, le délai d'exécution, le calendrier de paiement, les exigences de standardisation etc. L'offre économiquement la plus avantageuse est donc celle qui répond le mieux à un ensemble de

⁹⁷⁰Décret n° 2004-275 du 24 septembre 2004, Article 33-1 parag. b).

⁹⁷¹ Décret n° 2008 – 173 du 16 avril 2008, Article 58. Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014, article 60.

⁹⁷² Christophe LAJOYE, «Offre économiquement la plus avantageuse», *JurisClasseur contrats et marchés publics*, fascicule 61-15, dernière mise à jour 15 septembre 2011. Aymeric RUELLAN, «Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et le code des marchés publics», *Contrats publics-ACCP*, décembre 2004, n°12, pp. 36-39.

critères d'attribution dont le prix n'est qu'un élément, c'est l'offre la plus intéressante au regard d'un ensemble de critères.

Dans les textes du Sénégal et de la Côte d'Ivoire, la définition de l'appel d'offres est modulée pour prendre en compte une méthode de calcul de l'offre la moins-disante qui se veut particulière. L'appel d'offres y est alors défini comme la procédure par laquelle une autorité contractante attribue le marché sans négociation, après appel à la concurrence, au candidat qui remet l'offre conforme évaluée la moins-disante, sur la base de critères quantifiés en termes monétaires préalablement portés à la connaissance des candidats⁹⁷³. De cette définition, il résulte que les autorités contractantes peuvent, comme c'est le cas dans le calcul de l'offre la mieux-disante, choisir à côté du prix d'autres critères d'évaluation à conditions qu'elles soient précisées dans le dossier d'appel d'offres. Ces critères peuvent être le coût d'utilisation, les performances techniques, les mesures de protection de l'environnement, le délai de livraison ou d'exécution⁹⁷⁴. Suivant un mode de calcul déterminé par l'autorité contractante, à chaque critère est affecté un coefficient ou un pourcentage permettant de déterminer son poids financier⁹⁷⁵. Le calcul de l'offre la moins-disante se fera alors en prenant en compte le montant des offres proposées par les soumissionnaires addition ou déduction faite de la valeur estimée des autres critères⁹⁷⁶.

⁹⁷³ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.*, article 55. Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 60

⁹⁷⁴ *Ibidem.*, Article 59. Article 71, Décret n° 2009-259 du 06 août 2009.

⁹⁷⁵ Sur la détermination du mieux disant, voir par exemple, Laurent RICHER, «Hiérarchisation et pondération des critères: aperçu documentaire», *Contrats publics-ACCP*, 2004, n°12, pp. 49-55. Olivier FROT, *Marchés publics, comment choisir le mieux disant? La détermination des critères et leur pondération*, Paris, AFNOR, 2008, 370 p.

⁹⁷⁶ Cet exemple tiré du Manuel de procédures du code des marchés publics du Sénégal édifie sur l'évaluation de l'offre la moins-disante sur la base de critères quantifiés en termes monétaires. Dans l'hypothèse qui suit l'autorité contractante privilégie le prix et les délais de livraisons comme critères d'évaluation. Dans le dossier d'appel d'offres, la période de livraison indiquée par la personne responsable du marché va du 1er mai 2007 au 1er juin 2007.

Ajustement du prix des offres: 0,5% par jour franc d'avance sur la date «finale».

Offre n° 1:

Prix: 10 millions FCFA

Date de livraison: 25 mai 2007

Offre n° 2:

Prix: 10,5 millions FCFA

Date de livraison: 5 mai 2007

L'offre économiquement la plus avantageuse comme l'offre la moins-disante évaluée sur la base de critères quantifiés en termes monétaires sont censées exprimer l'abandon de l'automatisme qui caractérisait l'adjudication et qui revenait à attribuer le marché au candidat dont le prix était le plus bas. Mais la réalité est que ce système perdure même avec l'appel d'offres. Les réformes ne sont pas venues à bout de «*la dictature du moins disant*»⁹⁷⁷. Le contentieux de la passation des marchés au Burkina Faso édifie bien sur la question.

Des textes étudiés, celui du Burkina Faso est le seul dans lequel l'expression «moins-disant» n'apparaît pas. Pourtant, c'est souvent devant l'organe de règlement des différends que les autorités contractantes accusées de discrimination entre les soumissionnaires se défendent en arguant avoir attribué le marché au soumissionnaire ayant soumis l'offre la moins-disante⁹⁷⁸, ou que l'organe de règlement des différends décide lui même qu'un marché ne peut être attribué à un soumissionnaire qui ne présente pas l'offre conforme la moins-disante⁹⁷⁹.

Plusieurs raisons peuvent justifier le fait que, dans les textes comme dans la pratique, le recours à l'offre la moins-disante est toujours de rigueur même s'il connaît des aménagements. Le premier est sans conteste l'argument des deniers publics toujours

Ajustement des offres :

Offre n° 1: 6 jours francs x 0,5 x 10 millions = 0,3 millions à déduire de 10 millions, soit : 9,7 millions

Offre n° 2: 20 jours francs x 0,5 x 10,5 = 1,05 million à déduire de 10,5 millions, soit 9,45 millions. Cette dernière offre sera considérée comme la moins-disante.

⁹⁷⁷ Expression empruntée au Professeur GUIBAL. Michel GUIBAL, «Refonte du code des marchés publics: le conflit saugrenu de la légalité et de l'opportunité», *Petites affiches*, 19 novembre 1999, n° 231, p. 4-11.

⁹⁷⁸ Voir parmi de nombreuses décisions: ARMP du Burkina Faso, décision n° 2 013-484/ARMP/CRD sur recours de l'entreprise A.I.T contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2013-01/RSUO/P.IB/C.DN/CCAM du 26 avril 2013 pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des Circonscriptions d'éducation de base de Dano I et II.

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUILLET_2013/CONTESTATION/decision_484_armp_crd_09_07_2013.pdf.

⁹⁷⁹ ARMP Burkina Faso, Décision n° 2012-1033/ARMP/CRD sur recours de la Société SUNDEEP MEDICAL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2012-0210/MAH/SG/DMP du 21 août 2012 pour l'acquisition de microscopes au profit du projet de lutte contre les fléaux de la DGPV (Lot 2) http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_DEC_2012/CONTESTATION/decision_1033_armp_crd_04_12_2012.pdf.

insuffisants. Pourquoi choisir l'offre la plus chère alors qu'on peut avoir les mêmes prestations, même dans un délai un peu plus long, à moindre coût? Ensuite, le choix de l'offre la moins-disante est une donnée fortement ancrée tant chez les autorités contractantes que chez les entreprises, c'est le prix des offres qui finit toujours par départager les candidats dont les offres sont conformes⁹⁸⁰. La prédominance de la logique de l'adjudication se justifie aussi pour des raisons «politiques». Pour une autorité contractante, il est plus facile de justifier le choix de l'offre la moins-disante que celle de l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour reprendre le professeur GUIBAL, *«le prix le plus bas, cela se constate très souvent sans compétence particulière; l'offre la plus intéressante relève plutôt de la subjectivité»*. Enfin, le risque contentieux est plus important lorsque l'autorité contractante ne choisit pas le candidat qui a soumis l'offre la moins-disante.

En définitive la consécration de l'appel d'offres n'affecte en rien le fait que le critère principal de sélection soit l'offre la moins-disante même s'il obéit désormais à des modes de calcul tenant compte d'autres paramètres. Mais quoi qu'il en soit il a l'avantage de fonder la sélection sur un critère objectif.

L'objectivité doit aussi guider les autorités contractantes lorsqu'elles définissent les spécifications techniques des prestations. La tâche aurait pu être simplifiée par une réglementation plus complète que celle adoptée dans les différents Etats sur cette question.

⁹⁸⁰ ANRMP, Côte d'Ivoire, Décision n° 003/2013/ANRMP/CRS du 10 janvier 2013 sur le recours de la Société HUAWEI contestant les résultats de l'appel d'offres international n° T 501/2012 relatif à la construction du réseau haut débit à base de fibre optique, tronçon Abidjan – Bouna. La Cellule recours et sanction a jugé que même si l'offre financière de la société requérante n'avait pas été déclarée anormalement élevée, sa soumission n'aurait pas pour autant été retenue, du moment qu'elle n'était pas la moins-disante des offres
http://www.anrmp.ci/images/PDF/decision_n_001_2013_anrmp_crs_du_10_jan_vier_2013.pdf:

B. LA NECESSITE DE RENFORCER LES REGLES REGISSANT LA DEFINITION DES SPECIFICATIONS TECHNIQUES

La définition des biens, travaux et services objet du marché ne doit pas avoir pour objet ou pour effet d'exclure certaines offres. La neutralité doit être la caractéristique première des spécifications techniques. Comme le précise la Commission nationale de régulation des marchés publics du Bénin, les spécifications ne doivent pas « induire le choix du titulaire du marché »⁹⁸¹. Doivent par conséquent être prohibées les pratiques consistant à définir des spécifications taillées sur mesure pour un prestataire particulier.

L'intérêt de la définition objective des spécifications techniques réside dans le fait que l'offre technique est la première examinée lors du dépouillement des offres. Elle constitue ainsi un élément très important dans l'évaluation des offres. Pour un candidat quel qu'il soit, il ne lui sera d'aucune utilité d'avoir l'offre financière la moins-disante s'il ne franchit pas le cap de l'évaluation des offres techniques⁹⁸².

Pour parer à toute velléité des autorités contractantes d'élaborer des spécifications techniques qui rompent l'égalité entre les soumissionnaires, les nouvelles réglementations des marchés publics encadrent leur définition. Ainsi peut-on lire dans le CCAG applicable aux marchés de travaux au Cameroun que : *«les prestations qui font l'objet du marché sont déterminées dans leur consistance et leurs spécifications par référence aux normes*

⁹⁸¹ COMMISSION NATIONALE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS, Guide de l'acheteur public et du soumissionnaire, Cotonou, Juin 2010, 167p. Publié sur le site de l'Autorité de régulation des marchés publics:

www.armp.bj/index.php?option=com_phocadownload&view=section&id=3&Itemid=6 (consulté le 15/08/2014)

⁹⁸² C'est cette règle que l'ANRMP de la Côte d'Ivoire applique lorsqu'elle annule une procédure de passation au motif notamment que la Commission de jugement des offres a qualifié l'offre technique non conforme d'un soumissionnaire, dans le but de lui attribuer le marché étant donné que son offre financière était la moins-disante. ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 002/2011/ANRMP/CRS du 09 août 2011 sur le recours de la Société KINAN contestant les résultats de l'appel d'offres n° F116/2001 organisé par le centre régional des œuvres universitaires de Daloa: <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/10207899364f7994ec5b6af.pdf>

techniques homologuées et aux règles de l'art correspondantes»⁹⁸³. Cette disposition aurait cependant pu être complétée par des textes qui déterminent les spécifications techniques de façon plus précise ne serait-ce que pour certains types de prestations. Mais force est de constater que là aussi la liberté des maîtres d'ouvrage et du MINMAP est de rigueur.

Les Codes des marchés publics du Sénégal, du Burkina Faso vont plus loin dans l'encadrement des spécifications techniques. Mais là aussi la réglementation du Burkina Faso se démarque de celle du Sénégal, par la diversification des textes qui viennent compléter le Code des marchés publics pour préciser des spécifications techniques relatifs à certaines prestations⁹⁸⁴. Le but d'une telle démarche est sans aucun doute de laisser le minimum de liberté aux autorités contractantes pour la définition des spécifications techniques.

En dehors de ces textes périphériques qui précisent le contenu des spécifications techniques, le Code du Burkina Faso et celui du Sénégal encadrent les spécifications techniques dans les mêmes termes quasiment. Cet encadrement est basé sur une règle essentielle qui est que les travaux, fournitures et prestations de services qui font l'objet d'un marché public doivent être définis par référence aux normes, agréments techniques ou

⁹⁸³ Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, article 46, Annexe à l'arrêté n° 033/CAB/PM du 13 février 2007 mettant en vigueur les Cahiers des Clauses Administratives Générales applicables aux Marchés Publics,

⁹⁸⁴ Par exemple Arrêté n° 2013-143/MEF/CAB portant adoption des spécifications techniques de matériels et consommables informatiques, objet de marché public au Burkina Faso et Arrêté n° 2013-142/MEF/CAB du 26 avril 2013 portant adoption des spécifications techniques de matériels bureau, objet de marché public au Burkina Faso, JO n° 24 du 13 juin 2013. Arrêté conjoint n° 2013-098/MENA/MEF du 25 octobre 2013 portant définition du cartable minimum des élèves et du contenu du fonctionnement courant des écoles de l'enseignement primaire au Burkina Faso, texte disponible sur le site de l'ARMP: http://www.armp.bf/index.php?option=com_content&view=article&id=67&Itemid=104; Arrêté n° 2012-225/MEF/CAB du 2 juillet 2012 portant adoption des spécifications techniques de matériel roulant, objet de marché public au Burkina Faso modifié par l'arrêté n° 2013-022/MEF/CAB du 22 janvier 2013, *ibidem*.

Pour une application, voir par exemple ARMP Burkina Faso, Décision n° 2013-404/ARMP/CRD sur recours de la société CFAO MOTORS BURKINA contre l'avis d'appel d'offres n°2013-039/MS/SG/DMP pour la fourniture de soixante-dix (70) véhicules 4X4 spécialement aménagés en ambulances au profit du Ministère de la Santé: annulation du dossier d'appel d'offres au motif que l'exigence d'une «portière à ouverture latérale d'origine» est une spécification contraire à l'arrêté n° 2012-225/MEF/CAB du 2 juillet 2012:

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_4_04_armp_crd_18_06_2013.pdf

spécifications nationales, communautaires lorsqu'ils existent, ou, à défaut, par référence à des normes, agréments techniques ou spécifications internationales⁹⁸⁵.

Cette règle est assortie de quelques exceptions clairement définies. La première concerne le cas où l'autorité contractante ne dispose pas de moyens lui permettant d'établir la conformité d'un produit aux spécifications techniques nationales, communautaires ou internationales. Elle a alors la possibilité de se référer à une marque commerciale ou à une appellation appartenant à un fournisseur ou un prestataire particulier à condition d'adjoindre la mention «*ou équivalent*» à la spécification concernée⁹⁸⁶. Elle peut aussi ne pas se référer à ces spécifications lorsqu'elles imposent l'utilisation de produits ou de matériaux incompatibles avec des installations déjà utilisées par l'autorité contractante, ou entraînent des coûts disproportionnés ou des difficultés techniques disproportionnées. Mais une telle dérogation doit être limitée dans le temps. C'est-à-dire que dans un terme déterminé, l'autorité contractante doit s'équiper de sorte à pouvoir recourir aux spécifications techniques nationales, communautaires et internationales. Enfin, l'autorité contractante peut recourir à des spécifications particulières lorsque *«le projet concerné constitue une véritable innovation pour laquelle le recours à des normes, à des agréments techniques ou à des spécifications techniques nationaux, communautaires, ou à défaut internationaux existants serait inapproprié»*.

Ce que ces dispositions révèlent, c'est que l'objectivité doit toujours fonder la définition des spécifications techniques, afin que l'égalité de traitement des candidats ne connaisse aucune atteinte. Les organes de règlement des différends en tirent plusieurs conséquences.

Ainsi, se fondant sur ces exigences fondamentales, le Comité de règlement des différends de l'ARMP du Burkina Faso, a considéré qu'une procédure de passation de marché de fournitures de véhicules, dans laquelle les spécifications techniques renvoient

⁹⁸⁵ Décret n° 2014-1211, du 22 septembre 2014, article 7 et Décret n° 2008-173 du 16 avril 2008, article 82.

⁹⁸⁶ *Ibidem.*, article 83. Aussi Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.* article 20.

sans la nommer à des véhicules de la marque Toyota et dans laquelle est présent un soumissionnaire qui détient les droits exclusifs sur la marque Toyota «rompt le principe d'égalité» de traitement des soumissionnaires. Partant de là, il prononce l'annulation de la procédure et du dossier d'appel d'offres «en vue de sa reprise dans des conditions non discriminatoires»⁹⁸⁷.

De même l'objectivité dans la définition des spécifications techniques impose, selon le CRD du Burkina Faso, qu'en définissant les caractéristiques que doivent revêtir les prestations, l'autorité contractante soit en mesure d'évaluer la conformité des offres à ces caractéristiques. Partant de là, le CRD conclut que l'autorité contractante ne peut pas se baser sur la non conformité d'une offre pour déclarer la procédure infructueuse pour insuffisance technique du dossier d'appel d'offre. Elle a l'obligation d'évaluer l'ensemble des offres techniques et financière⁹⁸⁸. Dans le même sens, le CRD du Sénégal a considéré que sont «manifestement discriminatoires» les spécifications qui exigent un moteur diesel atmosphérique alors que chez les concessionnaires installés au Sénégal, seuls deux types de véhicules de même marque en sont équipés⁹⁸⁹.

⁹⁸⁷ ARMP du Burkina Faso, Décision n° 197/ARMP/CRD du 18 mai 2011 du Comité de règlement des différends statuant sur le recours du cabinet SCPA KAM & SOME pour le compte de la Société MEGA TECH contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2010- 345/MAHRH/SG/DMP du 09/12/2010, pour l'acquisition de véhicules quatre roues au profit de la Direction générale des ressources en eau (DGRE): http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MAI_2011/RECOURS/decision_197_armp_crd_18_05_2011.pdf

⁹⁸⁸ Sur cette base, le CRD ordonne la reprise de la procédure: Décision n° 2013-324/ARMP/CRD du 30 mai 2013 sur recours de l'entreprise E.G.CO.F contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2013-01/MATD/ RNRD/PPSR/CBKN pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des CEB de la commune de BOKIN: http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_3_24_armp_crd_30_05_2013.pdf

Voir aussi, Décision n° 2013-206/ARMP/CRD du 25 avril 2013 sur recours du Groupement SKY VISION/ANET COMMUNICATION contre les résultats de l'appel d'offres n° 2011-073/DG.SONAPOST/DPL/PRM pour la réalisation de l'interconnexion des bureaux de poste. http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_AVRIL_2013/CONTESTATION/decision_206_armp_crd_25_04_2013.pdf

⁹⁸⁹ ARMP du Sénégal, Décision n° 201/13/ARMP/CRD du 24 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de la Société africaine de l'automobile contestant certaines spécifications techniques contenues dans le dossier d'appel d'offres pour l'acquisition de véhicules lancé par le ministère de l'éducation nationale:

Il apparaît ainsi qu'une définition subjective des spécifications techniques peut remettre en question l'égalité de traitement des candidats. Le recours à des consultants pour assister les autorités contractantes en cas de besoin aurait pu être la solution. Mais c'est une solution qui a un coût que certaines autorités contractantes ne peuvent pas ou ne veulent pas assumer. La solution pourrait alors être dans le renforcement des dispositions réglementaires qui traitent de la question ou l'adoption de textes expressément consacrés à cette question.

Mais dans tous les cas une définition objective des spécifications techniques par l'autorité contractante n'est pas à elle seule en mesure de garantir l'égalité entre les soumissionnaires. Encore faut-il que l'analyse des offres se déroule de façon objective.

C. L'OBLIGATION D'ANALYSER LES OFFRES DE FAÇON OBJECTIVE

L'analyse des offres est une étape importante qui, si elle n'est pas bien menée, peut sérieusement compromettre l'égalité entre les soumissionnaires. Les Codes des marchés publics encadrent la procédure d'évaluation des offres. Il s'agit d'une procédure très formalisée pour la mise en œuvre de laquelle, la confidentialité, la célérité et l'impartialité doivent fonder chaque acte des membres des commissions. Toutefois les règles qui encadrent le dépouillement et l'analyse des offres reçoivent des précisions indispensables à travers le contentieux de la passation. Les décisions des organes de règlement des différends permettent ainsi de mettre en exergue les distorsions qu'il peut y avoir entre la pratique et les dispositifs nationaux relatifs au respect de l'égalité de traitement des candidats.

Les organes de règlement des différends du Sénégal et du Burkina Faso ont ainsi précisé le contenu de l'égalité de traitement à l'occasion de litiges dans lequel il était

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=583:decision-nd-20113armpcrd-du-24-juillet-2013&Itemid=611.

reproché à l'autorité contractante de ne pas tenir compte de certains critères d'évaluation figurant dans le dossier d'appel d'offres. Le comité de règlement des différends du Burkina Faso a jugé que le respect de l'égalité de traitement exige que la Commission chargée de l'analyse des offres apprécie chaque offre au regard de l'ensemble des critères définis. Se fondant sur cette règle, il a estimé que lorsque le dossier d'appel d'offres exige la présentation d'échantillons des produits d'entretien, la commission d'attribution ne peut pas évaluer les offres et attribuer le marché sans tenir compte de ces échantillons⁹⁹⁰.

C'est dans le même sens que le CRD du Sénégal a jugé que la commission de passation peut rejeter l'offre d'un soumissionnaire au motif que le modèle de véhicule qu'il propose possède un réservoir de 70 litres alors que dans le dossier d'appel d'offres, il est exigé un réservoir de 80 litres. Par contre, elle ne peut, dans la même procédure, attribuer le marché à un soumissionnaire qui propose un réservoir de 65 litres et arguer du fait qu'elle n'a pas vérifié le volume du réservoir dans l'offre de ce dernier⁹⁹¹. Ces précisions qui au fond n'en sont pas, tellement les réponses apportées relèvent de l'évidence, montrent tout de même que l'égalité de traitement entre les soumissionnaires peut faire face à des entraves autant injustifiées qu'incompréhensibles.

L'interprétation que les commissions chargées de l'analyse des offres donnent à la nature de leur compétence peut aussi avoir des incidences sur la mise en œuvre de l'égalité de traitement des candidats. S'agit-il d'une compétence liée ou d'un pouvoir discrétionnaire? Des décisions rendues par l'ANRMP de la Côte d'Ivoire, permettent de saisir la nature des compétences des commissions chargées de l'analyse des offres.

⁹⁹⁰ ARMP du Burkina Faso, Décision n° 191/ARMP/CRD du 16 mai 2011 du CRD statuant sur le recours des Société GBI et PRES-NET-SERVICE-PLUS contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2011-00253/MEF/SG/INSD, pour l'entretien et le nettoyage des locaux au profit de L'INSD:

http://www.arpmp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MAI_2011/RECOURS/decision_191_arpmp_crd_16_05_2011.pdf

⁹⁹¹ ARMP du Sénégal, Décision n° 225/13/ARMP/CRD du 07 août 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de CCBM industries contestant l'attribution provisoire des lots 04, 05, 06, 07 et 08 du marché de la Direction du matériel et du transit administratif (DMTA) ayant pour objet la fourniture de matériels roulants (véhicules et motos):

http://www.arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=607:decision-nd-22513arpmpcrd-du-07-aout-2013&Itemid=635

L'organe de règlement des différends au sein de l'ANRMP a, en effet, considéré que lorsqu'elle est dans le fond de l'analyse, la compétence de la commission est liée. Ce qui implique que l'évaluation ne saurait être laissée à son *«libre arbitre»*. Une évaluation sincère qui garantit l'égalité de traitement des offres doit être exhaustive et reposer sur *«les critères objectifs tels que prescrits par le règlement particulier d'appel d'offres»* et non pas sur la seule volonté de la COJO. Par conséquent, celle-ci ne peut pas déclarer une composante de l'offre conforme en portant la mention «oui» sur le tableau de vérification des conformités et ensuite attribuer la note de 2/10 à cette composante⁹⁹². L'ANRMP estime qu'en procédant ainsi, la COJO a entaché *«la sincérité»* des décisions d'attribution.

En application de cette jurisprudence, elle a jugé dans une autre affaire que lorsque le dossier d'appel d'offres prévoit que pour obtenir la note maximale de 15/15, le chef d'exploitation proposé par le soumissionnaire doit avoir 8 années d'expérience, la commission ne peut pas attribuer la note de 10/15 à l'offre du soumissionnaire qui propose un chef cuisiniste doté de 8 années d'expérience. Elle juge également dans la même affaire que lorsque la note prévue pour le chef cuisiniste doté de 7 années d'expérience est de 10/10, la commission doit attribuer cette note à l'offre conforme et non la note de 8/10⁹⁹³.

La question de la nature des pouvoirs des commissions chargées de l'analyse des offres en soulève une autre qui lui est directement liée. Il s'agit de celle relative à l'étendue des pouvoirs de la commission pour apporter des corrections aux offres des soumissionnaires. La règle édictée par les textes en la matière est qu'après leur dépôt, les

⁹⁹² ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 004/2012/ANRMP/CRS du 22 mars 2012 sur le recours de l'entreprise INTERCOR contestant les résultats de l'appel d'offres n° P80/2011 organisé par la Société de gestion du patrimoine immobilier de l'Etat (SOGEPiE): <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/110-decision-n-004-2012-anrmp-crs-du-22-mars-2012-sur-le-recours-de-l-entreprise-intercor-contestant-les-resultats-de-l-appel-d-offres-n-p80-2011-organise-par-la-societe-de-gestion-du-patrimoine-immobilier-de-l-etat-sogepie>

⁹⁹³ ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 005/2012/ANRMP/CRS du 22 mars 2012 sur le recours de la Société NOUVELLE SONAREST contestant les résultats de l'appel d'offres n° P93/2011 organisé par l'Ecole nationale supérieure de statistique et d'économie appliquée (ENSEA): <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/108-decision-n-005-2012-anrmp-crs-du-22-mars-2012-sur-le-recours-de-la-societe-nouvelle-sonarest-contestant-les-resultats-de-l-appel-d-offres-n-p93-2011-organise-par-l-ecole-nationale-superieure-de-statistique-et-d-economie-appliquee-ensea>

offres ne peuvent être modifiées. Par contre, la commission peut demander aux soumissionnaires de préciser certains éléments de leurs offres. Ces précisions doivent être demandées par écrit et apportées suivant la même forme⁹⁹⁴. Elle peut «*corriger les erreurs purement arithmétiques découvertes au cours de l'examen des offres*». C'est en considération de ces prescriptions que l'ARMP du Sénégal a considéré que la commission de passation ne peut valider la décision prise par la commission d'évaluation technique de supprimer dans l'offre d'un soumissionnaire certains postes en vue de contenir l'offre financière dans les limites du budget alloué⁹⁹⁵. En d'autres termes, les pouvoirs dont disposent les commissions de passation pour apporter des corrections aux offres doivent être limités. Ils ne peuvent en aucun cas être utilisés pour rendre conforme une offre qui ne l'était pas.

L'objectivité qui garantit l'égalité de traitement des candidats doit se mesurer à travers l'évaluation des offres mais également à travers le résultat de cette évaluation. A la fin de l'analyse des offres, elle implique le rejet des offres non conformes et corrélativement la qualification des offres conformes. Dès lors, la commission chargée de l'analyse des offres ne peut pas qualifier un soumissionnaire qui n'a ni fourni la garantie de soumission exigée par le CMP ni signé la charte d'éthique et de transparence⁹⁹⁶. De même la commission ne peut pas attribuer les trois lots d'un marché à trois attributaires n'ayant pas fourni l'ensemble des pièces requises pour la qualification, notamment

⁹⁹⁴ Décret n° 2004-275 du 24 septembre, *op. cit.*, article 27, Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.*, article 84. Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 69. Le texte du Burkina Faso est le seul à ne pas prévoir cette possibilité. Les seules demandes des précisions qu'il reconnaît, concernent les offres anormalement basses. L'article 99 du code des marchés publics prévoit que : «si une offre s'avère anormalement basse, l'autorité contractante ne peut la rejeter par décision motivée qu'après avoir demandé par écrit au soumissionnaire les précisions qu'elle juge opportunes et avoir vérifié les justifications fournies».

⁹⁹⁵ ARMP Sénégal, Décision n° 108/10/ARMP/CRD du 18 août 2010 du CRD statuant en Commission litige sur le recours de la SARL Entreprise Générale et Transport contestant l'attribution du marché de travaux d'entretien courant des installations ferroviaires en zone nord et sud de l'emprise portuaire de Dakar, <http://www.marchespublics.sn/fichiers/20004754104c7f32dd2cc28.pdf>

⁹⁹⁶ *Ibidem*.

l'attestation du chiffre d'affaires alors que les données particulières d'appel d'offres sont très précis sur l'attestation en question et son contenu⁹⁹⁷.

L'impartialité veut également que la commission d'attribution des marchés ne rejette une offre déclarée conforme pour attribuer le marché à un soumissionnaire dont l'offre est substantiellement conforme⁹⁹⁸.

Il arrive des fois que la prestation proposée par le soumissionnaire soit plus avantageuse pour l'autorité contractante que celle décrite dans les spécifications techniques. Une telle offre doit-elle pour autant être déclarée non conforme? Le comité de règlement des différends de l'ARMP du Burkina Faso répond à cette question par la positive. Il a ainsi déclaré irrégulière la décision d'attribuer le marché à un soumissionnaire qui a fourni des échantillons de thé de 50 grammes alors que le dossier d'appel d'offres prévoyait des échantillons de 36 grammes. Le CRD considère en effet, que la conformité d'une offre se mesure par rapport aux données du dossier d'appel d'offres et non par rapport à l'avantage qu'elle confère à l'autorité contractante⁹⁹⁹. En statuant ainsi, le CRD

⁹⁹⁷ Les données particulières de l'appel d'offres prévoient expressément que les soumissionnaires doivent fournir une attestation montrant qu'ils disposent d'un chiffre d'affaire moyen minimum de 50 millions de FCFA durant les 3 dernières années ou bien depuis la date de création de leur entreprise: ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2013-350/ARMP/CRD du 04 juin 2013 sur recours de l'Entreprise MULTI TRAVAUX CONSULT contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2013-001/MATS/RCNR/GKYA/SG du 08 février 2013 pour les levés topographiques et labour de 800 HA aménageables, implantation et suivi de la réalisation des ouvrages au profit de la Direction régionale de l'agriculture et de l'hydraulique du centre nord (lots 01, 02 et 03):

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_350_armp_crd_04_06_2013.pdf

⁹⁹⁸ ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2013-376/ARMP/CRD du 04 juin 2013 sur recours de WATTAM S.A contre les résultats provisoires de l'appel d'offres national n° 2013-05/MENA/SG/DMP du 23 janvier 2013 pour l'acquisition de quarante-huit (48) vélomoteurs type homme au profit de l'unité de gestion du projet de développement de l'enseignement de base (phase IV-BID).

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_376_armp_crd_04_06_2013.pdf

⁹⁹⁹ ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2013-305/ARMP/CRD du 28 mai 2013 sur recours de E.G.F SARL (lots 01 et 04) et de l'entreprise CO.GEA INTERNATIONAL (lot 04) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2013- 000019/MESS/SG/DAF pour l'acquisition de vivre au profit des cantines scolaires du secondaire:

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_305_armp_crd_28_05_2013.pdf

rend une «décision mécanique» procédant d'un raisonnement qui ne tient pas compte des résultats mais s'attache plutôt au formalisme et au syllogisme.

L'ARMP du Sénégal traite, quant à elle, de la question sur le terrain de «l'offre conforme pour l'essentiel» dit encore «offre substantiellement conforme». Elle estime que lorsque l'offre du candidat propose une plus grande capacité et de meilleures performances que ce qui est exigé, elle doit être analysée comme une offre présentant un écart avec les spécifications techniques, donc comme une offre conforme pour l'essentiel. Elle admet ensuite que dans «la pratique en matière de passation des marchés publics, une offre présentant de légers écarts avec les critères d'un dossier d'appel à la concurrence peut être déclarée conforme sans porter atteinte aux principes qui gouvernent la passation des marchés publics» à condition qu'elle «ne limite pas de manière substantielle la portée, la qualité ou les performances des fournitures et services connexes spécifiés dans le marché». Or l'offre qui propose une meilleure capacité n'est pas dans cette situation. En conséquence de quoi, elle estime irrégulière la décision de la commission de passation qui écarte une telle offre¹⁰⁰⁰.

Cette divergence dans l'interprétation, montre que le droit de la commande publique pose une réelle difficulté lorsqu'est pris en compte le fait que ces deux pays se situent dans un même espace communautaire. Une même offre peut être rejetée au Burkina Faso et être déclarée conforme pour l'essentiel au Sénégal. L'insécurité juridique qui en découle pour les opérateurs économiques est flagrante.

Dans le même sens, ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2013-418/ARMP/CRD du 20 juin 2013, sur recours des entreprises AMANDINE SERVICE et PLANETE SERVICES contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°1-2013-008/MS/SG/DMP/DAF pour l'acquisition de fournitures divers au profit des directions du Ministère de la santé :

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_418_armp_crd_20_06_2013.pdf.

¹⁰⁰⁰ ARMP du Sénégal, Décision n° 303/13/ARMP/CRD du 02 octobre 2013 du CRD différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société OUMOU INFORMATIQUE contestant la décision d'attribution des lots 1 et 2 du marché relatif à la fourniture d'équipements informatiques au profit de la Direction du traitement automatique de l'information du Ministère de l'économie et des finances:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=691:decision-nd-30313armpcrd-du-02-octobre-2013&Itemid=725.

Enfin, dans la forme, la décision de rejet d'une offre doit être motivée. Ce qui signifie qu'une commission ne peut pas rejeter une offre sans justifier sa décision. L'absence de motivation entraîne l'annulation de la décision¹⁰⁰¹.

Ces décisions des organes de règlement des différends portant sur le fond de l'analyse et la forme des décisions de rejet des offres montrent l'écart qu'il peut y avoir entre les textes et les pratiques des autorités contractantes et des commissions chargées de l'analyse des offres. Elles montrent aussi les limites de la réglementation de la procédure d'appel d'offres ouvert qui, tout en étant très formaliste, laisse des espaces de liberté assez importants aux autorités contractantes. La réglementation doit, par conséquent, être renforcée pour combler ces lacunes. Cependant il est aussi clair que pour que le droit de la commande publique puisse s'imposer et se développer, il ne saurait compter que sur les textes. Il faudra que les organes de la passation, même en l'absence de textes, fondent leurs décisions sur les principes de la commande publique.

Bien qu'analysés successivement, les principes de la commande publique restent complémentaires et fortement imbriqués. L'on soutient d'ailleurs que les principes d'égalité et de liberté d'accès à la commande publique ne sont que des éléments de la transparence. Quand il a fallu trouver un fondement «au principe de transparence» consacré par le juge constitutionnel français comme principe de valeur constitutionnelle, l'on s'est interrogé sur la réalité de son autonomie par rapport aux autres principes de la commande publique. Le professeur LLORENS soutenait alors qu'une des causes de l'incertitude qui affecte ce principe est relative à son autonomie et qu'il est légitime de se demander *«s'il jouit d'une réalité propre ou s'il constitue au contraire, qu'un prolongement d'autres principes et notamment de celui de non discrimination ou d'égalité*

¹⁰⁰¹ ARMP du Sénégal Décision n° 271/13/ARMP/CRD du 11 septembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de la Société MINTECH international contestant l'attribution provisoire des lots 5 et 6 du marché relatif à l'acquisition d'effets, accessoires d'habillement et de matériel de couchage au profit de la direction de l'intendance des armées:

http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=659:decision-nd-27113armpcrd-du-11-septembre-2013&Itemid=691

de traitement, voire même qu'une simple formule particulière destinée à désigner certaines de leurs implications»¹⁰⁰². Cette analyse est confirmée dans plusieurs décisions des autorités de règlement des différends dans les Etats au centre de notre étude. Peut être citée en guise d'exemple, la décision du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics du Burkina Faso rendue dans une affaire opposant le Ministère des ressources animales et halieutiques à l'entreprise ETIS SARL. Selon le CRD, constitue «une violation du principe de transparence qui doit guider les travaux de la CAM: la reprise de l'analyse des offres sur les différents critères de la post-qualification pour formuler de nouveaux griefs à l'encontre de certains soumissionnaires, alors qu'à la première analyse la CAM avait déjà vidé cette étape»¹⁰⁰³. A travers cette décision, l'organe de règlement des différends établit un lien clair entre la rupture de l'égalité entre les soumissionnaires et la transparence de la procédure.

Les principes et règles de la commande publique doivent s'appliquer en l'absence de textes, mais aussi en dehors de la procédure d'appel d'offres ouvert. En effet, cette procédure ne peut être érigée en dogme. Il existe des situations dans lesquelles les besoins de la personne publique ou bien le temps dont elle dispose pour effectuer son achat ne lui

¹⁰⁰² François LLORENS, «Principe de transparence et contrats publics», *Contrats et marchés publics*, janv. 2004, p. 5). CC, Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *op. cit.* Aussi, Pierre DELVOLLE, «Constitution et contrats publics», in *Mouvement du droit public: du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits: Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 469-499. Alains MENEMENIS, «Les bases constitutionnelles du droit des marchés publics», *Droit administratif*, 2003, comm. n° 188.

¹⁰⁰³ ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2013-428/ARMP/CRD du 25 juin 2013 sur recours d'ETIS SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n° 2013-04/MRAH/SG/PRM du 22 mars pour la fourniture d'aliment bétail (...) au profit du Ministère des ressources animales et halieutiques (lots 01 à 05):

http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_4_28_arp_crd_25_06_2013.pdf.

Voir aussi: Autorité nationale de régulation des marchés publics (Côte d'Ivoire), décision n° 0017/2013/ANRMP/CRS du 19 septembre 2013 sur le recours de la Société Gold Control Service contestant les résultats de l'avis à manifestation d'intérêt n° MI 05/2013-DMP S30/2013 pour la sélection d'opérateurs économiques dans le cadre de la concession de l'activité de contrôle de la qualité du café et du cacao à l'export:

<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/147-decision-n-0017-2013-anrmp-crs-du-19-septembre-2013-sur-le-recours-de-la-societe-gold-control-service-contestant-les-resultats-de-l-avis-a-manifestation-d-interet-n-mi-05-2013-dmp-s30-2013-pour-la-selection-d-operateurs-economiques-dans-le-cadre-de-la-con>.

permettent pas d'y recourir. D'autres procédures sont alors mises à sa disposition lui permettant d'effectuer sa commande. Un des intérêts de l'érection du droit de la commande publique c'est de mettre en place un dispositif qui permette de garantir que le recours à ces procédures puisse se faire sans que l'idée de concurrence qui le fonde ne soit remise en question. Rappelons que dans son essence même, l'idée de concurrence est une idée directrice autour de laquelle s'organise une discipline de rationalisation de l'action contractuelle des personnes publiques¹⁰⁰⁴. C'est donc en toute logique que les principes de la commande publique et avec eux, l'idée de concurrence gagnent les procédures dérogatoires à l'appel d'offres ouvert. Ces principes s'étendent aussi aux procédures de passation des conventions de délégation de service public et des contrats de partenariat public, véritables contrats de la commande publique.

La question qui se posera alors sera de savoir dans quelle mesure, l'application des principes de transparence, de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats aux procédures autres que l'appel d'offres ouvert et aux contrats autres que les marchés publics, participent-elle à l'émergence d'un droit des contrats de la commande publique. Une réponse à cette question sera apportée à travers l'analyse des modalités de mise en œuvre de l'idée de concurrence dans ces procédures de passation.

¹⁰⁰⁴ Laurent RICHER, *op. cit.* p. 360

CHAPITRE II.

LA MISE EN ŒUVRE DE L'IDEE DE CONCURRENCE DANS LES AUTRES PROCEDURES ET CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'observation de «l'administration contractuelle» révèle une dynamique qui inscrit le contrat et son droit dans un processus continu d'adaptation aux besoins des pouvoirs publics. Pour gagner en légitimité et s'imposer, le droit de la commande publique émergent étend l'application de ses principes aux procédures dérogatoires à l'appel d'offres. Mais cette extension de l'application des principes de la commande publique dans les procédures dérogatoires à l'appel d'offres va se révéler très relative (Section I).

Conséquence directe de l'existence de la catégorie juridique que constituent les contrats de la commande publique, l'application des principes de liberté, de transparence et d'égalité est étendue aux procédures régissant la passation des délégations de service public et des contrats de partenariat public-privé (Section II).

SECTION I. UNE EXTENSION TRES RELATIVE DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE DANS LES PROCEDURES DEROGATOIRES A L'APPEL D'OFFRES

Un marché public, quel que soit son montant, met en jeu de l'argent public et des entreprises dont le droit à l'égal concurrence doit être protégé. Néanmoins, une procédure de mise en concurrence a un coût pour l'acheteur public et peut être inadaptée pour des raisons tenant à l'urgence, au faible montant des prestations, à leur spécialisation ou à celle des prestataires etc. C'est la raison pour laquelle le droit des contrats administratifs a toujours fait sienne l'idée selon laquelle un achat public peut être réalisé sans que l'autorité acheteuse n'ait recours aux procédures lourdes de passation¹⁰⁰⁵. Le droit de la commande publique n'a pas changé cette règle. Mais il renforce les garanties qui permettent d'assurer que le recours à ces procédures n'ait pas pour effet de soustraire l'achat public au respect des principes qui forment le socle sur lequel il est bâti.

Pour ce faire, la réglementation des marchés publics encadre les procédures allégées applicables à certains marchés. Mais cet encadrement connaît des limites. Cela va

¹⁰⁰⁵ Philippe SCHMIDT et Laure THIERRY, *Les marchés à procédure adaptée*, Paris, Berger-Levrault, 2011, 3^e éd., 357 p.

être démontré à travers l'étude de la procédure d'appel d'offres restreint (§I), de la procédure applicable aux marchés en deçà des seuils d'appel d'offres (§II) et de la procédure d'entente directe ou de gré à gré (§III).

§ 1. LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES RESTREINT: UN ENCADREMENT LIMITE

L'incapacité des dispositifs relatifs à l'appel d'offres restreint à donner un plein effet aux principes de la commande se révèle d'abord à travers les règles fixant les conditions de recours à cette procédure (A). Elle apparaît ensuite dans les règles fixant le déroulement de la procédure (B).

A. L'HETEROGENEITE DES CONDITIONS DE RECOURS A L'APPEL D'OFFRES RESTREINT

La procédure d'appel d'offres restreint comme procédure dérogatoire à l'appel d'offres ouvert est consacré dans les réglementations du Sénégal, du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire¹⁰⁰⁶. C'est une procédure qui limite l'accès au marché. Seules les entreprises que l'autorité contracte ou le maître d'ouvrage a choisi de consulter peuvent y prendre part. C'est aussi une procédure qui ne fait pas l'objet de mesures de publicité. Au regard des atteintes au principe de transparence et aux règles de mise en concurrence, l'usage fréquent d'une telle procédure remettrait en question l'existence même d'un droit de la commande publique. C'est la raison pour la quelle elle y fait l'objet d'un encadrement dont le but est

¹⁰⁰⁶ La procédure de même nom que l'on retrouve dans le code des marchés publics du Cameroun en est différente. Elle s'apparente d'avantage à une procédure d'appel d'offres avec pré-qualification. L'article 12 du décret du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics la définit comme «un appel d'offres ouvert précédé d'une pré-qualification». Les soumissionnaires sont retenus après une pré-qualification réalisée à la suite d'un appel public à candidatures par insertion dans des publications habilitées, d'un avis relatif à la procédure. La procédure d'appel d'offres restreint au Cameroun est de ce fait beaucoup plus proche de celle consacrée en droit français. Dans les deux cas, l'appel d'offres restreint n'est pas une procédure dérogatoire à l'appel d'offres ouvert mais une procédure de droit commun. Stéphane Braconnier, *op. cit.* p. 302 et s. Philippe ZAVOLI, *op. cit.*

d'une part d'en limiter l'usage et d'autre part de veiller à ce que le déroulement de la procédure soit conforme aux exigences de transparence et de mise en concurrence.

Cet encadrement passe d'abord par la définition des cas de recours à l'appel d'offres restreint.

A la lecture de la réglementation en Côte d'Ivoire, le champ de l'appel d'offres restreint semble limité. Le Code des marchés publics exige que les autorités contractantes ne recourent à la procédure d'appel d'offres restreint que lorsque le marché porte sur des prestations spécialisées ou nécessitant une technique particulière. La procédure d'appel d'offres restreint peut aussi être utilisée lorsque l'autorité contractante sait que peu de candidats sont capables de répondre à l'invitation à soumissionner¹⁰⁰⁷. Mais étant donné que cette procédure limite les principes de la commande publique, il aurait été judicieux de préciser la notion de prestations spécialisées. Mais ni la directive n° 04/2005 de l'UEMOA qui est reprise à la lettre ici, ni le Code des marchés ne le font. Cette insuffisance ne met pas à l'abri de recours abusifs à cette procédure¹⁰⁰⁸.

Le Code des marchés publics en Côte d'Ivoire est le seul texte qui transpose tels quels les cas de recours à l'appel d'offres restreint définis par la directive communautaire 04/2005 du 09 décembre 2005. Si au départ, les autorités du Burkina Faso avaient suivi les prescriptions de la directive, elles ont dès 2012 procédé à une extension du champ de l'appel d'offres restreint. Ainsi, désormais en plus des contrats visés dans le Code de la Côte d'Ivoire, le champ de l'appel d'offres restreint s'étend à certains marchés de biens et notamment «les biens de productions locales, de fabrication locales ou artisanales»¹⁰⁰⁹. Cette nouvelle extension pourrait s'expliquer par la nécessaire redistribution des ressources

¹⁰⁰⁷ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op.cit* article 86 al 1).

¹⁰⁰⁸ En guise de comparaison, le code des marchés publics du Cameroun, propose le recours à l'appel d'offres restreint, en particulier pour les travaux ou équipements spécifiques de grande importance ou complexes ou les fournitures et services spécialisés (art 13)

¹⁰⁰⁹ Article 66 du décret n° 2008-173/PRES/MP/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso modifié par le décret n° 2012-123/PRES/PM/MEF du 2 mars 2012, *J.O*, n° 28 du 12 juillet 2012

publiques aux entreprises nationales et aux artisans locaux. Mais le Code des marchés du Burkina Faso contient déjà des mesures protégeant ces dernières. C'est le cas des mesures relatives aux préférences nationales. Partant de là, cette nouvelle extension ne peut révéler qu'une atteinte de plus aux principes de la commande publique et plus précisément à leurs référents directs que sont les principes communautaires de liberté de circulation des biens et des services et d'égalité de traitement.

Le dispositif sénégalais confirme l'étendue du pouvoir d'appréciation des autorités règlementaires dans la définition du champ de l'appel d'offres restreint. Elles ne recourent pas à la notion de prestations spécialisées. Mais le champ de la procédure d'appel d'offres restreint n'est pas pour autant précis. Selon le Code des marchés publics, les autorités contractantes peuvent y recourir pour *«les marchés pour lesquels, en raison des circonstances particulières, une action rapide de l'autorité contractante est nécessaire, justifiant la réduction des délais de réception des candidatures et des offres, afin de prévenir un danger ou un retard préjudiciel qui n'est pas provoqué par l'autorité contractante»*. Sans le nommer, ce cas de recours à l'appel d'offres restreint définit l'urgence. Mais cette urgence est simple, différente de l'urgence impérieuse justifiant la procédure d'entente directe que verrons voir dans les lignes qui suivent. Les autres cas de recours à la procédure d'appel d'offres restreint sont *« les marchés de travaux, fournitures ou services qui ne sont exécutés qu'à titre de recherches, d'essais, d'expérimentation ou de mise au point, les marchés que l'autorité contractante doit faire exécuter en lieu et place des titulaires défaillants et à leurs frais et risques, les marchés qui ont donné lieu à un appel d'offres infructueux»*¹⁰¹⁰.

Le problème de l'urgence comme condition de recours à l'appel d'offres restreint est que dans la pratique il est quasiment impossible de refuser à l'autorité contractante le recours à la procédure d'appel d'offres restreint lorsqu'elle est à l'origine du fait ayant généré la situation d'urgence. Si l'organe de contrôle *a priori* chargé d'autoriser le recours

¹⁰¹⁰ Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 76. Voir Issakha NDIAYE, *op. cit.* p. 74 et s.

à la procédure d'appel d'offres restreint procède systématiquement au contrôle de la réunion des conditions d'existence de l'urgence autrement dit, il statue toujours conformément au droit, tel n'est pas le cas de l'organe de règlement des différends qui lui, statue en opportunité. En d'autres termes le contrôle final du recours à l'urgence est souple, l'organe chargé de trancher entre l'autorité de contrôle *a priori* et l'autorité contractante est plus à la recherche d'une adaptation des solutions aux intérêts en présence que d'une conformité à la réglementation. Ainsi, même s'il reconnaissait parfois le manque de diligence de la personne publique et son implication dans la situation qui conduit à l'urgence, il finit toujours par autoriser le recours à la procédure d'appel d'offres restreint¹⁰¹¹.

Pour une procédure qui doit être exceptionnelle, les cas de recours à l'appel d'offres restreint sont en définitive assez souples et parfois définis de façon imprécise. La mise en œuvre de la procédure d'appel d'offres restreint ne permet pas non plus de donner un plein effet aux principes de la commande publique.

B. DES MODALITES DE MISE EN ŒUVRE PEU PROTECTRICES DE LA CONCURRENCE

¹⁰¹¹ Par exemple ARMP Sénégal, Décision n° 070/12/ARMP/CRD du 03 juillet 2012 du CRD statuant en commission litiges sur la demande de l'agence nationale de l'aviation civile et de la météorologie sollicitant une dérogation de réduction à titre exceptionnel, d'une part, les délais de dépôt des offres, d'autre part, des délais de recours du marché de sélection d'une compagnie aérienne pour le pèlerinage à la Mecque (édition 2012).

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=141:decision&Itemid=150

Suite au refus de l'organe de contrôle *a priori*, l'ARMP accorde l'autorisation de raccourcir les délais (déjà très courts) de dépôt des offres dans la procédure d'appel d'offres restreint car l'agence nationale de l'aviation civile et de la météorologie en charge notamment de l'organisation du pèlerinage à la Mecque s'était retrouvée dans une situation où les délais ne lui permettaient pas de recourir ni à l'appel d'offres ouvert ni à l'appel d'offres restreint avec ses délais déjà raccourci

¹⁰¹¹ La souplesse du contrôle effectué par l'organe de règlement des différends est flagrante dans cette décision. Pour un événement qui a lieu tous les ans, le fait que l'autorité contractante se soit retrouvée dans l'urgence dénote d'une mauvaise planification des marchés. Mais ce manque de diligence n'est même pas souligné dans la décision en question.

L'encadrement de la procédure d'appel d'offres restreint passe par la soumission de son utilisation à l'obtention d'autorisation. La délivrance de cette autorisation est de la compétence exclusive du ministre chargé des marchés publics ou de son délégué selon la législation ivoirienne¹⁰¹². Au Burkina Faso et au Sénégal, ce sont les Directions des marchés publics au sein des ministères en charge de l'économie qui doivent autoriser le recours à cette procédure. Ce contrôle est une condition de validité de la procédure. Les procédures d'appel d'offres restreint entamées sans l'obtention préalable de l'autorisation de l'organe de contrôle *a priori* sont sanctionnées par la nullité¹⁰¹³. Ce contrôle rencontre néanmoins des obstacles. Le cas du contrôle de l'urgence au Sénégal en est une illustration.

Si la procédure d'appel d'offres restreint limite la concurrence au moment du lancement de la procédure, celle-ci ne doit pas faire défaut dans le déroulement de la procédure. La mise en concurrence vise ici selon l'autorité de régulation des marchés publics du Sénégal, à «*assurer une concurrence saine, préserver la transparence et à réduire le risque de pratiques répréhensibles, notamment les ententes illicites*»¹⁰¹⁴. Ceci amène à la question du nombre de candidats que l'autorité contractante doit mettre en compétition.

Il est fixé à trois candidats au minimum dans les textes du Sénégal et du Burkina Faso. Les rédacteurs du Code des marchés publics en Côte d'Ivoire, exigent quant à eux que la liste des candidats ayant donné leur accord pour participer à la procédure comporte

¹⁰¹² Décret n° 2009- 259 du 6 août 2009, *op. cit.*, article 88. Selon, l'ANRMP, en invitant des entreprises à un appel d'offres restreint avant l'obtention de l'avis du Ministre en charge des marchés publics, l'autorité contractante a commis un «vice rédhibitoire» qui empêche le lancement de la procédure en en question. Décision n° 002/2012/ANRMP/CRS du 10 février 2012, *op. cit.*,

¹⁰¹³ ARMP Burkina Faso, Décision n° 2014-0148/ARMP/CRD sur recours de HICOMEX EQUIPEMENT SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres restreint n°2013-004/MEF/SG/DGTCP/SFM du 29 novembre 2013 pour l'acquisition d'un (01) véhicule blindé au profit de la DGTCP:
http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MARS_2014/CONTESTATIONS/decision_148_armp_crd_06_03_2014.pdf

¹⁰¹⁴ ARMP Sénégal, Décision n° 102/14/ARMP/CRD du 16 avril 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de l'AGEROUTE sollicitant l'autorisation de poursuivre la procédure de passation du marché relatif aux travaux de réparation du pont de Talto, suite a l'avis négatif de la direction centrale des marchés publics:
<http://www.marchespublics.sn/fichiers/73873200853738adcd6706.pdf>

au moins cinq entreprises. Ce nombre peut être ramené à trois sur autorisation de la Direction des marchés publics et à condition que les circonstances le justifient¹⁰¹⁵. Pour renforcer ce dispositif, les textes imposent à l'autorité contractante qui au moment de l'ouverture des offres, se rend compte qu'elle n'a pas reçu un nombre minimum de trois plis, d'ouvrir un nouveau délai qui ne peut être inférieur à 15 jours ouvrables. Ce nouveau délai est porté à la connaissance du public. Lorsqu'il arrive à son terme, les offres reçues, quel que soit leur nombre, doivent être analysées et le marché attribué¹⁰¹⁶.

En application de ces règles, L'ARMP du Sénégal a jugé que lorsqu'au moment de l'ouverture des plis, l'autorité contractante se rend compte que sur les trois plis reçus, l'un est un désistement, elle ne peut poursuivre la procédure sans violer l'article 67-5 du Code des marchés publics¹⁰¹⁷. Autrement dit, même le désistement d'un soumissionnaire n'exonère pas de l'obligation de consulter et de recevoir un minimum de trois plis.

En imposant un nombre précis de candidats, les autorités réglementaires entendaient imposer un degré minimum de concurrence. Mais leur but n'était nullement de limiter la concurrence à trois candidats. Mais ce raisonnement peine à s'imposer dans la pratique. Une illustration en est donnée par une affaire traitée devant l'ARMP du Sénégal. La question posée à l'organe de règlement des différends était de savoir si l'autorité contractante est obligée de mettre sur sa liste restreinte les entreprises qui ont soumissionné à un appel d'offres déclaré infructueux. A cette question, le CRD a répondu par la négative. Il admet que *«les bonnes pratiques en la matière recommandent d'élargir la liste restreinte à plus de trois candidats afin de faire jouer la concurrence, d'éviter le risque de carence et d'avoir plus de chance de recevoir la proposition qui procure le meilleur rapport qualité/prix»*. Pour autant l'organe de règlement des différends juge que l'autorité contractante n'a commis aucune irrégularité en consultant pour la procédure d'appel d'offres trois entreprises sur les quatre ayant soumissionné dans la procédure

¹⁰¹⁵ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.* article 87 al 3

¹⁰¹⁶ Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014, *op. cit.* article 67 parag. 5. Décret N° 2008-173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, article 95. Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.*, article 68.

¹⁰¹⁷ ARMP du Sénégal, Décision n° 102/14/ARMP/CRD du 16 avril 2014 du CRD, *op. cit.*

déclarée infructueuse et ce, même si l'entreprise non consultée avait soumis l'offre la moins-disante dans cette procédure¹⁰¹⁸. Cette décision montre une fois de plus les distorsions pouvant exister entre la pratique et la réglementation qui, malheureusement, compromettent le développement d'une réglementation cohérente des contrats de la commande publique.

La mise en concurrence des candidats dans une procédure d'appel d'offres restreint suit ensuite le même schéma que celui de l'appel d'offres ouvert pour ce qui est de l'analyse des offres. Les conditions tenant à la capacité à soumissionner et à la capacité à exécuter le contrat s'appliquent aux entreprises concurrentes. Les critères de sélection doivent être objectifs et le dépouillement des offres et l'attribution du marché doit se faire également de façon objective¹⁰¹⁹.

Mais pour ce qui est des délais, ils sont établis différemment. Les autorités du Burkina Faso ont fait le choix d'aligner les délais de réception des offres sur ceux de l'appel d'offres ouvert lorsque l'appel d'offres restreint n'est pas motivé par une situation d'urgence. Ainsi, les candidats disposent de 30 jours pour les procédures restreintes nationales et de 45 jours pour les procédures internationales¹⁰²⁰. Dans la réglementation ivoirienne, il est fixé un délai unique de réception des offres qui ne peut être inférieur à

¹⁰¹⁸ ARMP du Sénégal, Décision n° 356/13/ARMP/CRD du 20 novembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours introduit par la Société SONAM contestant l'attribution provisoire du marché relatif à la couverture des risques pour la gestion 2013 au profit de la RTS:
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=746:decision-nd-35613armpcrd-du-20-novembre-2013&Itemid=778

¹⁰¹⁹ Voir par exemple, ARMP Burkina Faso, Décision n° 192/ARMP/CRD du 16 mai 2011 du CRD statuant sur le recours de la Société KANKANDIA contre les résultats provisoires de la consultation restreinte pour la construction d'une unité odontostomatologie à l'UFR-SDS de l'Université de Ouagadougou: le CRD confirme le rejet de l'offre du requérant au motif que si celle-ci était conforme au regard de la condition relative à l'exécution de marchés similaires, elle ne l'était pas par rapport aux critères tenant aux capacités techniques et professionnelles,
http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MAI_2011/RECOURS/decision_192_armp_crd_16_05_2011.pdf

¹⁰²⁰ Décret n° 2008-173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, article 87

quinze jours à compter de la date d'expédition simultanée ou à compter de la date limite de retrait fixée dans la lettre d'invitation adressée à tous les candidats¹⁰²¹.

L'objectif de réduction des délais et d'allègement des procédures qui a motivé l'adoption du décret du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics au Sénégal se concrétise au niveau des délais de la procédure d'appel d'offres restreint. Le délai de réception des offres pour les procédures nationales justifiées par l'urgence est maintenu à 10 jours. Mais pour les procédures internationales, il passe de 21 jours dans le Code précédent à 15 jours¹⁰²². Lorsque la procédure est fondée sur des motifs autres que l'urgence, le délai de réception des offres est au moins égal à 15 jours (30 jours dans la précédent Code), pour l'appel d'offres restreint national et 30 jours (45 dans le précédent Code) pour l'appel d'offres restreint international.

La procédure d'appel d'offres restreint limite les effets de la transparence ainsi que la liberté d'accès à la commande publique et les dispositifs mis en place pour encadrer son usage sont peu opérants. Les imprécisions relevées dans la définition des cas de recours à l'appel d'offres, additionnées d'une part à l'attitude de certaines autorités réglementaires consistant à se démarquer des directives communautaires pour définir les conditions de recours à l'appel d'offres restreint et d'autre part à un contrôle souple par les organes de règlement des différends, fragilisent l'encadrement de la procédure d'appel d'offres restreint. A cela s'ajoute les délais trop courts qui ne sont pas de nature à permettre une concurrence égale même entre les entreprises invitées à soumissionner. Ceci remet en question les garanties de transparence, d'égalité que l'on a voulu, à travers les réformes, insuffler à cette procédure dérogatoire.

Les dispositifs mis en place pour encadrer la passation des marchés en dessous des seuils d'appel d'offres connaissent aussi des limites qui relativisent la portée des

¹⁰²¹ Décret n° 2009-259 du 6 août 2009, *op. cit.* Article 90

¹⁰²² Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 73

principes de la commande publique dans leur application aux procédures dérogatoires à l'appel d'offres.

§ 2. LA FAIBLESSE DES DISPOSITIFS APPLICABLES AUX MARCHES D'UN MONTANT INFÉRIEUR AUX SEUILS D'APPEL D'OFFRES

Les marchés en deçà des seuils d'appel d'offres bénéficient d'un encadrement inadéquat (A). Ce qui remet en cause un des objectifs principaux du droit de la commande publique: celui de protection des deniers publics (B).

A. UN ENCADREMENT INADEQUAT DES MARCHES EN DEÇA DES SEUILS

Les procédures formalisées des Codes des marchés publics ne s'appliquent qu'aux contrats dont la montant atteint un seuil communément appelé seuil de passation. Pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils d'application de ces procédures, sont mises en place des procédures allégées pour limiter les coûts engendrés par les procédures d'appel d'offres. Mais ces dispositifs sont inappropriés pour assurer le respect des principes de la commande publique.

Dans la législation ivoirienne, ces marchés dont le montant doit être compris entre 10 et 30 millions sont passés suivant une procédure de mise en concurrence régie par l'arrêté n° 201 du 21 avril 2010 portant conditions de mise en œuvre de la concurrence informelle pour les dépenses inférieures au seuil de passation des marchés publics. D'ailleurs, en ce qui les concerne on ne parle pas de marché public mais d'achat sur facture pour les fournitures et les services et de travaux sur mémoire lorsqu'ils portent sur des travaux publics¹⁰²³.

¹⁰²³ Arrêté n° 201 MEF/DGBF/DMP du 21 avril 2010 portant conditions de mise en œuvre de la concurrence informelle pour les dépenses inférieures au seuil de passation des marchés publics, *Bulletin officiel des marchés publics de Côte d'Ivoire*, n°1151, du 12 juin 2012.

Les textes du Sénégal et du Burkina Faso utilisent respectivement les termes «*demande de renseignement et de prix*» et «*demande de prix*» pour désigner les marchés qui en raison de leur montant doivent être soumis à une procédure adaptée. Au Burkina Faso, la procédure de demande de prix s'applique aux marchés dont le montant prévisionnel est inférieur à 20 millions de FCFA mais supérieur à 5 millions¹⁰²⁴.

La question de la disparité des seuils de passation dans ces trois Etats qui font partie d'une même organisation, ayant pour but de construire un marché commun ne sera pas abordée ici¹⁰²⁵. Mais nous insisterons sur le fait que les réglementations qui prévoient un minimum d'encadrement pour les marchés dont les seuils sont les plus bas sont celles qui marquent le plus une volonté de limiter les atteintes aux principes de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement.

Leur vocation à être des procédures souples, fait qu'elles ont un effet restrictif sur le premier des principes de la commande publique, à savoir la transparence. D'où la nécessité de les soumettre à un encadrement strict. Mais il va s'avérer que d'une part, l'encadrement de cette procédure est disparate et d'autre part, qu'il ne permet pas d'assurer la conformité aux exigences de la commande publique.

La première des règles d'encadrement des procédures en dessous des seuils est celle ayant trait à la publicité et aux délais de dépôt des offres. En Côte d'Ivoire, la publicité de ces marchés dans le Bulletin officiel des marchés publics est facultative. Les seules modalités de publicité obligatoires sont d'une part la publication sur le site des Marchés Publics et l'affichage dans les locaux de la structure qui passe le marché. Cette seconde modalité de publication ne garantit pas suffisamment la transparence. Concernant la publication sur le site de la direction des marchés publics, elle doit avoir lieu au moins

¹⁰²⁴ Notons que jusqu'en 2012, la réglementation du Burkina Faso avait maintenu à un niveau assez bas le seuil d'application de la demande de prix. Mais depuis la révision du Code des marchés publics en 2012, ce seuil est passé à 5 millions de F. CFA.

¹⁰²⁵ Cf *supra*, p.110.

quinze jours avant le dépôt des offres. Or ce délai qui peut être très court pour les entreprises, n'est pas de nature à favoriser la participation du plus grand nombre.

La réglementation du Burkina Faso, se démarque de celui de la Côte d'Ivoire par le fait, qu'elle rend obligatoire la publicité des avis de passation des demandes de prix dans la revue des marchés publics. Mais en même temps, elle restreint davantage les délais de dépôt des offres dans la mesure où elle prévoit que le *«délai accordé aux entreprises, fournisseurs ou prestataires de service pour déposer leurs propositions de prix ne peut être inférieur à dix 10 jours calendaires»*¹⁰²⁶. La procédure de demande de prix est une procédure «accélérée».

Dans la réforme du Code des marchés publics de 2014, les autorités sénégalaises ont entendu se démarquer de cette réglementation en distinguant trois types de procédures de demande de renseignement pour encadrer les marchés dont le montant est inférieur au seuil de l'appel d'offres. L'arrêté n° 00107 du 07 janvier 2015 relatif aux modalités de mise en œuvre des procédures de demande de renseignements et de prix en application de l'article 78 du Code des marchés publics¹⁰²⁷ distingue la demande de renseignement et de prix simple dispensée d'une forme écrite, la demande de renseignement et de prix à compétition restreinte et la demande de renseignement et de prix à compétition ouverte. Le recours à ces procédures varie en fonction du montant du contrat.

La demande de renseignement et de prix à compétition restreinte est la procédure applicable pour la passation des marchés de travaux de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics dont le montant estimé est inférieur à 25 millions de francs CFA mais supérieur à 5 millions de francs CFA¹⁰²⁸. Elle est également applicable aux marchés de travaux des sociétés nationales, des sociétés anonymes à participation publique majoritaire, des agences ou organismes dotés de la personnalité juridique, dont le montant

¹⁰²⁶ Décret n° 2008 – 173 du 16 avril 2008, art. 67.

¹⁰²⁷ Texte disponible sur le site des marchés publics du Sénégal, (consulté le 21/02/2015) <http://www.marchespublics.sn/fichiers/69131803754b00f07b4c06.pdf>.

¹⁰²⁸ *Ibidem*, art. 3.

estimé est inférieur à 50 millions de francs CFA et supérieur à 5 millions de franc CFA. Cette procédure s'applique aussi aux marchés de services et de fournitures de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics dont le montant estimé est inférieur à 10 millions de francs CFA et supérieur à 3 millions de francs CFA ainsi qu'aux marchés de fournitures et de services des sociétés nationales, des sociétés anonymes à participation publique majoritaire, des agences ou organismes dotés de la personnalité juridique dont le montant estimé est inférieur à 30 millions de francs CFA et supérieur à 3 millions des francs CFA.

La principale question que soulèvent ces procédures applicables aux marchés en deçà des seuils à trait à l'adéquation des modalités de publicité qui les accompagnent. En soumettant tous les marchés en deçà des seuils aux mêmes modalités de publicité comme c'est le cas actuellement en Côte d'Ivoire et au Burkina Faso, les autorités réglementaires tombent dans l'homogénéisation des prestations et du degré de la concurrence sur le marché. Or l'on sait que certains secteurs sont plus concurrentiels que d'autres. De même, certaines prestations, peuvent apporter une plus value, constituer une référence utile pour les soumissions ultérieures. Il aurait fallu alors que la réglementation prenne en compte ces types de prestation et ces secteurs d'activités, à travers l'édiction de mesures de publicité adéquates. En d'autres termes, le niveau de la publicité devrait moins dépendre du faible montant du marché que de son objet et du niveau de concurrence du secteur dans lequel on trouve les prestations recherchées¹⁰²⁹.

Les autorités sénégalaises ont entendu mettre un terme à cette «anomalie» mais les mesures pour cela restent très ambiguës. En effet, le nouvel arrêté régissant les procédures de demande de renseignement et de prix prévoient que pour celle soumise à une compétition restreinte, l'autorité contractante «choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature du marché». Cette première disposition laisse penser

¹⁰²⁹ Une comparaison peut être faite entre les régimes des marchés en deçà des seuils et celui des marchés à procédure adaptées dans la réglementation française des marchés publics. Voir par exemple, Philippe SCHMIDT et Laure THIERRY, *op. cit.* Cyrilles EMERY, «Les nouveaux marchés à procédures adaptée», *Le Moniteur*, 11 août 2006, pp. 46-47.

qu'il y a là une consécration d'une *procédure adaptée*¹⁰³⁰. Pourtant la disposition suivante prévoit que l'autorité contracte «*sollicite simultanément par écrit, des prix auprès d'au moins cinq entreprises choisies, en priorité, parmi les prestataires ayant manifesté leur intérêt pour les acquisitions concernées qui sont définies en référence à des normes dans toute la mesure du possible*». La juxtaposition d'une disposition qui impose une publicité adaptée et d'une autre qui autorise la demande de prix simultanée n'a pas pour vertu d'éclaircir la démarche. Bien au contraire, la valeur ajoutée de ce niveau dispositif est imperceptible.

Un autre élément qui atteste de la restriction du champ de la transparence concerne la composition des commissions chargées d'analyser les offres. Le texte du Burkina Faso ne spécifie pas les commissions chargées du dépouillement et de l'analyse des offres dans le cadre des demandes de prix¹⁰³¹. Alors qu'en Côte d'Ivoire l'arrêté n° 201 MEF/DGBF/DMP du 21 avril 2010 prévoit la mise en place d'un comité de sélection composé en fonction de la nature de l'autorité contractante. Par exemple pour l'administration centrale, ce comité de sélection est composé de l'administrateur de crédit et d'un représentant du service bénéficiaire. Pour les collectivités territoriales, il est constitué par l'autorité légalement compétente pour représenter la collectivité et le responsable financier¹⁰³².

¹⁰³⁰ *Ibidem*.

¹⁰³¹ L'analyse des décisions rendues par les CRD concernant des contestations contre des décisions des commissions d'attribution montrent ainsi que ce contentieux soulève les mêmes questions d'objectivité du dépouillement ou des spécifications que le contentieux de l'appel d'offres. Voir parmi de nombreuses décisions: ARMP Burkina Faso, Décision n° 211/ARMP/CRD du 24 mai 2011 du CRD statuant sur le recours de la Société S.B.C Burkina SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2 011-03/MATD/RCSD/GM/SG/CRAM du 07/04/2011, pour la fourniture de Roneotypeurs (lot 2) au profit de la Direction régionale des enseignements secondaires et supérieurs du Centre-sud (MANGA): annulation de la décision de rejet de l'offre du requérant au motif que la Commission d'attribution a mal évalué l'offre qui était conforme.

http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MAI_2011/RECOURS/decision_211_arp_crd_24_05_2011.pdf

¹⁰³² Article 8, arrêté n° 201 MEF/DGBF/DMP du 21 avril 2010, *op. cit.*, pour les établissements publics nationaux : l'ordonnateur et le responsable financier, pour les projets : le coordonnateur et le responsable financier du projet, pour les sociétés d'Etat: le Directeur Général et le responsable financier, pour l'administration déconcentrée : le responsable de la structure déconcentrée et le responsable du service financier de ladite structure

Le schéma adopté par les autorités du Cameroun est tout à fait différent. C'est la raison pour laquelle une comparaison point par point avec les trois autres législations ne paraît pas opérante. Lorsque le montant d'un marché le soustrait à une procédure formalisée, le maître d'ouvrage passe un bon de commande. Cela concerne les contrats dont le montant est estimé à moins de 5 millions de francs CFA. Procédure simplifiée à l'extrême, la passation d'un bon de commande ne fait l'objet d'aucun encadrement dans les textes récents. Tout au plus, la loi de finance de 2005, soumet-elle les bons de commande à des droits d'enregistrement. Le décret du 18 juillet 1986 prévoyait que, le paiement des bons de commande se faisant sur présentation d'une facture ou d'une note de frais d'honoraires. Mais ni le Code des marchés publics de 1995, ni celui de 2004 ne se prononcent sur la forme des bons de commande qui apparaissent ainsi comme des actes de dépenses des deniers publics situées en dehors de toutes règles ou principes applicables à la commande publique. Cette analyse est confortée par le statut que la chambre administrative de la Cour suprême donne à ces actes. Elle considère en effet que la livraison de matériels sur bon de commande établi par une autorité administrative est un contrat de vente¹⁰³³. Elle en conclut alors que le litige né du non paiement d'une facture portant sur un bon de commande relève de la compétence des juridictions judiciaires.

Au delà de la remise en cause de la nature des contrats qu'elle peut induire, l'inadéquation de l'encadrement des marchés en deçà des seuils, met aussi en péril l'exigence de protection des deniers publics.

B. DES DISPOSITIFS METTANT EN PERIL L'EXIGENCE DE PROTECTION DES DENIERS PUBLICS

La difficulté majeure que soulève l'encadrement des marchés en deçà des seuils d'appel d'offres est qu'il présente un décalage entre la souplesse des procédures et

¹⁰³³ Cour Suprême/CA jugement n°28/78 du 8 décembre 1978, SOCOMI c/ Etat du Cameroun cité par Thomas BIDJA NKOTTO, *op. cit.* p. 214

l'importance des sommes en jeu. La liberté laissée aux administrations étant trop importante par rapport aux sommes en jeu et les contrôles dans les procédures d'appel d'offres s'étant renforcés, ces procédures allégées sont devenues le domaine de prédilection des irrégularités. Le chargé des enquêtes de l'ARMP du Sénégal résume bien la situation lorsqu'il affirme que «des cas d'irrégularités se sont déplacés massivement vers les demandes de renseignements et de prix»¹⁰³⁴. Au Cameroun, la fraude liée à la passation des marchés en dessous de 5 millions a même son nom, «la règle du 4.9». Elle désigne une pratique consistant, pour les administrations, à saucissonner les prestations de telle sorte que le montant des marchés qu'elles passent tourne autour de 4,9 millions de francs CFA¹⁰³⁵.

La seconde difficulté que soulève l'encadrement des marchés en deçà des seuils peut être présentée sous une forme interrogative: les principes de la commande publique et surtout celui de transparence ne devraient-ils pas être respectés dès le premier franc CFA

¹⁰³⁴ René Pascal DIOUF dans interview donnée dans la *Revue des marchés publics (Sénégal)*, n° 3, 2011, pp. 6-7. Dans son dernier rapport annuel (2012) l'ARMP du Sénégal tire des audits réalisés la conclusion selon laquelle: «la Demande de Renseignements et de Prix (DRP) reste le mode de passation des marchés privilégié en nombre (80%) bien que représentant une faible valeur (9,32%) comparée aux appels d'offres ouverts (13,76% en nombre et 39% en valeur) et aux ententes directes (2,77% en nombre et 49% en valeur)». La mission d'audit a noté, pour le déplorer qu'à l'instar des constats des audits des gestions précédentes, la mise en œuvre de cette procédure de DRP reste toujours fortement marquée par: «des pratiques collusives, des fractionnements de commandes, un manque de transparence dans la constitution des listes restreintes (réurrence de la consultation conjointe des mêmes groupes d'entreprises, à une ou deux variantes près), une utilisation frauduleuse des mêmes numéros d'identification fiscale (NINEA) et des mêmes numéros de registre de commerce par des «entreprises» ayant des dénominations sociales différentes, des Administrateurs de Crédits agissant comme Personnes Responsables de Marchés sans habilitation formelle au sens des articles 27 et 28 du CMP, des DRP initiées par différents Administrateurs de Crédits Délégués, évaluées par des Commissions dites Internes dont l'existence n'est fondée sur aucune base légale ou réglementaire, une insuffisante maîtrise des procédures d'évaluation des offres avec options ou avec variantes», Autorité de régulation des marchés publics du Sénégal, *Rapport annuel 2012*, p. 70 et 71. www.armp.sn. Voir aussi Babacar GUEYE, «Nouveau Code des marchés publics - En phase avec les directives de l'UEMOA» (suite et fin), *Revue de marchés publics du Sénégal*, n° 5, nov. 2011, p. 29).

¹⁰³⁵ Voir CS/Chambre des Comptes, *Rapport annuel*, 2011, Publié sur le site de la Chambre des comptes: <http://www.chambredescomptes.net/images/stories/CDCdocs/annualreport2011.pdf>. (consulté en septembre 2014), pp. 78-81. La Chambre des comptes relève dans le Rapport d'observations sur les comptes de la Société d'Édition et de Presse du Cameroun (SOPECAM) pour les exercices 2004 et 2005 que la SOPECAM a commandé auprès des mêmes prestataires, à la même période, des objets de même nature sur plusieurs factures fractionnées dont le total dépasse 5 000 000 FCFA. Par exemple achat de prestations de service d'entretien, auprès du même fournisseur. Cet achat qui devait faire l'objet d'un marché de 34 108 929 Fcfa a été fractionné en 9 marchés par la Direction Générale de la SOPECAM entraînant la soustraction des commandes de la compétence de la commission de passation des marchés. pp. 78-81

dépensé? Qu'advient-il des marchés dont le seuil n'atteint pas celui de passation d'une demande de prix? La réponse des autorités réglementaires est de les soumettre à un encadrement dérisoire. C'est le cas de la demande de cotation écrite au Burkina Faso. Soumise à un formalisme minimal¹⁰³⁶, cette procédure ne fait pas l'objet d'une publicité et est dirigée par le gestionnaire de crédit et non la personne responsable des marchés même si son avis peut être demandé. C'est aussi le cas des contrats soumis à la procédure de demande de renseignement et de prix simple dispensée d'une forme écrite est utilisée par exemple pour les contrats de travaux et de prestations intellectuelles d'un montant estimatif inférieur à 5 millions de francs CFA (TTC) et pour les contrats de fournitures et de services d'un montant estimé inférieur à 3 millions de francs CFA¹⁰³⁷. Contrats non écrits, réglés sur mémoire ou facture, il est légitime de se poser la question de savoir s'il s'agit de contrat public¹⁰³⁸. La même question se pose concernant les contrats d'un montant inférieur à 10 millions de F. CFA en Côte d'Ivoire, qui peuvent « être exécutées par la simple comparaison obligatoire d'au moins trois factures, sans qu'il soit besoin de mettre en œuvre une formalité procédurale quelconque ».

Force est de constater que les réformes du droit des marchés publics ne sont pas encore achevées en ce qui concerne la question des procédures applicables en deçà des

¹⁰³⁶ L'article 68 du code des marchés publics modifié par le décret n° 2012-123/PRES/PM/MEF du 02 mars 2012, *op. cit.*, Les propositions de cotations se font sous plis fermés et sont examinées par une petite commission constituée par le gestionnaire de crédits, la personne responsable des marchés, le directeur des marchés publics et le représentant du service bénéficiaire. Elle attribue le marché à l'entreprise ayant présenté l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse. Lorsque le gestionnaire des crédits n'obtient pas trois factures, il peut recourir à la procédure de gré à gré.

¹⁰³⁷ Sénégal: Arrêté n° 00107 du 07 janvier 2015 relatif aux modalités de mise en œuvre des procédures de demande de renseignements et de prix en application de l'article 78 du code des marchés publics

¹⁰³⁸ Dans sa conclusion aux Mélanges offerts au professeur GUIBLA, le professeur CLAMOUR démontrait que ce qui caractérise les contrats publics, qu'ils soient passés par des personnes publiques ou des personnes publiques assimilées, qu'ils soient de droit administratif ou de droit privé, étaient d'être soumis à des exigences particulières. Guylain CLAMOUR, Guylain, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Contrats publics, mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.II, pp. 637-689.

Or les contrats dont il est question ici ne sont soumis à aucun formalisme quel qu'il soit. L'on comprend alors mieux la décision de la Cour suprême du Cameroun de les considérer comme des contrats de vente soumis au juge judiciaire.

seuils de recours aux procédures formalisées. Les procédures précédemment décrites laissent très peu de place à une application des principes de la commande publique.

L'encadrement des marchés passés par entente directe ou de gré à gré laisse aussi apparaître des insuffisances qui contredisent l'idée d'une application même limitée des principes de la commande publique.

§ 3. UN ENCADREMENT DERISOIRE DE LA PROCEDURE D'ENTENTE OU DE GRE A GRE:

Les marchés par entente ont de tout temps fait le lit d'atteintes multiples à la réglementation des marchés publics, cristallisant ainsi nombre de critiques à l'endroit de l'achat public¹⁰³⁹. Aussi, a-t-on souvent fait appel à ces marchés pour illustrer le manque de transparence dans les marchés publics. Cette procédure faisait l'objet d'une utilisation abusive de la part des administrations qui y recouraient fréquemment¹⁰⁴⁰. Pour justifier cette pratique, l'on a tantôt avancé la lenteur de la procédure de passation par appel d'offres et adjudication¹⁰⁴¹, tantôt une interprétation erronée des dispositions de la réglementation des marchés publics¹⁰⁴².

¹⁰³⁹ Babacar GUEYE, le nouveau code sénégalais des marchés publics: entre réponse au attente de la société civile et prise en compte des influences communautaires, *Droit sénégalais*, n° 7, 2008, p. 257. Voir également Giorgio BLUNDO, «Dessus-de-table: la corruption quotidienne dans la passation des marchés publics locaux au Sénégal», *op. cit.* Salif YONABA, «La nouvelle réglementation des marchés publics au Burkina Faso», *Revue Burkinabé de droit*, n° 31, 1^{er} septembre 1997, p. 60.

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁴¹ Au Burkina Faso, l'encadrement de cette pratique notamment par l'adoption du décret n°84/382/PRES du 16 octobre 1984, n'y a rien changé. Ce décret imposait aux administrations l'obtention de l'autorisation du ministre ordonnateur du Budget pour tout projet de marché par entente. A défaut de la procédure par entente, l'appel d'offres et l'adjudication étaient contournés par le fractionnement qui amenait les marchés en deçà des seuils de procédures formalistes.

¹⁰⁴² Au Sénégal par exemple, le décret de 1982 prévoyait que l'administration puisse passer un marché de gré à gré à deux conditions: la première était que le montant de la commande soit inférieur ou égal à 10 millions de francs CFA. La seconde condition était que l'administration n'ait en face d'elle qu'un fournisseur soit parce qu'elle n'avait reçu aucune offre après deux appels d'offres, soit parce que le marché portait sur un domaine stratégique comme la défense. En plus de ces conditions, l'administration devait requérir l'autorisation de la Commission Nationale des Contrats de l'Administration. Ces conditions cumulatives ont été interprétées comme étant alternatives. La seule condition qui comptait pour les autorités contractantes était l'autorisation de la Commission nationale des contrats de l'administration. Cette commission a marqué son temps par ses autorisations de gré à gré sans limites de montant. Voir Mansour DIOP, «L'évolution des

Aujourd'hui le secret qui entoure cette procédure est devenu incompatible avec les évolutions du droit des contrats administratifs et l'émergence d'un droit de la commande publique. Cette procédure dont l'utilité est indiscutable, doit se conformer aux principes de la commande publique¹⁰⁴³. Mais la définition des marchés pouvant être soumis à la procédure d'entente directe (A), tout comme les règles auxquelles cette procédure est soumise (B) révèlent un encadrement dérisoire.

A. DES CONDITIONS DE RECOURS TRES EXTENSIVES

La procédure d'entente directe ou de gré à gré peut être définie comme une procédure dans laquelle l'autorité contractante ou le maître d'ouvrage engage directement des négociations avec une ou plusieurs entreprises et attribue le marché à celle qu'elle a retenue¹⁰⁴⁴. C'est donc une procédure qui, par principe, est fondée sur la liberté de choix de l'administration. C'est la raison pour laquelle il était nécessaire d'en définir les conditions de recours ainsi que le déroulement.

La première condition de recours à la procédure d'entente ou de gré à gré est l'urgence impérieuse¹⁰⁴⁵. Il faut néanmoins souligner ici la particularité de la réglementation du Burkina Faso qui distingue l'extrême urgence et l'urgence impérieuse, toutes deux justifiant le recours à la procédure de gré à gré. Les rédacteurs du Code n'ont pas défini la notion d'extrême urgence. Comme tous les cas d'urgence, c'est au cas par cas

marchés publics au Sénégal, Repères historiques et faits marquants», *Echofinances*, n° 8, juin 2010, pp. 24-27

¹⁰⁴³ Sur l'application des principes de la commande publique aux procédures admettant la négociation, voir Rachel CATTIER, «Le régime des marchés relevant des articles 28 et 30 du code des marchés publics», *Contrats et marchés publics*, n° 84, janvier 2009, pp. 52-55.

¹⁰⁴⁴ Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 76

¹⁰⁴⁵ Décret n° 2008-173 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public, modifié par le décret n° 2012-123 du 2 mars 2012, *op. cit.* et le décret n° 2013-1148 du 12 décembre 2013, *J.O.*, n° 22 du 29 mai 2014, Article 71.

qu'elle sera appréciée¹⁰⁴⁶. Toutefois pour illustrer la situation d'extrême urgence, le Code des marchés publics donne l'exemple de l'abandon de l'exécution d'un marché par un titulaire défaillant¹⁰⁴⁷.

En ce qui concerne l'urgence impérieuse, elle constitue une condition communément admise pour justifier le recours à la procédure d'entente ou de gré à gré¹⁰⁴⁸. Consacré dans les législations des quatre pays, elle doit d'abord résulter de circonstances imprévisibles ou d'une force majeure, donc d'événements extérieurs à l'autorité contractante ou au maître d'ouvrage. L'autorité contractante ne peut invoquer l'urgence impérieuse, lorsqu'elle est à l'origine de négligences, ou d'irrégularités ayant causé la situation¹⁰⁴⁹. Il faut qu'elle n'ait pas pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence¹⁰⁵⁰. Tel n'est pas le cas par exemple lorsque la situation ayant conduit à

¹⁰⁴⁶ Jean-François SESTIER «Urgence et mise en concurrence dans les contrats publics», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 390 et s.

¹⁰⁴⁷ Article 71 al 1. Sans concevoir cela comme une extrême urgence, le code des marchés du Cameroun admet que de tels marchés soient passés par gré à gré. Dans le code du Sénégal, ces contrats sont éligibles à la procédure d'appel d'offres restreint.

¹⁰⁴⁸ Jean-François SESTIER «Urgence et mise en concurrence dans les contrats publics», *op. cit.*

¹⁰⁴⁹ CE, 8 janvier 1992, Préfet des Yvelines, req. n° 85439. Aussi ARMP du Sénégal, Décision n° 044/14/ARMP/CRD du 12 février 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours du Ministère des sports et de la vie associative visant à obtenir l'autorisation de signer, par entente directe, le marché relatif aux travaux de remise aux normes du stade Léopold Sédar SENGHOR: Lorsque la situation à l'origine de l'urgence découle d'une définition non exhaustive et inadéquate des travaux nécessaires à la remise aux normes du stade lors du premier appel d'offres, l'argument selon lequel la situation d'urgence est extérieure à l'autorité contractante peut être difficilement retenu. La responsabilité d'une telle situation est imputable aux services du Ministère qui n'ont pas su déterminer convenablement leurs besoins:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=828:decision-nd-04414armprcd-du-12-fevrier-2014&Itemid=858

¹⁰⁵⁰ Se fondant sur cette condition de l'urgence impérieuse, le CRD du Sénégal a considéré que lorsque des pavillons situés sur le campus universitaire ont été vidés de leurs occupants en octobre 2012 par l'autorité contractante en vue de leur reconstruction, celle-ci ne peut pas saisir le 06 août 2013 la DCMF d'une demande d'autorisation de conclure un marché par entente directe en arguant de l'imprévisibilité et de l'urgence du projet: Décision n° 278/13/ARMP/CRD DU 11 Septembre 2013 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission litiges sur la demande du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche pour la signature de marchés par entente directe entre l'Agence de construction des bâtiments et édifices publics et les Entreprises ESCI et CSE pour la démolition de six pavillons universitaires à l'UCAD: http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=666:decision-nd-27813armprcd-du-11-septembre-2013&Itemid=700

l'urgence résulte du défaut de maintenance et de planification dans l'entretien d'une infrastructure¹⁰⁵¹.

Elle doit ensuite être incompatible avec les délais et règles de forme prévus dans les procédures concurrentielles parce qu'exigeant une intervention immédiate de l'autorité contractante.

Les dispositions qui définissent l'urgence impérieuse justifiant le recours au gré à gré ou à l'entente omettent une troisième condition qui pourtant n'est pas des moindres. Il s'agit du lien de causalité entre l'urgence impérieuse de passer le marché et l'événement imprévisible en cause¹⁰⁵². Enfin, l'urgence impérieuse ne peut être présumée, l'autorité contractante doit en apporter la preuve¹⁰⁵³.

Quelle portée les organes de règlement des différends donnent-ils aux conditions d'existence de l'urgence impérieuse. Les rares décisions, qui ont pu être consultées, ont été rendues par l'ARMP du Sénégal et elles montrent que l'organe de règlement des différends a une approche de l'urgence impérieuse très ambivalente. En effet s'il est strict dans le contrôle des conditions de l'urgence impérieuse, il finit toujours par autoriser sa conséquence principale à savoir le recours à l'entente, procédure dérogatoire à l'appel d'offres. Ainsi par exemple, après avoir reconnu que l'autorité contractante ne peut pas se prévaloir de l'urgence pour demander l'autorisation de passer un marché par entente

¹⁰⁵¹ Avis n° 005/11/ARMP/CRD du 20 avril 2011 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de la primature portant sur la conduite à tenir par rapport à la demande d'autorisation du ministère de la coopération internationale, des transports aériens, des infrastructures et de l'énergie de passer par entente directe, le marché d'acquisition de deux (2) bacs automoteurs pour les localités de Katakalousse et Foundiougne, http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=226:avis-nd-00511armpcrd-du-20-avril-2011&Itemid=231

¹⁰⁵² Cette considération amène le conseil d'Etat français à juger qu'une commune ne peut invoquer l'urgence impérieuse résultant du passage d'une tempête tropicale pour justifier la passation d'un marché complémentaire relatif à des travaux ayant fait l'objet d'un précédent marché conclu après la passage de celle-ci. CE, 26 juin 1991, Commune de Sainte-Marie, *RFDA* 1991, p. 966 concl. Hubert LEGAL.

¹⁰⁵³ Voir AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS, «Appels d'offres restreints & entente directe, ce qu'il faut comprendre», *Revue des marchés publics*, n° 2, mai 2011, pp. 28-29. Aussi, Sébastien NIVAULT, «Les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence», *Contrats Publics*, n° 84, janvier 2008, pp. 47-50.

directe le 6 août 2013 alors que les bâtiments qui devaient être reconstruits ont été évacués depuis le mois d'octobre 2012, il accorde néanmoins l'autorisation pour passer le marché suivant une procédure d'entente directe¹⁰⁵⁴.

Le second cas de recours à la procédure d'entente consacré dans tous les textes est la spécialisation des prestations. Cela concerne les prestations dont la réalisation nécessite la détention d'une licence, d'un brevet d'invention, d'un procédé particulier ou bien les prestations sur lesquelles une entreprise détient des droits exclusifs¹⁰⁵⁵. La spécialisation des prestataires peut aussi justifier le recours à la procédure d'entente. Tel est le cas lorsque pour des raisons techniques ou artistiques, pour des raisons d'investissement préalable le marché ne peut être confié qu'à un prestataire déterminé¹⁰⁵⁶.

Après ces conditions communes de recours à la procédure d'appel d'offres, il existe des conditions propres à chaque législation. Au Cameroun par exemple le recours à la procédure de gré à gré s'étend aux marchés de travaux, de fournitures et de services «*exécutés à titre de recherche, d'études, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point, et*

¹⁰⁵⁴ Aussi ARMP Sénégal, Décision n° 278/13/ARMP/CRD DU 11 Septembre 2013 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission litiges sur la demande du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche pour la signature de marchés par entente directe entre l'Agence de construction des bâtiments et édifices publics et les Entreprises ESCI et CSE pour la démolition de six pavillons universitaires à l'UCAD, *op. cit.*. Egalement, Décision n° 255/13/ARMP/CRD du 28 août 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine du ministère de la restructuration et de l'aménagement des zones d'inondation demandant l'autorisation de passer des marchés par entente directe à la suite d'un avis défavorable de la direction centrale des marchés publics (DCMP):

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=643:decision-nd-25513armpcrd-du-28-aout-2013&Itemid=674

La décision du n° 278/13 peut être comparée avec la décision du Conseil d'Etat français du 1^{er} octobre 1997, Hemmerdinger, (*Recueil*. 326) dans laquelle la haute juridiction considère que l'autorité contractante qui attend deux années entre la délibération d'un conseil régional adoptant le programme de rénovation des lycées et la date de signature des marchés ne peut pas se prévaloir d'une urgence impérieuse d'autant que la rentrée scolaire ne peut être considérée comme un événement imprévisible. La CJCE va encore plus loin en niant le caractère d'urgence impérieuse à une situation dans laquelle plus de trois mois se sont écoulés entre un rapport édictant une intervention d'urgence et le début des travaux. CJCE 2 août 1993, Commission c/ République Italienne, aff. C-107/92, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1993, p. 4655.

¹⁰⁵⁵ Décret n° 2004-275 du 24 septembre 2004, *op. cit.*, article 29, Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.*, article 96-2. Décret n° 2008 – 173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, article 71, Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 76-1 a).

¹⁰⁵⁶ Article 71 code du Burkina Faso. Article 76-b) code du Sénégal. Article 96-2 code de la Côte d'Ivoire.

qui ne peuvent être confiés qu'à des entreprises ou prestataires dont le choix s'impose par leur spécialité, leurs connaissances ou leurs aptitudes particulières». Au Burkina Faso, peuvent être soumis à la procédure d'entente les marchés dont *«les prix unitaires des biens sont réglementés ou font l'objet d'une tarification et que le montant du contrat est inférieur 250 millions F CFA toutes taxes comprises»*¹⁰⁵⁷. Le texte de la Côte d'Ivoire inclut dans le champ de la procédure d'entente les marchés liés à la sécurité et à la protection des intérêts supérieurs de l'Etat¹⁰⁵⁸. Mais il n'en donne ni une définition ni une illustration. Celui du Sénégal évoque quant à lui les marchés complémentaires¹⁰⁵⁹, les marchés secrets et les marchés dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité lorsque la protection de l'intérêt supérieur de l'Etat l'exige. Les autorités ont prit le soin d'en fournir le détail dans le Code de 2011. Une «précaution» qui manifestement multiplie les cas de recours à la procédure par entente.

Pour une procédure dérogatoire, l'on ne peut que constater la multiplication des cas de recours à la procédure d'entente directe ou de gré à gré. A cela s'ajoute le fait que la liste des conditions de recours à cette procédure est extensible et varie suivant les époques¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ Décret n° 2008-173 portant réglementation générale des marchés et des délégations de service publics, modifié par Décret n° 2013-1148 du 12 décembre 2013, *op. cit.*

¹⁰⁵⁸ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.*, article 96-2.

¹⁰⁵⁹ Le problème des marchés complémentaires est qu'ils peuvent être un prétexte pour saucissonner l'achat afin d'échapper à la procédure d'appel d'offres. Pour parer à cela les autorités réglementaires ont prévu un garde fou consistant à exiger d'abord que ces marchés se limitent aux «fournitures, services ou travaux qui complètent ceux ayant fait l'objet d'un premier marché exécuté par le même titulaire, à la condition que le marché initial ait été passé selon la procédure d'appel d'offres», ensuite «que le marché complémentaire ne porte que sur des fournitures, services ou travaux qui ne figurent pas dans le marché initial conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue et extérieure aux parties» et enfin, que ces fournitures, services ou travaux ne puissent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal. De plus, le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser un tiers du montant du marché principal, avenants compris. Cette dernière exigence peut avoir un effet pervers dans la mesure où elle rend le marché complémentaire passé par entente plus intéressant que l'avenant. Dans la forme, le marché complémentaire de gré à gré et l'avenant sont tous les deux soumis à des règles d'autorisation. Mais dans le fond, l'avenant ne peut dépasser 30% du montant du montant initial alors que le marché complémentaire peut constituer le tiers du montant du marché additionné à ses avenants.

¹⁰⁶⁰ Le cas du Sénégal est édifiant, de code en code la procédure de passation des marchés répondant à une urgence impérieuse varie. Ces marchés qui, sous le décret 2002-550 du 30 mai 2002 justifiaient la passation par entente directe, ont été soumis avec le code de 2007 à la procédure d'appel d'offres restreint (Article 73 paragraphe 2 du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007). Avec le code de 2011, les marchés justifiés par

La décision rendue par le Comité de règlement des différends de l'ARMP du Sénégal le 26 décembre 2013 l'illustre. A travers cette décision, le CRD a autorisé le secrétariat de la présidence de la République à inclure dans la catégorie des marchés classés secret défense les marchés *«relatifs à l'entretien et au nettoyage des locaux du cabinet incluant le bureau du Président et ceux de ses plus proches collaborateurs ainsi qu'à l'approvisionnement en imprimés et fournitures de bureau destinés aux correspondances du Chef de l'Etat et au fonctionnement de son secrétariat particulier»*¹⁰⁶¹. Ces marchés ne sont pas sans rappeler les fameux marchés de la présidence de la République que le décret du 13 septembre 2010 tant décrié, avait exclus du champ d'application du Code des marchés publics¹⁰⁶².

Après la définition des marchés pouvant être soumis à cette procédure, les textes ont essayé d'encadrer le déroulement de la procédure en la soumettant notamment à l'autorisation préalable de l'organe de contrôle a priori. Mais cette exigence s'avérera peu efficace.

l'urgence impérieuse reviennent dans la catégorie des marchés pouvant être passés par entente directe au Sénégal. Le Code de 2014 a maintenu cette situation. Pour une analyse critique de l'encadrement des marchés de gré à gré ou d'entente directe édicté par ce texte, voir, Yaya BODIAN, «Brèves réflexions sur la réglementation des marchés de gré à gré dans le nouveau code des marchés publics: des germes de la corruption», 1ère partie, *Africajuris*, n° 48 du 2 au 8 janvier 2003, pp. 4-7 et 2e partie, *Africajuris*, n° 49 du 9 au 15 janvier 2003, pp. 7-9).

¹⁰⁶¹ ARMP du Sénégal, Décision n° 391/13/ARMP/CRD du 26 décembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de la Présidence de la République demandant le classement «secret-défense» de certains marchés: http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=782:decision-nd-39113armpcrd-du-26-decembre-2013&Itemid=812

¹⁰⁶² Décret n° 2010-1188 du 13 septembre 2010 modifiant et complétant le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant code des marchés publics, *Journal officiel*, n° 6546 du 13 septembre 2010. Ce décret que les autorités avaient justifié par l'exigence de célérité et le secret qui doit entourer certains marchés avait exclu du champ du code les marchés de la présidence de la République et des ministères de souveraineté. Mais face à la fronde des acteurs nationaux et à la pression des bailleurs de fonds ce décret a été abrogé. Or en classant secret-défense les marchés de nettoyage des bureaux du président et des collaborateurs proches, cette autorisation ramène ces marchés dans le code tout en les exonérant de l'obligation de mise en concurrence. A propos des commentaires suscités par ce texte. Abdoulaye MBOW, Le Sénégal, mauvais élève de l'UEMOA, *L'office*, publication du 22 janvier 2011).

B. DES PROCEDURES SOUMISES A L'AUTORISATION PREALABLE DE L'ORGANE DE CONTROLE *A PRIORI*

Le recours à la procédure d'entente directe doit être précédé de l'autorisation ou de l'avis de l'organe de contrôle *a priori*. Le but de cette procédure est de permettre aux organes de contrôle *a priori* de s'assurer de la réunion des conditions définies dans la réglementation.

Aux termes de l'article 97 du Code des marchés publics en Côte d'Ivoire, le recours au marché de gré à gré doit être autorisé par le ministre des finances après avis de la Direction des marchés publics. Le Ministre en charge des marchés publics dispose d'un délai de 10 jours à compter de l'avis de la DMP pour se prononcer. Il peut dans sa décision d'autorisation définir les conditions de la négociation ou de la consultation. Mais même en dehors de ces précisions de la part du ministre les autorités contractantes sont tenues d'organiser une consultation informelle en vue de la désignation du prestataire dans le domaine objet du marché de gré à gré, sous peine de rejet du marché¹⁰⁶³.

L'exigence d'une autorisation de l'autorité chargée des marchés publics est aussi présente dans la législation du Cameroun. La demande de recourir à la procédure de gré à gré doit être motivée. Et l'autorité chargée des marchés publics (le MINMAP) dispose d'un délai de 7 jours pour se prononcer. Une fois l'autorisation obtenue, le maître d'ouvrage doit consulter au moins trois sociétés sauf si l'objet du marché est une prestation spéciale ou si le prestataire est le seul dans son domaine. Cette dernière exigence marque une réelle évolution par rapport à la législation antérieure. Aujourd'hui la mise en concurrence est une obligation clairement exprimée dans le Code des marchés publics et non plus «une obligation résiduelle» frappée en plus «d'une précarité textuelle» due au fait que les textes

¹⁰⁶³ Les résultats de l'audit sur les marchés de gré à gré de 2011 à 2013, présentés par l'ANRMP de la Côte d'Ivoire le 18 septembre 2014 viennent confirmer la fragilité de l'encadrement des marchés de gré à gré. Par exemple, sur les 60 marchés audités, seul 3 étaient justifiés par l'urgence. Rapport disponible sur le site de l'Autorité nationale des marchés publics: <http://anrmp.ci/audits-26402/rapports-daudit-21121/file/255-rapport-de-l-audit-des-marches-de-gre-a-gre>

n'imposaient la mise en concurrence au maître d'ouvrage que «*dans toute la mesure du possible*»¹⁰⁶⁴. Le professeur OWONA concluait de cette situation, que la procédure de gré à gré accordait «*une pleine liberté de choix*» à l'administration. Avec l'émergence de la commande publique, l'encadrement de cette procédure est clairement renforcé.

Si les réglementations des marchés publics posent de façon explicite l'obligation pour l'autorité contractante d'obtenir une autorisation avant de recourir à la procédure d'entente, il faut néanmoins souligner l'ambiguïté de la législation sénégalaise qui met en place plusieurs régimes. Le Code des marchés publics établit une distinction entre d'une part les marchés pour lesquels il faut une autorisation de la Direction chargée du contrôle des marchés publics et d'autre part, ceux, devant faire l'objet d'un avis. Dans cette dernière catégorie, sont pris en compte les marchés classés secret-défense, les marchés justifiés par l'urgence impérieuse et les marchés passés dans le cadre des mesures de mobilisation générale et de mise en garde¹⁰⁶⁵.

Aucune voie de recours n'est prévue pour les avis rendus à propos des marchés secret-défense. Ce qui laisse penser qu'ils ne lient pas l'autorité contractante.

La procédure de gré à gré n'échappe pas à l'application des principes de la commande publique. C'est ce qui ressort de toutes les mesures destinées à encadrer son utilisation. Mais ses conditions de recours extensibles additionnées à un encadrement très sommaire du déroulement de la procédure peuvent entraver le respect des principes de la

¹⁰⁶⁴ Joseph OWONA, *Droit administratif spécial de la République du Cameroun: fonction publique, expropriation, biens publics, marchés publics, contentieux administratif*, Paris, EDICEF, 1985, p.148 et s.

¹⁰⁶⁵ Pour les marchés justifiés par l'urgence impérieuse et les marchés passés dans le cadre des mesures de mobilisation générale et de mise en garde, l'organe de contrôle *a priori* ne dispose que de 24 heures pour se prononcer. Passé ce délai, il appartient au Premier ministre de prendre la décision de continuer ou d'arrêter la procédure. Les avis négatifs de la DCMP dans le cadre de cette procédure peuvent être contestés par l'autorité contractante devant le Comité de règlement des différends au sein de l'ARMP. Le premier ministre à qui est adressé une copie de la requête «*peut certifier par notification écrite à l'Organe chargé de la régulation des marchés publics et à celui chargé du contrôle des marchés publics que, pour des raisons tenant aux circonstances exceptionnelles du cas concerné impliquant des motifs impérieux d'intérêt général, l'attribution du marché doit être poursuivie immédiatement*». L'intervention du premier ministre a pour but d'inciter le CRD à abonder dans le sens de l'autorité contractante. Or un tel procédé est en porte à faux par rapport au principe de la séparation des organes de contrôle, de passation et de régulation

commande publique. Comme le fait remarquer le professeur DJE BI DJE, cette procédure qui «*ne lèse pas nécessairement les intérêts de l'acheteur public*» peut néanmoins être «*dangereuse pour les finances publiques*»¹⁰⁶⁶. C'est la raison pour laquelle un encadrement du fond de la procédure de négociation aurait été utile.

L'application des principes de la commande publique aux procédures dérogatoires à l'appel d'offres rencontre de nombreux obstacles. Tel n'est cependant pas le cas dans la passation des délégations de service public et des contrats de partenariat public-privé où ils se sont imposés, même s'il a fallu pour cela les adapter.

¹⁰⁶⁶ Christiane DJE BI DJE, *op. cit.* p. 107

SECTION II. L'EXTENSION DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN DEHORS DES MARCHES PUBLICS

Cette extension confirme l'existence d'un noyau de règles applicables à tous les contrats appartenant à la catégorie de la commande publique. Elle se manifeste par la soumission de la passation des contrats de délégation de service public aux principes qui traduisent l'idée de concurrence (§I). Ces principes également appliqués au contrat de partenariat public-privé, connaissent des adaptations nécessaires (§II).

§ 1. L'EXTENSION EFFECTIVE DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE AUX CONTRATS DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

Suite aux réformes dans le domaine des contrats administratifs, le régime de passation des conventions de délégation de service public a connu une véritable mutation. Il s'est en effet opéré une véritable extension des principes de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement des soumissionnaires qui impose le respect par les délégants de règles auxquelles ils ne se soumettaient avant des obligations en découlant¹⁰⁶⁷. En d'autres termes, la passation des conventions de délégation de service public est soumise, dans les législations étudiées, aux règles formelles régissant la passation des marchés publics (A). Cette évolution qui rompt clairement avec les régimes antérieurs de passation des contrats de délégation de service public a eu des conséquences qui seront analysées pour finir (B).

¹⁰⁶⁷ La soumission des délégations de service public au principe de la commande publique fait l'objet d'une consécration dans l'ensemble des législations analysées. L'article 10 du Code sénégalais des obligations de l'administration relatif aux délégations de service public, soumet la passation de ces contrats aux «principes et méthodes applicables aux achats publics (...), adaptés pour tenir compte de la nature particulière de ces conventions et contrats ainsi que du mode de rémunération du cocontractant». Voir dans le même sens l'article 9 du Décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant code des marchés publics en Côte d'Ivoire et l'article 2 du Décret n° 2008 - 173 /PRES/PM/MEF portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso. Le décret du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics au Cameroun va dans le même sens lorsqu'il dispose en son article second que «*Les règles fixées par le présent Code reposent sur les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures*» et en son article 42 que «*Les concessions font l'objet d'une mise en concurrence, conformément aux dispositions prévues par le présent Code*».

A. LA SOUMISSION DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC AUX PRINCIPES REGISSANT L'APPEL D'OFFRES

Si la soumission des contrats de délégation de service public aux principes de la commande publique est une réalité que nul ne conteste, elle se fait différemment dans les législations étudiées. Dans celles du Sénégal, de la Côte d'Ivoire et du Burkina Faso, c'est l'ensemble des contrats de délégation de service public qui se voient appliquer les exigences découlant de l'idée de concurrence (1). Alors qu'au Cameroun les textes semblent limiter l'application des nouvelles règles traduisant les principes de la commande publique aux seuls contrats de concession (2).

1. Une soumission étendue à l'ensemble des délégations de service public au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire

Dans un article publié en 2007, le professeur RICHER se posait la question de savoir «si les partisans de l'alignement du régime de la concession sur celui des marchés ne sont pas en train de l'emporter vingt ans après»¹⁰⁶⁸. Transposée dans le contexte des Etats de l'UEMOA¹⁰⁶⁹, cette question reçoit une réponse positive. D'une manière générale la grande innovation apportée par les réformes étudiées au régime de passation des conventions de délégation de service public est l'introduction dans ces procédures des règles de publicité et de mise en concurrence applicables aux marchés publics. Il y'a en effet eu un alignement du régime des DSP sur celui des marchés publics.

¹⁰⁶⁸ Laurent RICHER, «Que reste-t-il de la délégation de service public?», AJDA 2007, p. 2225. A propos de la passation des délégations de service public en droit français, voir notamment Gabriel ECKERT, «Passation du contrat», *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 4, Mise à jour au 28 avril 2014.

¹⁰⁶⁹ Et aussi en dehors de l'UEMOA, exemple: au Gabon: Décret n° 0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012 portant code des marchés public au Gabon, article 108 et s.

Les délégations de service public peuvent désormais être passées par appel d'offres. Le principe est communément consacré. Toutefois ses modalités de mise en œuvre varient. Mais quelles qu'elles soient, elles débutent par une publicité dont les règles sont alignées sur celles régissant la publicité de marchés passés par appel d'offres. C'est ce qui ressort par exemple des dispositions relatives à la publicité des avis de passation des délégations de service public dans le Code des marchés en Côte d'Ivoire. L'article 179 qui traite de la publicité des avis de passation des délégations de service public renvoie à celles régissant la passation des marchés publics¹⁰⁷⁰. Mais elles apportent néanmoins une précision relative aux délais de dépôt des offres. Alors que pour les avis d'appel d'offres nationaux des marchés publics, ce délai est de 30 jours et est fixé à 45 jours pour les avis internationaux, il est établi à 45 jours pour les délégations de service public sans qu'une distinction ne soit faite entre les appels d'offres nationaux et internationaux.

¹⁰⁷⁰Pour une application de ces dispositions, ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 027/2014/ANRMP/CRS du 02 septembre 2014 sur la dénonciation faite par la Société abidjanaise de dépannage (SOAD) pour irrégularités commises dans l'appel d'offres n° P 99/2014 relatif à la concession de service public d'enlèvement, de parking et de réparation des véhicules immobilisés sur les voies publiques non urbaines: le non respect par l'autorité délégante des délais impartis pour la publication des avis d'appel public à la concurrence, est une cause d'annulation de la passation d'une concession des service public: <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/253-decision-n-027-2014-anrmp-crs-du-02-septembre-2014-sur-la-denonciation-faite-par-la-societe-abidjanaise-de-depannage-soad-pour-irregularites-commises-dans-l-appel-d-offres-n-p99-2014-relatif-a-la-concession-de-service-public-d-enlevement-de-parking-et-de->

L'organe de règlement des différends contrôle aussi le respect des mentions devant figurer dans l'avis d'appel d'offres: Décision n° 015/2014/ANRMP/CRS du 05 juin 2014 sur la dénonciation faite par la société HANDLING Côte d'Ivoire pour irrégularités commises dans la procédure d'avis à manifestation d'intérêt n° S79/ 2013 relatif à la mise en concession de la fourniture des services d'assistance en escale à l'aéroport international Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan organisé par le ministère des transports <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/237-decision-n-015-2014-anrmp-crs-du-05-juin-2014-sur-la-denonciation-faite-par-la-societe-handling-cote-d-Ivoire-pour-irregularites-commises-dans-la-procedure-d-avis-a-manifestation-d-interet-n-s79-2013-relatif-a-la-mise-en-concession-de-la-fourniture-des-se>

Décision n° 014/ 2014/ANRMP/CRS du 05 juin 2014 sur le recours de la Société Handling Côte d'Ivoire contestant les résultats de l'avis à manifestation d'intérêt n° S79/2013 relatif à la mise en concession de la fourniture des services d'assistance en escale à l'aéroport international Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan organisé par le ministère des transports: <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/236-decision-n-014-2014-anrmp-crs-du-05-juin-2014-sur-le-recours-de-la-societe-handling-cote-d-Ivoire-contestant-les-resultats-de-l-avis-a-manifestation-d-interet-n-s79-2013-relatif-a-la-mise-en-concession-de-la-fourniture-des-services-d-assistance-en-escale->

Le même principe s'applique au Burkina Faso et au Sénégal, avec le délai de dépôt des offres fixé à 45 jours calendaires au minimum¹⁰⁷¹. Le texte du Burkina Faso prévoit en plus la possibilité d'une publication au niveau communautaire *«lorsque le montant prévisionnel de la délégation, évalué sur toute la durée du projet, atteint le seuil de publicité communautaire défini par la Commission de l'UEMOA»*¹⁰⁷².

Le choix des autorités réglementaires pour la procédure d'appel d'offres en une seule étape est subordonné à la maîtrise par l'autorité délégante des spécifications techniques. En d'autres termes, il faut qu'elle dispose de spécifications techniques détaillées, qu'elle soit en mesure de définir les critères de performance et les indicateurs de résultat précis. Le recours à l'appel d'offres ouvert en une seule étape n'exclut pas une présélection des candidats bien au contraire¹⁰⁷³.

Qu'elle soit obligatoire ou facultative, la pré qualification doit permettre à l'autorité délégante d'opérer un tri dans (les manifestations d'intérêt ou soumissions) afin que ne soient retenus que les soumissionnaires offrant les garanties techniques et financières suffisantes et disposant des capacités nécessaires pour assurer la continuité du service public. Autrement dit, elle doit se faire sur la base de critères permettant de mesurer la capacité des candidats à exécuter le contrat. L'autorité délégante est tenue au respect des règles de dépôt des manifestations d'intérêt et d'objectivité de leur analyse. Les résultats de la pré-qualification font l'objet d'une publicité. Les textes du Sénégal et de la Côte d'Ivoire ne prévoient pas la création d'une commission différente de celle chargée de la passation des marchés publics contrairement à ce qui est prévu au Burkina Faso ou l'autorité délégante statue après avis d'une commission spécifique¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷¹ Décret n° 2008-173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, art 173. Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 82

¹⁰⁷² Décret n° 2008-173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, Article 174

¹⁰⁷³ Décret n° 2008-173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, article 183. Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.*, article 180.1. Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 82 parag. 3.

¹⁰⁷⁴ Article 181 code des marchés publics: Cette commission est composée de deux représentants du maître d'ouvrage parmi lesquels est désigné le président de la commission, d'un représentant du ministère chargé du budget, d'un représentant du ministère chargé du commerce, d'un représentant du ministère chargé de

Lorsque le projet est complexe, les autorités délégantes ont recours à la procédure en deux étapes. La première étape durant laquelle les soumissionnaires ne proposent que leurs offres techniques lui permet, au regard des propositions qu'elles auront reçues, d'ajuster leur demande, de préciser leurs besoins¹⁰⁷⁵. Les ajustements ne peuvent cependant avoir pour effet de modifier l'objet du contrat¹⁰⁷⁶.

Après la présélection, la procédure d'appel d'offres ouverte directe ou en deux étapes se déroule comme pour la passation des marchés publics. La mise en concurrence doit être effective. Le dépouillement des offres, leur analyse et l'attribution des marchés doivent se dérouler dans le respect de la transparence et de l'égalité des candidats. Ce qui veut dire que les critères de sélection contenus dans le dossier d'appel d'offres et les exigences financières ou techniques requises de la part des entreprises auront été définis de telle sorte que ne soit rompue l'égalité entre les soumissionnaires ni entravé la liberté d'accès à la commande publique. Les règles de reconnaissance mutuelle doivent être appliquées entre les Etats d'un même espace communautaire.

L'alignement du régime de passation, des marchés et des délégations de service public s'étend aussi à l'adoption des procédures dérogatoires à l'appel d'offres. Toutefois si le recours à la procédure de gré à gré est communément admis tel n'est pas le cas de la procédure d'appel d'offres restreint.

l'emploi, d'un représentant du ministre chargé du travail et d'un représentant du ministère technique compétent.

¹⁰⁷⁵ Les législations qui prévoient une procédure d'appel d'offres ouvert prévoient également une passation par appel d'offres en deux étapes.

¹⁰⁷⁶ ANRMP, Côte d'Ivoire, Décision n° 009/2013/ANRMP/CRS du 08 mai 2013 sur la dénonciation faite par le groupement international CONTAINER TERMINAL SERVICES INC (ICTSI)/CMA-CGMT/TERMINAL LINK/MOVIS/NECOTRANS pour irrégularités commises dans la procédure de passation de l'appel d'offres international avec présélection n° S31/2012 portant mise en concession de la réalisation et de l'exploitation du deuxième terminal à conteneurs (TC2) du port d'Abidjan, p. 15:
<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/138-decision-n-009-2013-anrmp-crs-du-08-mai-2013-sur-la-denonciation-faite-par-le-groupement-international-container-terminal-services-inc-ictsi-cma-cgmt-terminal-link-movis-necotrans-pour-irregularites-commises-dans-la-procedure-de-passation-de-l-appel-d-off>

Le décret du 6 août 2009 portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire autorise les autorités délégantes à recourir à la procédure d'appel d'offres restreint, ce qui constitue une exception dans la zone UEMOA¹⁰⁷⁷. Ni la directive 04/2005 de l'UEMOA, ni les autres réglementations nationales n'ont prévu le recours à la procédure d'appel d'offres restreint pour la sélection des délégataires de service publics. Le comité de règlement des différends de l'ARMP Sénégal, procédant à une lecture littérale des dispositions relatives à la passation des contrats de délégation de service public a ainsi rejeté le recours formulé contre une décision de l'organe de contrôle *a priori*, par laquelle celle-ci refuse d'autoriser la Loterie nationale sénégalaise à passer un contrat de délégation de service public par appel d'offres international restreint¹⁰⁷⁸. Jugeant qu'aux termes de l'article 81 du Code des marchés publics seules les procédures d'appel d'offres ouvert avec pré-qualification, d'appel d'offres en deux étapes et d'entente sont prévues pour passer des DSP, le CRD a estimé qu'il ne pouvait «*valablement autoriser le recours à la procédure d'appel d'offres restreint sous peine de violer les dispositions de l'article 81 du Code des marchés publics*».

Quant à la procédure d'entente ou de gré à gré, les autorités délégantes peuvent y recourir dans les mêmes conditions que pour les marchés publics (cas de la Côte d'Ivoire). Pour les autorités sénégalaises et burkinabè le recours à la procédure d'entente doit être

¹⁰⁷⁷ Exemple ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 002/2012/ANRMP/CRS du 10 février 2012 portant appréciation de la régularité du recours à la procédure d'appel d'offres restreint relatif à la concession pour l'élaboration et la mise en œuvre d'un schéma de gestion intégrée des déchets solides ménagers et assimilés du district d'Abidjan, organisé par le Ministère de la salubrité urbaine: Annulation de la procédure d'appel d'offres restreint pour la passation d'une concession, au motif qu'elle a été lancée avant que le ministre en charge des marchés publics (ministre de l'économie et des finances) ne donne son autorisation conformément aux dispositions de l'article 86 du code des marchés publics.

<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/114-decision-n-002-2012-anrmp-crs-du-10-fevrier-2012-portant-appreciation-de-la-regularite-du-recours-a-la-procedure-d-appel-d-offres-restreint-relatif-a-la-concession-pour-l-elaboration-et-la-mise-en-oeuvre-d-un-schema-de-gestion-integree-des-dechets-solides>

¹⁰⁷⁸ ARMP du Sénégal, Décision n° 12/12/ARMP/CRD du 23 janvier 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande de la Loterie nationale sénégalaise (LONASE) sollicitant l'autorisation de recourir à la procédure d'appel d'offres international restreint dans le cadre d'une délégation de service public ayant pour objet la diversification des produits qu'elle commercialise: http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=275:decision-nd-1212armpcrd-du-23-janvier-2012&Itemid=282

justifié par l'extrême urgence constatée par la direction des marchés publics nécessitant l'intervention de l'autorité délégante afin que la continuité du service public puisse être assurée. L'urgence doit être telle qu'il soit impossible d'organiser une mise en concurrence. Elle doit avoir une cause imprévisible et n'être en aucun cas le fait de l'autorité délégante¹⁰⁷⁹. Et à ce premier cas de recours à l'entente est ajouté un second tenant au fait que pour des raisons techniques ou juridiques, un seul opérateur économique soit en mesure d'assurer la gestion déléguée du service public¹⁰⁸⁰.

La dernière étape de la procédure de passation de la convention de délégation de service public est la négociation¹⁰⁸¹. Mais cette négociation intervient à la fin de la sélection, lorsque le délégataire est désigné. L'autorité délégante n'est pas autorisée à négocier avec les soumissionnaires mais peut le faire avec l'attributaire. La question de la qualification de cette étape se pose alors. S'agit-il d'une négociation ou d'un ajustement des termes du contrat comme cela se passe avec le titulaire du marché public. Les mots ont un sens. Des négociations à ce stade de la procédure peuvent entraîner la rupture de l'égalité entre les candidats et dévoyer l'esprit des textes. Ce qui n'est pas le cas de discussions menées pour ajuster certains éléments du contrat. Donc une fois que le délégataire est désignée il ne doit plus être question de négociation mais de précision des termes du contrat comme c'est le cas dans la passation des marchés publics par appel d'offres.

L'extension de la procédure d'appel d'offres et des principes qui la fondent aux conventions de délégation de service public est sans conteste une des innovations les plus marquantes des réformes réalisées dans le champ de la commande publique dans l'espace UEMOA et la zone CEMAC et en particulier dans les législations qui sont au centre de

¹⁰⁷⁹ Article 188 du Décret n° 2008 – 173 du 16 avril 2008 modifié par le décret n° 2012-123/PRES/PM/MEF du 2 mars 2012, *op. cit.* Décret n° 2014-1212, du 22 septembre 2014 *op. cit.* article 82 parag. 5. Les autorités du Burkina Faso précisent qu'une délégation de service public passée selon une procédure d'entente directe et justifiée par l'extrême urgence ne peut durer que deux ans

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁸¹ Article 181 code des marchés publics de la Côte d'Ivoire, article 186 code des marchés publics du Burkina Faso.

notre analyse. Mais cette dernière a aussi montré jusqu'ici que si les tendances sont les mêmes, dans le fond, les règles diffèrent sur beaucoup d'aspects. Cet aspect de la construction d'un droit de la commande publique en Afrique subsaharienne s'illustre encore à travers les limites apportées à l'extension des principes et règles de la commande publique aux contrats de DSP au Cameroun.

2. Une soumission limitée aux concessions au Cameroun

Pendant longtemps, les autorités camerounaises avaient recours à des textes sectoriels pour encadrer les conventions de délégation de service public. Le Code des marchés publics issu du décret du 24 septembre 2004 est le premier Code qui consacre une section entière aux conventions de délégation de service public. Très succincte, elle ne comporte que quatre articles. Même si le premier article définit la catégorie des délégations de service public comme étant constituée par la régie intéressée, l'affermage, l'opération de réseaux ainsi que les concessions de service public, lorsqu'il s'est agi de définir l'étendue de la mise en concurrence dans le champ des délégations de service public, l'article 42 n'a visé que les concessions. Il prévoit en effet que : *«les concessions font l'objet d'une mise en concurrence, conformément aux dispositions prévues par le présent Code. Cette mise en concurrence est toujours précédée d'une pré-qualification telle que décrite aux articles 43 et 44 ci-dessous»*.

La mise en concurrence des concessions de service public n'est pas apparue avec le décret du 24 septembre 2004¹⁰⁸². Cependant, l'apport de ce décret réside dans le fait qu'à travers cette consécration, il met en place un régime général de mise en concurrence pour les concessions, un droit commun de la passation des concessions.

Ce droit commun, privilégie l'appel d'offres précédé d'une pré-qualification¹⁰⁸³. Quant à l'attribution de la concession, elle ne se fait pas au moins disant mais plutôt sur la

¹⁰⁸² Thomas BIDJA NKOTTO, *op. cit.* p. 217 et s.

¹⁰⁸³ Article 43 code des marchés publics.

base de la combinaison des différents critères d'évaluation qui peuvent comprendre les normes de performance, les tarifs imposés sur les usagers ou reversés au délégant ainsi que toute autre recette que les équipements procureront à l'autorité délégante, le coût et le montant du financement offert, et la valeur de rétrocession des installations¹⁰⁸⁴

Mais il est aussi évident que l'exclusion des autres contrats de délégation de service public de ce régime général soulève des remarques.

En soumettant les contrats de concessions aux règles et procédures formalisées applicables aux marchés publics, les pouvoirs publics ont entendu manifester leur volonté d'étendre à la concession de service public l'idéologie qui commande le droit de la commande publique. Mais aussi, cela aurait dû être l'occasion pour elles de mettre fin à deux carences des contrats de délégation de service public. Il s'agit d'une part de l'inexistence d'une réglementation spéciale (consacrée entièrement à la sélection du délégataire et à l'exécution du contrat) et générale (relative à l'ensemble des contrats de délégation de service public). Or en faisant le choix de ne se référer qu'aux concessions de service public lorsqu'il a fallu définir le nouveau régime de passation des délégations de service public, les autorités réglementaires du Cameroun ont maintenu l'ambiguïté sur l'existence d'une réglementation générale l'ensemble des contrats de DSP. Elles ont manqué l'occasion de mettre en place un dispositif en phase avec l'évolution du droit des contrats administratifs.

Mais il n'en demeure pas moins, que l'innovation que constitue la soumission, d'une partie ou de l'ensemble des contrats de DSP à un régime de passation dans lequel le libre choix du délégataire est exclu et les principes de transparence et de mise en concurrence sont de rigueur, constitue une grande évolution dont certaines conséquences méritent d'être abordées ici.

¹⁰⁸⁴ Article 44 code des marchés publics.

B. LES CONSEQUENCES DE LA SOUMISSION DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC AUX PRINCIPES ET REGLES DE L'APPEL D'OFFRES

Que reste t-il de *l'intuitus personae*? Telle est la question que soulèvent les évolutions constatées précédemment.

Longtemps considérée comme le principe fondateur de la passation des délégations de service public, *l'intuitus personae* a connu une mutation dont le professeur GUIBAL faisait état en 1993, tout en reconnaissant qu'elle n'était pas encore achevée¹⁰⁸⁵. Cette mutation disait-il était le fait d'une part de la pratique qui en réalité ne donnait pas à *l'intuitus personae* le poids que lui reconnaissait les théoriciens. D'autre part, elle était le fait de «*l'influence de plus en plus nette que le droit des marchés publics exerce sur les autres contrats passés par les personnes publiques*»¹⁰⁸⁶. Avec les régimes de passation des délégations de service public, il est clair qu'aujourd'hui les caractéristiques du droit des marchés public font plus que «*tache d'huile*», sur le régime de passation des DSP. Le droit des marchés publics ne se contente plus de «*lézarder*» le régime de la concession de service public¹⁰⁸⁷. Il y'a aujourd'hui une assimilation quasi intégrale du régime de la passation des marchés publics et celui des délégations de service public. Et cette nouvelle configuration du droit des contrats de la commande publique n'est pas sans soulever de critiques.

L'application aux conventions de délégation de service public, des procédures standards applicables aux marchés publics est en effet dénoncée. A l'appui de la liberté de choix et de négociation des autorités délégantes pour la passation de ces contrats, sont invoqués trois arguments. D'abord, la particularité de leur objet. Le service public exige

¹⁰⁸⁵ Michel GUIBAL, «Droit public des contrats et concurrence, le style européen», *op. cit.* p. 164. Voir aussi Thierry ALIBERT, «*L'intuitus personae* dans la concession de service public: un principe en mutation», *Revue administrative*, 1990, pp. 507-512. Patrick SITBON, «Choix du délégataire: que reste-t-il de *l'intuitus personae*?», *Contrats publics*, n° 100, juin 2010, pp. 121-123.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*

¹⁰⁸⁷ Expression utilisée par Thomas BIDJA NKOTTO pour caractériser l'influence du droit des marchés publics sur celui des concessions. Thomas BIDJA NKOTTO, *op. cit.* p.217

que les contrats de délégation de service public soient conclus *intuitus personae* afin que le délégataire et le délégant puissent nouer une relation de confiance. Ensuite, il s'agit très souvent de contrats complexes qui ne peuvent se contenter des automatismes de la procédure d'appel d'offres. Enfin, en principe, dans un contrat où le risque financier est supporté par le cocontractant de l'administration et où les deniers publics ne sont pas en jeu, l'administration doit être en mesure de négocier en toute liberté et de choisir librement.

Mais ces arguments cèdent face à la pratique des contrats de gestion délégués des services publics.

D'abord concernant l'argument tiré du fait que le cocontractant exploite le service à ses risques et périls, il est apparu dans la pratique que l'autorité délégante et le délégataire étaient souvent financièrement solidaires. Il est donc nécessaire de protéger à la fois les deniers publics et les usagers. En plus, l'envergure financière de certaines délégations de service public (secteur de l'électricité, de l'eau) étant beaucoup plus importante que la plupart des marchés, maintenir le libre choix du délégataire porterait une grave atteinte à la concurrence et serait en porte à faux avec toutes les règles de bonne gestion des deniers publics¹⁰⁸⁸.

Ensuite, les nouvelles réglementations imposent aux autorités contractantes de définir avec précision leurs besoins et les spécifications techniques nécessaires. Lorsqu'elles ne sont pas en mesure de les définir, l'appel d'offres est aménagé de sorte qu'elles puissent préciser durant la procédure de passation les données techniques de la demande. L'appel d'offres en deux étapes a été prévu pour cela.

Enfin, s'agissant de la confiance qui doit se tisser entre les cocontractants, elle est préservée dans la mesure où l'appel d'offres ne présente pas l'automatisme de

¹⁰⁸⁸ Voir en ce sens, Patrick SITBON, *op. cit.* D'où la volonté du juge communautaire européen de soumettre des contrats financièrement conséquents à des règles formelles de mise en concurrence. Pierre DELVOLLE, «L'évolution du droit des concessions en droit communautaire», *op. cit.*

l'adjudication. La pré qualification des candidats et les deux étapes dans la sélection ont pour vocation de permettre à la personne publique tout en maintenant un degré suffisant de concurrence, de mesurer la capacité de chacun des soumissionnaires à garantir le fonctionnement normal du service public tout en créant les bases de la relation de confiance qui le liera au futur attributaire.

A cela, il faut ajouter le fait que, la procédure d'appel d'offres puisse être aménagée de telle sorte que tout en respectant la concurrence entre les entreprises, l'autorité contractante puisse prendre en compte certaines des inquiétudes évoquées.

Notons aussi qu'à coté des aménagements apportés à l'appel d'offres ouvert, il existe des mécanismes de contrôle qui montrent que les législateurs et autorités réglementaires, essaient de préserver la particularité de l'objet de ces contrats. Au nombre de ces éléments figure l'obligation faite aux autorités délégantes, d'obtenir l'autorisation de l'organe de contrôle *a priori* des marchés publics et des délégations de service public avant le lancement du contrat¹⁰⁸⁹. Cette autorisation est une condition de validité de la procédure, sa violation entraîne l'annulation de celle-ci¹⁰⁹⁰. Il existe aussi des mécanismes

¹⁰⁸⁹ L'article 81 du code des marchés public au Sénégal prévoit par exemple que : «l'avis de la Direction chargée du contrôle des marchés publics sur la procédure de passation de la convention de délégation ou du contrat de partenariat est requis dans tous les cas sur la base du dossier d'appel à la concurrence et d'un rapport d'opportunité établis par l'autorité contractante ». Voir aussi l'article 30 du Code sénégalais des obligations de l'administration. Article 162 code des marchés publics de la Côte d'Ivoire. Article 172 al 2 code des marchés publics du Burkina Faso

¹⁰⁹⁰ Saisie par des soumissionnaires évincés d'une plainte dirigée contre les résultats d'un appel d'offres restreint relatif à la concession organisée par le Ministère de la salubrité urbaine, la cellule recours et sanctions, ne statue pas sur la requête. Mais se fondant sur les éléments du dossier, l'ARMP s'autosaisit pour statuer en matière d'irrégularités, d'actes de corruption et de pratiques frauduleuses et annule la procédure au motif qu'elle était entachée d'irrégularité. Ayant constaté lors de l'examen des pièces du dossier que l'autorité contractante avait invité le 29 décembre 2011, trois entreprises à soumissionner dans le cadre d'un appel d'offres restreint alors que l'autorisation du ministre en charge des marchés publics exigée aux termes de l'article 86 ne lui a été délivrée que le 13 janvier 2012, la cellule recours et sanction a soulevé d'office la non-conformité de la procédure à l'article 86: décision n° 002/2012/ANRMP/CRS du 10 février 2012 portant appréciation de la régularité du recours à la procédure d'appel d'offres restreint relatif à la concession pour l'élaboration et la mise en œuvre d'un schéma de gestion intégrée des déchets solides ménagers et assimilés du district d'Abidjan, organisé par le Ministère de la salubrité urbaine, *op. cit.*

Egalement, Décision n° 003/2012/ ANRMP/CRS du 10 février 2012 sur les recours des groupements d'entreprises ISP/PANGOLA et GREEN CITY GROUP/AECOM contestant les résultats de l'appel d'offres

d'approbation des délégations de service publics avant¹⁰⁹¹ et après¹⁰⁹² la signature du contrat qui permettent de protéger le service public.

Enfin à travers le recours aux procédures d'appel d'offres ouvert précédé d'une pré qualification ou d'appel d'offres en deux étapes montre que le formalisme, qui a toujours caractérisé les marchés publics, a gagné le champ des conventions de délégation de service public et donne de la matière au contrôle juridictionnel qui était quasiment impossible tant qu'il n'existait aucune règle formelle encadrant la passation de ces conventions.

C'est ainsi par exemple que la Cellule recours et sanction de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics de la Côte d'Ivoire a pu préciser la portée des conditions de recevabilité des offres figurant dans un dossier de consultation élaborée pour l'attribution d'une concession¹⁰⁹³. Le plaignant jugeait infondée la décision du Comité Technique d'Evaluation d'éliminer son offre à la séance publique d'ouverture des plis au

restreint relatif à la concession pour l'élaboration et la mise en œuvre d'un schéma de gestion intégrée des déchets solides ménagers et assimilés du district d'Abidjan, organisé par le Ministère de la Salubrité urbaine. <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/113-decision-n-003-2012-anrmp-crs-du-10-fevrier-2012-sur-les-recours-des-groupements-d-entreprises-isp-pangola-et-green-citygroup-aecom-contestant-les-resultats-de-l-appel-d-offres-restreint-relatif-a-la-concession-pour-l-elaboration-et-la-mise-en-oeuvre-d-un>

¹⁰⁹¹ Ex en Côte d'Ivoire, pour les contrats de délégation de service public dont le montant est supérieur ou égal à 100 millions de Fcfa, la proposition d'attribution de la commission de jugement des offres est provisoire. Elle n'est définitive qu'une fois approuvée par le Ministre de l'économie et des finances pour les contrats de l'Administration centrale de l'Etat, des Etablissements Publics Nationaux et des Projets de l'Etat et par l'organe délibérant lorsqu'il s'agit d'un contrat d'une collectivité territoriale.

¹⁰⁹² Ex au Cameroun, le décret n° 2005/493 du 31 décembre 2005 fixant les modalités de délégation des services publics de l'eau potable et de l'assainissement liquide en milieu urbain et péri-urbain dispose en son article 4 que ces conventions doivent être approuvées par décret, lorsque l'autorité concédante est l'Etat, et par délibération du conseil pour les collectivités territoriales décentralisées. L'article 56 de la Loi n° 2004/017 du 22 juillet 2004, loi d'orientation de la décentralisation prévoit que « *Sous réserve de dispositions contraires prévues par la législation en vigueur, les contrats portant concession de services publics locaux à caractère industriel et commercial sont approuvés par le Ministre chargé des Collectivités territoriales, suivant des modalités fixées par un décret d'application de la présente loi* ». *Journal officiel*, 2004-07, n° spécial, pp. 12-35

¹⁰⁹³ ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 0017/2013/ANRMP/CRS du 19 septembre 2013, *op. cit.*: la décision par laquelle le Comité technique d'évaluation élimine l'offre d'un candidat pour absence d'une pièce administrative mentionnée préalablement dans le dossier de consultation qui en plus précisait que le défaut de production de la pièce en question entraînait l'élimination de l'offre d'intérêt n'est pas entachée d'illégalité.

motif qu'il n'avait pas, conformément aux prescriptions du dossier de consultation, produit un plan de localisation de ses laboratoires et un plan d'investissement. La cellule de recours se fondant d'une part sur le point 5.1.1 du dossier de consultation, qui précisait que le défaut de production de l'une des pièces en cause, sans raison légale, entraînait l'élimination du candidat et d'autre part sur la fiche de vérification des pièces dressées à la séance d'ouverture des plis et émargées par le représentant du plaignant, qui constatait l'absence des pièces en question, a jugé que la comité d'évaluation technique était fondé à rejeter l'offre du soumissionnaire.

Confirmant l'emprise du formalisme sur la procédure de passation des délégations de service public, la cellule de recours a jugé dans la même décision qu'un motif de rejet d'une offre, en l'occurrence l'invalidité d'une attestation d'assurance, qui n'a pas été consignée par le Comité d'évaluation technique dans son rapport d'analyse des offres, ne peut être invoquée par l'autorité contractante pendant la procédure de règlement du différend¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹⁴ Le contrôle des délégations de service public grâce à leur soumission à des règles formelles de passation se développe dans les autres Etats de l'UEMOA. Au Burkina Faso, le Comité de règlement des différends a, par exemple, eu à statuer sur la régularité de la décision d'une autorité contractante déclarant un appel d'offres infructueux en se fondant sur les dispositions du décret n° 2008/173 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso: Décision n° 02/ARMP/CRD du 05 janvier 2011 du Comité de règlement des différends statuant sur le recours de l'Etablissement Barro Diakalia (E.D.B.F) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n° 2011-001/MS/SG/CHR-K/DG/DAF, pour la concession du service de restauration du Centre hospitalier régional de Kaya, http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2011/RECOURS/decision_02_armp_crd_05_01_2011.pdf).

Décision n° 2012-123/ARMP/CRD du 19 janvier 2012 sur recours de la Société SOGES-BF SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix n° 2012-001/MS/SG/CHR-K/DG/DAF du 28 novembre 2011 pour la concession des services de gardiennage et de sécurité du Centre hospitalier régional de Kaya sur financement du budget de l'Etat, gestion 2012: contrôle des pièces fournis par le soumissionnaire, pour établir la présence du cahier des prescriptions techniques paraphé et annuler la décision de la Commission d'attribution des marchés rejetant l'offre du soumissionnaire au motif qu'il n'avait pas fourni le dit cahier signé:

http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2012/CONTESTATION/decision_123_armp_crd_19_01_2012.pdf).

Décision n°2012-72/ARMP/CRD du 28 février 2012 sur recours de la Société CDA SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n° 2012-001/MS/SG/CHR-K/DG/DAF pour la concession du service de restauration du centre hospitalier régional de Kaya sur financement budget du CHR de Kaya, gestion 2012. Le CRD applique l'article 99 du code des marchés publics qui impose à l'autorité contractante, avant le rejet d'une offre qu'il juge anormalement basse, de demander par écrit au soumissionnaire les précisions qu'elle juge opportunes et de vérifier les justifications fournies. Il considère que cette disposition

Enfin, devant les autorités non juridictionnelles compétentes pour connaître du contentieux de la passation des contrats, il n'existe plus aucune distinction entre celui des marchés publics et celui des délégations de service public.

Les réformes initiées dans le domaine des contrats administratifs marquent une double mutation pour les contrats portant dévolution de la gestion des services publics au tiers. Elle réside d'une part, dans l'adoption d'une notion générique pour désigner tous ces contrats et d'autre part, dans l'édiction des règles formelles encadrant leur passation. L'analyse de ces procédures de passation a révélé que la mutation est loin d'être superficielle, le libre choix du délégataire n'étant plus en phase avec l'évolution du droit des contrats de la commande publique, c'est à un changement radical du régime de la passation des délégations que se sont adonnées les autorités réglementaires aidées en cela par les organes communautaires et les bailleurs de fonds.

§ 2. L'ADAPTATION DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE DANS LEUR APPLICATION AUX CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

La passation d'un contrat de partenariat public-privé nécessite la réalisation d'une évaluation préalable¹⁰⁹⁵. Celle-ci est considérée comme la clé de voûte de la procédure de passation des contrats de partenariat. Au Sénégal et au Cameroun, son but est de déterminer la présence ou l'absence des conditions de recours au PPP que sont l'urgence¹⁰⁹⁶, la complexité¹⁰⁹⁷ ou l'opportunité de la formule du PPP par rapport aux

n'autorise pas la Commission d'attribution des marchés à demander aux soumissionnaires les factures d'achat des produits qui serviront à l'exécution du contrat pour vérifier la réalité des prix alors que le contrat n'en est qu'à la phase de passation.

http://www.arnp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2012/CONTESTATION/decision_72_arnp_crd_28_02_2012.pdf

¹⁰⁹⁵ A propos de l'évaluation préalable des PPP: Arlète TONYE, «Le contrat de partenariat au Cameroun: ce qu'il faut retenir en attendant le décret d'application», *Penant*, n° 866, p. 26 et s. Boris MARTOR et Véronique DEGENNE, «L'évaluation préalable des PPP: un passage obligé pour la réussite du partenariat», *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°4, juillet-août 2006, pp. 21-31.

¹⁰⁹⁶ L'urgence est caractérisée lorsque le but du projet est de «rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible» (article 9 b), loi n° 05-2014

autres contrats de la commande publique¹⁰⁹⁸. Ces conditions sont alternatives. Dans la législation burkinabè les conditions d'urgence et de complexité sont exclues. Comme l'explique le Professeur Sèni M. OUEDRAOGO, cette exclusion trouve sa justification dans les objectifs assignés au contrat de PPP au Burkina Faso à savoir «*suppléer le déficit budgétaire consécutif à la baisse de l'aide publique au développement*»¹⁰⁹⁹. Partant de là, les PPP deviennent non pas un moyen alternatif de financement de l'action publique mais le principal instrument de mobilisation des financements nécessaires aux projets nationaux¹¹⁰⁰.

du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat au Sénégal, *op. cit.*). L'urgence est aussi admise lorsque la réalisation des infrastructures a pour but «d'accélérer la croissance, dans un secteur ou une zone géographique déterminée» (article 3 du Décret n° 2008/0115/PM du 24 janvier 2008 précisant les modalités d'application de la loi relative au PPP au Cameroun, *op. cit.*). L'analogie entre cette conception de l'urgence et celle retenue par les juridictions françaises n'est pas à démontrer (CE, 29 octobre 2004, Sueur et autres et Conseil constitutionnel 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit). Mais elle soulève en même temps une interrogation: dans un pays où comme le dit à juste titre Mme Arlète TONYE, «*tout est besoin*» quel peut être l'utilité de la condition relative à l'urgence? N'est elle pas déjà établie?

Pour une comparaison avec la France, voir Pierre DELVOLLE, «Le partenariat ppp et les principes de la commande publique», *op. cit.*, Pierre DELVOLLE, «Constitution et contrats publics», *op. cit.*. Etienne FATÔME et Laurent RICHER, «La commande publique» et le domaine public devant le Conseil constitutionnel», *Revue française de droit constitutionnel*, n° 56, 2003, pp. 772-788.

¹⁰⁹⁷ Selon les autorités réglementaires camerounaises, la complexité du projet doit s'analyser comme «l'incapacité objective de la personne publique de définir, par elle-même, les moyens aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en terme de solution techniques et/ou de solutions financières ou juridiques», article 3 du Décret n° 2008/0115/PM du 24 janvier 2008 précisant les modalités d'application de la loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun, *op. cit.* L'article 9 a) de la loi du 10 février 2014 relative au PPP au Sénégal développe une conception identique de la complexité du projet.

¹⁰⁹⁸ L'opportunité du contrat de PPP implique que cette technique contractuelle présente plus d'avantage que les autres techniques d'externalisation ou la réalisation du projet par la personne publique elle-même. Concrètement l'autorité qui organise l'évaluation préalable doit comparer le contrat de partenariat aux autres contrats publics, procéder à une présentation détaillée des coûts et des revenus que pourrait engendrer le contrat. L'impact du statut public de la personne publique contractante sur les coûts doit également être mesuré (En guise d'exemple, lorsqu'un Etat prend en charge la réalisation d'un projet, en vertu de la règle selon laquelle l'Etat est son propre assureur, il ne prend pas en compte le coût de l'assurance. Ce qui n'est pas le cas d'une entité privée). La mesure de l'opportunité et des avantages du contrat de partenariat doit également comporter une évaluation des risques (risque de conception, d'investissement, de réalisation, d'entretien). Ces risques feront par la suite l'objet d'une répartition de sorte que chacun des contractants aient à sa charge les risques qu'il peut supporter le mieux.

¹⁰⁹⁹ Sèni M. OUEDRAOGO, *Les contrats de partenariat public-privé au Burkina Faso*, Ouagadougou, éd. IRISCONCEPT, Coll. Memento, 2015, 1er éd. p. 39.

¹¹⁰⁰ *Ibidem*.

Les conditions juridiques particulières de recours au contrat de PPP devraient présager d'une souplesse par rapport aux procédures formalisées du droit des marchés publics. En particulier, la condition tenant à la complexité devrait impliquer que la personne publique puisse discuter, dialoguer avec les entreprises afin de préciser et de définir les moyens techniques et financiers qui lui permettront de satisfaire les besoins qu'elle a exprimés¹¹⁰¹.

Mais quelle que soit la particularité des conditions auxquelles est subordonné le recours au partenariat public-privé, ce contrat de la commande publique ne déroge pas à l'application des principes de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement.

Ainsi au Sénégal et au Burkina Faso l'appel d'offres ouvert est la procédure de passation de droit commun des contrats de PPP mais, cette procédure est adaptée aux spécificités des contrats de PPP (A). Dans la loi relative au PPP au Cameroun, la procédure consacrée, non nommée, se rapproche pour beaucoup du dialogue compétitif (B).

A. L'ADAPTATION DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT AUX PARTICULARITES DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE AU SENEGAL ET AU BURKINA FASO

En Afrique au sud - comme au nord - du Sahara, tous les Etats disposant d'une législation relative aux contrats de partenariat public-privé, soumettent leur passation à une

¹¹⁰¹ La complexité qui justifie le contrat de partenariat est rattachée par les professeurs MELLERAY et BRENET, notamment, à l'apparition dans le droit des contrats de la procédure de dialogue compétitif consacré d'abord dans le code des marchés publics en France, qui lui-même anticipait la Directive 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (*JOUE* n° L 134 du 30 avril 2004 pp. 114-240).

François BRENET et Fabrice MELLERAY, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004: une nouvelle espèce de contrats administratifs*, *op. cit.* p. 156 et s.

procédure de mise en concurrence¹¹⁰². Les législations sur lesquelles se fondent cette analyse, consacrent sans ambiguïté, la soumission de la procédure de sélection du partenaire privé aux principes de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats¹¹⁰³.

L'application de ces principes veut que la sélection de l'opérateur économique se fasse suivant une procédure de mise en concurrence. Celle qui est reconnue comme étant la procédure de passation de droit commun dans la législation du Sénégal est l'appel d'offres international en deux étapes précédé d'une pré-qualification¹¹⁰⁴. L'appel d'offres en une étape avec pré qualification n'est pas considéré comme une procédure dérogatoire mais son utilisation doit être justifiée auprès du Conseil des infrastructures qui est l'organe chargé de la régulation des contrats de partenariat public-privé. Celui ci doit alors donner son avis. Au Burkina Faso, l'autorité porteuse du projet recourt en principe à l'appel d'offres ouvert en une étape précédé de pré qualification¹¹⁰⁵. Toutefois, lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir de façon suffisamment précise certaines caractéristiques du projet comme le cahier des charges, les indicateurs de résultats, le montage financier ou juridique, elle peut recourir à la procédure d'appel d'offres ouvert en deux étapes précédé d'une pré qualification. Les autorités ivoiriennes ont, quant à elle, fait le choix d'aligner la procédure de passation des contrats de partenariat public-privé sur celui des marchés publics. Le décret relatif au contrat de partenariat public-privé renvoie au Code des marchés publics en

¹¹⁰² François LICHÈRE et Boris MARTOR, «Essor des partenariats publics privé en Afrique: Réformes en cours et perspectives d'avenir », Dossier: Droit des contrats publics: un enjeu économique majeur, in *Revue de droit des affaires internationales*, n°3, 2007, pp 297-311

¹¹⁰³ Article 11, Loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat au Sénégal, *op. cit.*; article 14, Loi n° 020-2013/AN portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso, *op.cit.*; article 6, Décret n° 2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariat public-privé en Côte d'Ivoire, *op. cit.*; article 8, Loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun.

¹¹⁰⁴ Article 13, Loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat au Sénégal, *op. cit.*;

¹¹⁰⁵ Article 7, Décret n° 2014-024 du 3 février 2014 portant modalités d'application de la loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso. <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/11513838253f7129d568ab.pdf> (dernière consultation fév. 2015).

stipulant clairement que *«les procédures de passation des appels d’offres prévus par le code des marchés publics sont applicables à la passation des contrats de PPP»*¹¹⁰⁶.

Pour ce qui est du fond de la procédure au Sénégal comme au Burkina Faso, la passation de l’appel d’offres ouvert en une ou deux étapes précédé d’une pré-qualification, commence par la publication d’un avis de pré-qualification. Le législateur burkinabé précise que cet avis doit faire l’objet d’une large publicité à travers la revue des marchés publics, le site de la direction générale de marchés publics et dans un journal de grande diffusion à l’échelon national et international¹¹⁰⁷. Cette précision fait défaut à son homologue du Sénégal qui ne vise expressément aucun support de publicité mais se contente de prévoir que la publication doit se faire dans *«les organes de presse écrite, électronique ou audiovisuelle nationale et étrangère, spécialisée ou non»*¹¹⁰⁸. La réglementation des contrats de la commande publique a besoin de précision. Le caractère vague de cette définition des supports de publicité peut compromettre l’exigence d’adéquation et d’efficacité de la publicité. Quant à la réglementation ivoirienne des partenariats public-privé, le renvoi qu’elle opère vers les Codes des marchés publics laisse penser que les règles de publicité et de délai applicables à la passation des marchés publics sont transposées aux contrats de partenariat public-privé.

La règle qui guide le contenu de l’avis et du dossier de pré qualification est qu’ils ne doivent avoir ni pour objet ni pour effet de restreindre l’accès à la procédure de passation. En application de celle-ci, l’organe de règlement des différends de l’ARMP du Burkina Faso, a considéré qu’*«au stade de la pré-qualification, l’analyse des propositions des candidats ne saurait être aussi rigoureuse qu’au stade de l’appel d’offres»*. Par conséquent, conformément à l’article 60 du décret portant Code des marchés publics, les

¹¹⁰⁶ Article 7. Ce renvoi au code des marchés public fait que le décret relatif au contrat de PPP traite de façon très sommaire (3 articles) de la procédure d’appel d’offres ouvert.

¹¹⁰⁷ Article 9, Loi n° 020-2013/AN portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso, *op.cit.*

¹¹⁰⁸ Article 16, Loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat au Sénégal, *op. cit.*

candidats «*qui satisfont au minimum acceptable des critères de qualification*» doivent être retenus pour la suite de la procédure¹¹⁰⁹.

L'application de cette règle impose également de tenir compte de la spécificité pour ne pas dire des moyens limités du secteur privé local en évitant notamment d'exiger parmi les critères de pré qualification, l'exécution de contrats similaires. Dans ses analyses sur le projet de loi relative au contrat de construction-exploitation-transfert du Sénégal, la CNUDCI avait déjà souligné le risque de voir une telle exigence exclure le secteur privé national au profit des entreprises établies dans des pays où ce type de montage contractuel est bien développé¹¹¹⁰. Il a également été souligné dans nos analyses relatives à l'application du principe de libre accès à la commande publique dans les marchés publics, la façon dont l'exigence de marchés similaires pouvait enfreindre ce principe et entraîner de facto l'exclusion de beaucoup d'entreprises de la commande publique. Cette règle vaut aussi pour les contrats de PPP. Mais force est de constater que l'entrave que constitue le critère de qualification tenant à la fourniture de références concernant des contrats analogues persiste dans les législations des contrats de PPP même les plus récentes¹¹¹¹.

Concernant les délais de publication, selon le décret d'application de la loi relative au PPP au Burkina Faso, à compter de la première parution de l'avis, les candidats

¹¹⁰⁹ ARMP Burkina Faso, Décision n° 2014-544/ARMP/CRD du 17 juin 2014 sur recours de SAFRAN/MORPHOS contre les résultats provisoires de la procédure de pré-qualification n°2014-001/MATS/SG/DMP du 20 janvier 2014 pour la mise en place d'un partenariat public-privé pour la construction et l'exploitation d'un système d'émission de passeports électroniques au profit du Gouvernement du Burkina Faso:
http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2014/CONTESTATIONS/decision_544_armp_crd_17_06_2014.pdf.

¹¹¹⁰ CPI/Groupe de travail « infrastructures », « Projets de textes relatifs au cadre juridique des B.O.T, observations et éléments de discussions », *op. cit.* p. 4.

¹¹¹¹ Article 15, loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat au Sénégal, *op. cit.* De façon plus subtile le décret d'application de la loi relative au PPP au Burkina Faso exige pour la pré qualification « une expérience notamment dans l'exploitation d'ouvrages ou la fourniture de services similaires »: Article 12, Décret n° 2014-024/PRES/PM/MMEF du 3 février 2014 portant modalités d'application de la loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso, *op. cit.*

disposent d'un délai minimum de 30 jours pour préparer et déposer leur dossier¹¹¹². C'est un délai identique qui est consacré à l'article 16 de la loi relative au PPP au Sénégal. Toutefois ce délai de 30 jours est un minimum. La même disposition prévoit en effet qu' *«un délai maximum de 45 jours est accordé pour le dépôt des dossiers de pré qualification et qu'il peut être prorogé dans la limite maximale de 45 jours sur autorisation du Conseil des infrastructures suite à une demande motivée de l'autorité contractante»*.

Afin de garantir une mise en concurrence effective, la loi relative au PPP au Sénégal précise que le nombre de candidats à la pré qualification ne peut être inférieur à trois¹¹¹³. Si l'autorité contractante ne reçoit pas plus de trois soumissions, elle ne peut continuer la procédure que si le Conseil des infrastructures lui en donne l'autorisation. Cette exigence fait partie des quelques précisions qu'apporte, à son tour, le décret sur les PPP en Côte d'Ivoire. Le nombre de candidats qui doit être retenu à l'issue de la pré-qualification y est également fixé à trois. La réglementation du Burkina Faso ne fixe aucune exigence quant au nombre de candidats devant être retenus au terme de la pré-qualification. Elle exige cependant de l'autorité contractante qu'elle indique dans le dossier de pré-qualification son intention ou non de retenir un nombre limité de candidats¹¹¹⁴.

Une fois que la phase de pré qualification est achevée et après avoir informé au préalable les candidats disqualifiés et notifié leur qualification à ceux qui ont été retenus, la personne publique met à la disposition de ces derniers le dossier d'appel d'offres. Le délai de dépôt des offres ne peut être inférieur à 45 jours¹¹¹⁵. L'exhaustivité et la clarté doivent être de rigueur dans la définition du contenu du dossier d'appel d'offre. Néanmoins ce contenu est tributaire du niveau de maîtrise par la personne publique des moyens techniques, financiers et juridiques nécessaires pour la réalisation de son projet. Il va de soi que dans une procédure d'appel d'offres en une étape le contenu du dossier et

¹¹¹² *Ibidem.*, Article 9.

¹¹¹³ Article 16, Loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat au Sénégal, *op. cit*

¹¹¹⁴ Article 10, Décret n° 2014- 024 /PRES/PRES/MEF du 3 février 2014 , *op. cit*.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, article 16 et article 17, Loi n° 05-2014 du 10 février 2014, *op. cit*.

notamment les spécifications techniques, les critères de sélection, seront plus complets que dans une procédure en deux étapes.

Dans une procédure d'appel d'offres en une étape, les commissions chargées de l'analyse des offres¹¹¹⁶, procède à leur dépouillement, les évalue de façon objective et propose à l'autorité contractante un attributaire.

La démarche est différente dans la procédure d'appel d'offres en deux étapes.

Selon la législation burkinabè, après la phase de pré qualification, les soumissionnaires retenus déposent des offres concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, le montage financier ou juridique etc. A la réception des offres, la commission de sélection peut *«convoquer des réunions ou tenir des discussions avec l'un quelconque des soumissionnaires afin de clarifier certains points concernant son offre initiale et les documents joints»*¹¹¹⁷. Ces discussions doivent faire l'objet d'un procès verbal indiquant leurs objets et éventuellement les précisions apportées par le soumissionnaire. La commission examine ensuite l'ensemble des offres et l'autorité contractante peut à partir de ce moment modifier le dossier d'appel d'offres initial. Toutes les modifications ainsi que leurs motivations sont portées à la connaissance des candidats pré qualifiés dans l'invitation à soumettre les offres définitives. Celles-ci comprennent une offre financière et une offre technique complètes. La sous commission technique évalue les offres techniques sous la supervision de la commission de sélection¹¹¹⁸. Elle procède ensuite à l'évaluation financière des offres techniques conformes. Au terme des évaluations, la commission de sélection établit un procès verbal adressé à l'autorité porteuse du projet et dans lequel les offres sont classées en fonction des critères

¹¹¹⁶ Au Burkina Faso, elle porte le nom de commission de sélection. Voir l'arrêté n° 2014-0263/MEF/SD/DGCOOP du 28 juillet 2014 portant création, attributions, composition et fonctionnement de la commission de sélection de partenaires privés pour la réalisation de projet en partenariat public-privé, <http://www.dgcoop.gov.bf/data/documents/001/ppp/arrete-n-2014-0263-commission-de-selection-de-ppp.pdf> (dernière consultation février 2015).

¹¹¹⁷ Article 19, Décret n° 2014- 024 /PRES/PRES/MEF du 3 février 2014 , *op. cit.*

¹¹¹⁸ Article 23, Décret n° 2014- 024 /PRES/PRES/MEF du 3 février 2014 , *op. cit.*

d'évaluation. Cette dernière publie les résultats et notifie le classement aux soumissionnaires. Elle invite ensuite les trois premiers soumissionnaires à une négociation du contrat. Seules les clauses contractuelles qui ne sont pas déclarées non négociables peuvent être concernées par les discussions.

Dans la loi relative au PPP au Sénégal, c'est l'autorité contractante qui mène les discussions avec les candidats. Elle peut leur demander d'apporter des informations complémentaires sur le contenu de leurs offres et engager des discussions avec eux. Obligation lui est cependant faite d'informer les autres candidats sur les discussions qu'elle a eu avec chacun d'entre eux. Mais cette information ne peut avoir pour objet de divulguer les solutions proposées par un candidat, ou des données secrètes. Au cours de ces discussions, elle doit aussi se garder de rompre l'égalité entre les candidats en fournissant à certain d'entre eux des informations susceptibles de les avantager par rapport aux autres. Contrairement à la pratique autorisée au Burkina Faso, ici, la commission d'appels d'offres est exclue des discussions, c'est l'autorité contractante qui la tient informé. Sur la base des discussions, l'autorité contractante peut apporter des modifications aux spécifications énoncées dans le dossier d'appel d'offres, et préciser le projet de contrat et les cahiers de charges. C'est donc sur la base d'un dossier d'appel d'offres dont les termes ont été précisés que les candidats vont élaborer leurs offres complètes. Déposées auprès de la commission d'appel d'offres, elles comprennent une offre technique, une offre financière et le projet de contrat définitif. Les candidats disposent pour cela d'un délai de 45 jours à partir de la remise par l'autorité contractante du dossier d'appel d'offres.

Les deux procédures d'appel d'offres ouvert en deux étapes qui viennent d'être décrites, accordent une place non négligeable à la négociation dans la procédure de passation. Sur ce point elles ne s'éloignent pas de la procédure de passation de droit commun des contrats de PPP au Cameroun. Mais alors que ces derniers parlent clairement d'appel d'offres ouvert en une ou deux étapes précédé d'une pré qualification, le législateur camerounais, ne nomme pas la procédure de passation mais titre chaque étape

de cette procédure qui, a bien des égards, se rapproche de la procédure de dialogue compétitif.

B. LA PROCEDURE DE PASSATION DE DROIT COMMUN DES CONTRATS DE PPP AU CAMEROUN: UN DIALOGUE COMPETITIF IMPLICITE

La procédure du dialogue compétitif vient du droit européen et plus précisément de la Directive européenne n° 2004/18/CE du 31 mars 2004¹¹¹⁹. Il s'agit d'une «*procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre*»¹¹²⁰.

L'analyse de la procédure de passation de droit commun des contrats de PPP va montrer qu'elle ne se distingue guère du dialogue compétitif.

Elle démarre par l'émission d'un appel à manifestation publique. C'est le premier acte de publication dans le cadre du projet. Il permet aux entreprises intéressées de manifester leur intérêt pour le projet. Dans la forme, le but de la publication d'un avis à manifestation d'intérêt est d'assurer la transparence de la procédure et aussi la liberté d'accès des entreprises. Sans préciser le support de publicité, le dispositif concède néanmoins que l'avis doit faire l'objet d'une large diffusion. Mais dans le fond, il peut avoir un effet restrictif sur l'accès au contrat de PPP. D'une part, parce qu'à l'image des textes vus précédemment, dans les justificatifs permettant de mesurer les capacités

¹¹¹⁹ Directive européenne n° 2004/18/CE du 31 mars 2004, *op. cit.*

¹¹²⁰ A propos du dialogue compétitif voir notamment, Anne BREVILLE, *Les contrats de partenariat public-privé, Guide pratique*, éd. du secteur public, 2008, 159 p. Ludovic BABIN et Étienne AMBLARD, « Dialogue compétitif », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 64-10, mise à jour au 1^{er} janvier 2014. François BRENET et Fabrice MELLERAY, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004: une nouvelle espèce de contrats administratifs*, *op. cit.*

financières, techniques et professionnelles des opérateurs économiques figurent ceux relatifs à la réalisation de prestations analogues. D'autre part, parce que ni la loi relative au PPP, ni son décret d'application ne règlent la question des délais dont disposent les opérateurs pour répondre à la manifestation d'intérêt.

A la réception des manifestations d'intérêt, l'autorité initiatrice du projet passe à la seconde étape de la procédure que la loi dénomme «appel d'offres restreint». Concrètement, il s'agit pour elle d'organiser une pré qualification dont le but est de sélectionner au plus cinq candidats parmi ceux ayant manifesté leur intérêt. La procédure d'appel d'offres restreint doit être lancée 15 jours au moins et trente jours au plus après le délai fixé par l'avis à manifestation d'intérêt¹¹²¹.

Sur quelle base s'opère cette pré qualification? Les articles 20 et 21 du décret du 24 janvier 2008 précisant les modalités d'application de la loi relative aux contrats de partenariat donne une liste exhaustive des justificatifs pouvant être exigés afin d'apprécier les capacités des candidats. Elles vont de ceux relatifs aux capacités techniques, financières et professionnelles aux informations relatives aux contrats de sous-traitance ainsi que les justificatifs relatifs à la nationalité s'il s'agit de PPP pour les besoins de la défense, à la composition de l'actionnariat, au casier judiciaire etc.

A la réception des offres, démarre la troisième phase de la procédure, à savoir la présélection. Le dépouillement et l'évaluation des offres, est réalisée par une commission spéciale des contrats de partenariat, créée par le premier ministre¹¹²². Cette commission se charge de rédiger un rapport de présélection dans lequel les offres des candidats sont classées de la plus conforme à la moins conforme. L'autorité détentrice du pouvoir d'adjudication, c'est-à-dire, le premier ministre ou la personne à qui il a délégué ses

¹¹²¹ Article 18, Décret n° 2008/0115/PM du 24 janvier 2008 précisant les modalités d'application de la loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat, *op. cit.*

¹¹²² *Ibidem*. Article 22.

pouvoirs, adresse une notification aux candidats présélectionnés et informe ceux qui n'ont pas été retenus¹¹²³.

La notification aux candidats pré sélectionnés prend la forme d'une invitation à démarrer la quatrième phase de la procédure, au nom trompeur de «*dialogue de pré qualification*»¹¹²⁴. Cette procédure est définie comme étant «*une concertation engagée par la personne publique avec les candidats présélectionnés, afin de définir les moyens techniques, ainsi que le montage juridique et financier les mieux et à même de répondre à ses besoins. Il permet par ailleurs de s'assurer de l'expérience et des capacités professionnelles avérées des candidats*»¹¹²⁵. Il est clair que l'objet de cette étape n'est pas la pré qualification.

Le but du dialogue de pré qualification dépasse ainsi l'objectif visé par le dialogue tel qu'il est présenté dans les procédures applicables au Sénégal et au Burkina Faso. Cette analyse se confirme à la lecture de l'article 26 du décret relative au PPP qui définit son but, ses conditions de mise en œuvre mais aussi ce sur quoi il doit déboucher. Cette disposition prévoit notamment que «*pendant le dialogue de pré qualification, la personne publique peut décider de modifier la consistance du projet*». Elle confirme notre analyse selon laquelle le dialogue doit permettre à l'autorité initiatrice du projet de déterminer à travers les différentes propositions les solutions adéquates pour réaliser le projet. Néanmoins, le sens de cette disposition interpelle car on ne peut s'empêcher de poser la question de savoir ce que le législateur entend par «*consistance du projet*».

¹¹²³La loi camerounaise relative au contrat de partenariat public-privé adoptée en 2006 et son décret d'application du 28 janvier 2008 entrent dans la filiation directe du régime des marchés publics d'avant la grande réforme de 2012. En effet, ces textes contiennent plusieurs dispositions, surtout institutionnelles qui s'inscrivent dans la droite lignée des dispositions de l'ancienne réglementation. En guise d'exemple, le premier ministre assure, selon le décret du 24 janvier 2008, la haute autorité sur les contrats de partenariat et dispose du pouvoir d'adjudication. Cette disposition est le prolongement dans le domaine des contrats de partenariat de l'article 160 du code des marchés publics de 2004 qui dispose que : «l'Autorité chargée des Marchés Publics est le Premier Ministre».

¹¹²⁴Article 25, Décret n° 2008/0115/PM du 24 janvier 2008, *op. cit.*: La notification des résultats de la présélection aux candidats retenus prend la forme d'une lettre d'invitation au dialogue de pré qualification.

¹¹²⁵ Ibidem, Article 9.

Cette expression renvoie-t-elle à la quantité des besoins ou bien à leur nature? Cette dernière hypothèse affecterait l'objet du contrat et remettrait en cause tous les principes de la commande publique. Le fait que le texte prévoit une compensation pour les candidats disqualifiés qui auraient réalisé des études supplémentaires pour faire des propositions à la personne publique n'est à notre sens pas de nature à compenser la rupture d'égalité ni la violation de la liberté d'accès surtout pour les candidats qui n'ont pas été pré-qualifiés. Le dialogue ne saurait déboucher sur l'établissement du cahier de charges mais sur la précision des termes de l'appel d'offres¹¹²⁶. Les critères de sélection figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence ne doivent pas être modifiés. Ils peuvent juste être précisés à l'issue du dialogue.

C'est à l'issue du dialogue que sont remises les offres finales. La commission spéciale des contrats se charge de leur dépouillement et il revient à l'autorité compétente pour attribuer le contrat de désigner et de publier le nom de l'attributaire. Cette phase appelée «adjudication» est suivie de la phase de «notification». L'adjudicataire et les candidats non retenus reçoivent une notification officielle les informant de la décision de l'autorité contractante. Pour les candidats évincés, la date de réception de cette notification marque le point de départ du délai de recours contre la décision administrative. Pour le candidat retenu, va s'ouvrir la phase de négociation des termes du contrat. A l'issue de cette négociation est établi un rapport qui avec le projet de contrat devra faire l'objet d'un avis de non objection du Conseil d'appui à la réalisation des partenariats. La signature du contrat ne peut intervenir qu'après réception de cet avis.

Les procédures de passation des contrats de PPP analysées démontrent la recherche de solutions adaptées aux spécifications que peuvent présenter ces contrats tout en se conformant aux exigences de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement. Il ne faut cependant pas négliger, le fait qu'elles soient des procédures «*risquées*» par rapport à l'appel d'offres stricto sensu. Si elles ne sont pas strictement

¹¹²⁶ François LICHERE, «Les contrats de partenariat, Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique?», *op. cit.*

conduites, les dialogues autorisées entre l'autorité porteuse du projet et les candidats, elles peuvent porter atteinte aux droits des opérateurs économiques et en particulier à la protection du secret des affaires¹¹²⁷. La corruption, la collusion, la crainte qu'après le dialogue l'autorité contractante ne précise les termes du dossier d'appel d'offres en fonction de l'offre d'un seul candidat créant ainsi une demande sur mesure, sont autant de risques qui accompagnent le dialogue. Le professeur LICHÈRE dénonce à cet égard le «faux syllogisme» que l'on essaye d'établir entre l'appel d'offres et la corruption¹¹²⁸. L'appel d'offres ne présente pas plus de risques de fraudes que les procédures négociées¹¹²⁹. Beaucoup de contrats de partenariat ont donné lieu à des contentieux qui trouvent leur source dans leur montage et leur passation¹¹³⁰. On comprend dès lors tout l'intérêt que peut avoir la mise en place d'unités nationales qui accompagnent les autorités contractantes dans l'élaboration des projets, la réalisation des études de faisabilité et la négociation des contrats.

¹¹²⁷ François BRENET et Fabrice MELLERAY, *op. cit.* p. 168.

¹¹²⁸ François LICHÈRE, «Code des marchés publics: faut-il réformer la réforme de la réforme?», *AJDA*, 2005, p. 1. Le professeur LICHÈRE souligne que : « lors d'une conférence donnée le 6 juin dernier, le directeur des affaires juridiques du ministère de l'Economie et des Finances a établi un lien entre corruption et appel d'offres, les pays du sud de l'Europe étant réputés plus corrompus que les pays du nord qui eux ont recours à la procédure négociée. Une telle approche nous paraît relever du faux syllogisme et il y a fort à craindre que la procédure négociée facilite dans les pays latins corruption ou favoritisme ».

¹¹²⁹ C'est la seule procédure permettant à la personne publique de mesurer le savoir-faire de chaque candidat et de définir ses besoins de la façon la plus précise. Ainsi, elle contribue à la satisfaction des impératifs de bonne gestion des deniers publics, d'efficacité et de performance de l'achat public. En ce sens, Yves-René GUILLOU et Jean-Mathieu GLATT, «Négociation, discussion, échange: des leviers pour l'efficience de la commande publique», *Contrats Publics*, n° 84, Janvier 2009, Dossier Marchés publics et négociation, p. 39. Des institutions comme la Banque mondiale, très rodées dans l'organisation de procédures de passation de contrats privilégient à chaque fois qu'il est possible les procédures excluant la négociation.

¹¹³⁰ Dans sa thèse M. Aliou SAWARE fait état de différents litiges qui trouvent leurs sources dans le montage du contrat. (Aliou SAWARE *le particularisme des partenariats public-privé au Sénégal*, *op. cit.* C'est le cas par exemple du différend entre l'Etat du Sénégal et la Société Dubaï port world sur le non paiement par l'Etat de 10% des actions de la société de projet cédés par le partenaire privé et le non paiement par le partenaire privé d'un reliquat d'environ 24 milliards de Fcfa sur le ticket d'entrée. C'est le cas aussi du différend entre l'Etat du Sénégal et Arcelor Mittal pendant devant la chambre de commerce international de Paris.

CONCLUSION TITRE PREMIER

La redéfinition des contrats administratifs que sont les contrats de la commande publique est allée de pair avec une unification des régimes de passation directement liée au fait qu'ils partagent désormais un socle commun constitué par les principes de la commande publique.

Qu'ils s'agissent des procédures dérogatoires à l'appel d'offres dans les marchés publics ou des procédures de passation des conventions de DSP et des contrats de PPP, leur refondation sur les principes de la commande publique est avérée. Cette nouvelle clé de lecture du droit des contrats administratifs peut subir des altérations du fait d'une pratique imparfaite ou d'une réglementation insuffisante, mais il n'en demeure pas moins que la compréhension du régime des contrats de la commande publique passe par elle.

La refondation des procédures de passation sur ces principes qui se complètent, s'imbriquent, permet d'apporter une cohérence globale au système des contrats de commande publique.

Néanmoins, les nouvelles procédures de passation exigent d'être renforcées autrement dit, d'être précisées ou complétées et parfois même être écrites. Les mérites de la procédure d'appel d'offres ouvert pour la sauvegarde des droits des entreprises et la sauvegarde des deniers publics sont reconnus¹¹³¹. La procédure d'appel d'offres ouvert apparaît notamment comme un outil de lutte contre les différents obstacles au développement d'un achat public intègre (corruption, gaspillage, favoritisme). Mais le déficit d'encadrement de cette procédure peu restreindre son efficacité. Cette fragilisation

¹¹³¹ Nous sommes d'avis avec les auteurs qui estiment que, bien qu'elle n'ait pas permis l'éradication de la corruption, la procédure d'appel d'offres n'en demeure pas moins un outil efficace qui contribue à faire reculer cette pratique. Sue ARROWSMITH, John LINARELLI, Don WALLACE, *Regulating public procurement: national and international perspectives*, The Hague – London – Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 1 à 17.

de la procédure d'appel d'offres est renforcée lorsque le pouvoir d'appréciation des autorités contractantes sur l'organisation des procédures dérogatoires est important.

Dans ce contexte on mesure tout l'intérêt des mécanismes de contrôle permettant d'une part de consolider les acquis des différentes réformes et d'autre part, de développer ce «nouveau» droit de la commande publique notamment en complétant les lacunes des textes et de la pratique.

TITRE II.
LA RENOVATION DES MECANISMES DE CONTROLE ET DE REGLEMENT
DES LITIGES

«*Le marché public ne reste public que par le contrôle*». Cette maxime tirée des conclusions du professeur Laurent RICHER lors du colloque sur *le contrôle des marchés publics*¹¹³² permet de saisir la place essentielle des mécanismes de contrôle dans le régime des contrats de la commande publique. Le contrôle est consubstantiel aux marchés publics en particulier, aux contrats de commande publique en général. Dès lors, la rénovation des procédures de passation ne pouvait être complète si les réformes ne s'attaquaient pas aux mécanismes de contrôle.

Les contrôles garantissent l'effectivité des nouveaux dispositifs. Quant aux mécanismes de règlement des litiges, ils constituent une sorte de contrôle dans la mesure où l'organe de règlement des litiges veille aussi à l'application conforme des réglementations. Mais aujourd'hui l'existence de mécanismes de règlement des litiges qui permettent au contractant de disposer d'une voie de recours constitue aussi un critère de bancabilité des projets.

La rénovation des mécanismes de contrôle s'est faite à travers le renforcement des techniques classiques de contrôle des contrats de l'administration auxquelles sont venus s'ajouter de nouveaux mécanismes telles que la régulation et l'arbitrage. L'analyse de ces mécanismes de contrôle et de règlement des litiges montre que leur mise en place relève d'un subtil mélange entre classicisme et nouveauté. Pour autant le renouvellement des mécanismes de contrôle administratif n'est pas exempt de critiques. La persistance de certains obstacles compromet son efficacité. Ainsi, si les avancées sont indéniables, elles méritent d'être renforcées (Chapitre I). Quant aux mécanismes de règlement des litiges, ils tendent à se conformer davantage aux exigences (célérité, efficacité, impartialité etc.) du droit de la commande publique (Chapitre II).

¹¹³² Laurent RICHER, «Remarques finales: les fins et les moyens» in Gérard MARCOU, Laurence FOLLIOU-LALLIOT, Daniel I. GORDON, Steven L. SCHOONER, Joshua SCHWARTZ et Christopher YUKINS (sous la dir. de), *op. cit.* p. 433.

CHAPITRE I.
DES AVANCEES LIMITEES DANS LE CHAMP DES CONTROLES
ADMINISTRATIFS

Le contrôle des contrats de la commande publique n'est pas une compétence réservée aux organes institués par la réglementation des marchés publics, des conventions de délégation de service public et des contrats de partenariat public-privé. Parce que la gestion de ces contrats s'insère tant dans les politiques de gestion des finances publiques que dans les politiques de concurrence ou encore dans le fonctionnement régulier de l'administration, leur contrôle fait intervenir des organes appartenant à des corps différents. Ainsi, il rentre dans le champ de compétence des juridictions des comptes¹¹³³, des organes de contrôle de la concurrence et des organes chargés de veiller à la discipline dans le fonctionnement de l'administration. Les organes de contrôle mis en place dans le cadre des politiques de lutte contre la corruption consacrent aussi des pans entiers de leur action au contrôle des marchés publics. C'est le cas par exemple de la Commission nationale anti-corruption du Cameroun¹¹³⁴ et la Commission Nationale de Lutte contre la non transparence, la Corruption et la Concussion¹¹³⁵, le Réseau national de lutte anti corruption au Burkina Faso¹¹³⁶. L'on comprend dès lors le sens des dispositions affirmant que le contrôle des marchés publics se fait sans préjudice de l'exercice des pouvoirs généraux de contrôle des autres organes de l'Etat¹¹³⁷.

¹¹³³ Cf *Supra* p.138 Voir aussi, parmi les rapports des Cours des comptes: Cours des comptes du Sénégal, *Rapport public* 2012, http://www.gouv.sn/IMG/pdf/Rapport_Public_cc_2012.pdf, (notamment: Contrôle de la Gestion du Pèlerinage à la Mecque, p 117. Contrôle des marchés de la région de Louga, p. 142. Contrôle des marchés de la région de Tambacounda, p. 164. Contrôle des marchés du Centre des œuvres universitaire de Dakar, p. 187). Cour des comptes Burkina Faso, *Rapport public* 2010-2011, p. 105.

¹¹³⁴ Décret n° 2006/088 du 11 mars 2006 portant création, organisation et fonctionnement de la commission nationale anti – corruption

<http://www.spm.gov.cm/fr/documentation/textes-legislatifs-et-reglementaires/article/decret-n-2006088-du-11-mars-2006-portant-creation-organisation-et-fonctionnement-de-la-commission.html>

Pour une vue d'ensemble des structures intervenant dans la lutte contre la corruption au Cameroun, voir Magelan OMBALLA, «Les politiques publiques de lutte contre la corruption au Cameroun», in David ABOUEM À TCHOYI, Stéphane M'BAFOU, (sous a dir. de), *50 ans de réforme de l'État au Cameroun: stratégies, bilans et perspectives*, Paris, l'Harmattan, 2013, pp. 309- 347.

¹¹³⁵ Loi n° 2003-35 du 24 novembre 2003 portant création d'une Commission nationale de lutte contre la non transparence, la corruption et la concussion, *J.O.* du Sénégal n° 6150 du samedi 28 février 2004

¹¹³⁶ Le Réseau national de lutte anti corruption (REN-LAC) dénonce dans ses différents rapports des cas de malversations dans le champ des marchés publics. Voir aussi son étude complète intitulé, *Les présomptions de corruption dans les marchés publics au Burkina Faso, Rapport 2011*. Disponible sur son site: http://www.renlac.com/docs/presomption_corruption.pdf

¹¹³⁷ Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 140. Décret n° 2008-173 du 16 avril 2008, *op. cit.*, article 35.

Le contrôle dont il sera question dans les lignes qui suivent est celui réalisé par les organes créés expressément par les textes consacrés à la commande publique. Il est d'une part, le fait d'organes internes à l'autorité contractante et d'autres qui lui sont externes. Il porte sur la conformité des procédures de passation. Ce premier contrôle sera dénommé le contrôle administratif stricto sensu. D'autre part, le contrôle peut porter aussi sur l'état général du système de gestion des contrats de la commande publique. Il sera qualifié dans un sens large de régulation. Le contrôle administratif stricto sensu (Section I) comme la régulation (Section II) ont connu des avancées importantes. Mais ils connaissent cependant un certain nombre de limites.

SECTION I. LA RELATIVE RENOVATION DES CONTROLES ADMINISTRATIFS STRICTO SENSU

Le renforcement du contrôle de l'application des procédures contractuelles est un des aspects majeurs des réformes. Il se traduit par le renouvellement des organes qui en ont la charge (§I). Toutefois dans sa mise en œuvre, un certain nombre de facteurs viennent compromettre son efficacité (§II).

§ 1. LE RENOUVELLEMENT INSTITUTIONNEL DES MECANISMES DE CONTROLE

Les textes issus des réformes marquent une rupture avec une réglementation antérieure qui mettait l'accent sur les procédures de passation et ne garantissait pas suffisamment l'efficacité de mécanismes de contrôle. L'émergence d'un droit de la commande publique a, en effet, induit une véritable institutionnalisation du contrôle des contrats de la commande publique qui se manifeste par la mise en place d'organes dont la fonction essentielle est d'assurer le contrôle.

Dans les législations des Etats de l'UEMOA étudiés une tendance générale se dégage et elle se caractérise par un partage des fonctions de contrôle entre différents organes. Il y a tout d'abord la mise en place d'organes centraux de contrôle. Il existe ensuite des organes de contrôle interne placés auprès des autorités contractantes. Enfin, les organes de régulation peuvent aussi effectuer certains contrôles. Ces trois pôles de contrôle sont diversement utilisés en ce sens que la part du pouvoir de contrôle attribué aux différents organes peut varier. Dans le cas du Cameroun, les organes de contrôle ont également connu une restructuration. Mais ici, la fonction de contrôle est concentrée entre les mains d'un organe principal. Dans cet ordre d'idées sera étudié le renouveau institutionnel des organes de contrôle au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Sénégal (A) d'une part, et la restructuration du contrôle des contrats de la commande publique au Cameroun (B) d'autre part.

A. LE RENOUVEAU INSTITUTIONNEL DES ORGANES DE CONTROLE AU BURKINA FASO, EN COTE D'IVOIRE ET AU SENEGAL

Une distinction doit être faite entre les marchés publics et les délégations de service public d'une part et les contrats de PPP d'autre part.

Pour les premiers, l'article 4 de la directive 05/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA impose aux Etats membres de mettre en place des mécanismes de contrôle. A cette obligation communautaire est venue s'ajouter le constat fait par les Etats eux-mêmes, à la suite de diverses évaluations, des lacunes que présentait leur système de contrôle. La conjonction de ces deux facteurs a fondé la création pour certains ou la réforme pour d'autres, des organes centraux et décentralisés chargés du contrôle des marchés publics et des délégations de service.

Concernant les contrats de partenariat, ont été aussi mis en place des organes spécifiques chargés d'assurer le contrôle de leur passation. La communauté des principes qui fondent le régime des contrats de PPP entraîne une harmonisation entre les Etats des dispositifs de contrôle consacrés.

Dans cet ordre d'idées, seront analysés d'une part, l'organisation du contrôle des marchés publics et des délégations de service public (1) et d'autre part, les dispositifs de contrôle mis en place dans le domaine des contrats de partenariat public-privé (2)

1. L'organisation du contrôle des marchés publics et des délégations de service public

Aujourd'hui, les Directions des marchés publics encore appelées Autorités des marchés publics et des délégations de service public sont les premiers contrôleurs des procédures de passation des marchés publics. La place centrale dans le contrôle des marchés publics et des DSP leur a été attribuée (a). Des relais ont été institués entre

l'organe central de contrôle et les autorités contractantes. Il s'agit d'organes de contrôle placés auprès des autorités contractantes et dont le statut peut varier (b)

a. Une place centrale attribuée aux Directions des marchés publics dans le mécanisme de contrôle externe

La réorganisation des Directions des marchés et la redéfinition de leurs fonctions ont eu pour objectif de séparer les fonctions de passation, de contrôle, de règlement des litiges et même de régulation.

Au Sénégal, en Côte d'Ivoire et au Burkina Faso, la mise en place de ces structures centrales et surtout distinctes des organes de passation n'est pas que le résultat de la transposition des directives communautaires. Les Etats n'ont pas attendu les directives communautaires pour mettre en place des organes centraux chargés du contrôle. Mais ces organes conservaient toujours des compétences plus ou moins importantes en matière de passation. C'est sur cette confusion que les textes communautaires ont essayé d'agir.

La dévolution des fonctions de contrôle des marchés publics et des délégations de service public à un organe administratif, est énoncée dans la loi du 30 juin 2006 modifiant le Code des obligations de l'administration au Sénégal. L'article 30 de ce texte pose en effet qu' «(...) *une structure administrative spécialement mise en place à cet effet assure le contrôle a priori des procédures de passation des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat, les missions de collecte et diffusion d'informations sur l'attribution et les conditions d'exécution de ces marchés et contrats ainsi que le conseil aux autorités contractantes et à leurs agents*». Conformément à cette disposition, a été adopté le décret n° 2007-547 du 25 avril 2007 portant création de la Direction centrale des

marchés publics¹¹³⁸. Au nombre des directions du ministère de l'économie et des finances, elle est directement rattachée au cabinet du ministre.

La DCMP n'est pas la première instance de contrôle des marchés créée au Sénégal, mais elle est sans doute la première qui marque une véritable institutionnalisation de la fonction contrôle. En d'autres termes, elle traduit une volonté des pouvoirs publics de confier cette mission à une instance dont les statuts sont purgés de toutes autres fonctions pouvant affecter la crédibilité et l'efficacité du contrôle. La spécificité de la DCMP par rapport aux organes de contrôle qui l'ont précédée - que ce soit la commission des contrats de l'administration comme la commission nationale des contrats de l'administration réside dans sa place dans l'organisation administrative et dans le déroulement du contrôle. En effet, parmi les motifs ayant présidé à la restructuration de la DCMP apparaît la nécessité *«d'adopter les mesures propres à renforcer l'autorité de l'organe chargé du contrôle en modifiant son positionnement institutionnel, en éliminant les cas de conflit d'intérêts constatés dans la conduite des procédures et en accroissant ses moyens d'intervention»*¹¹³⁹. Le contrôle *a priori* des marchés publics passe de ce fait de la présidence de la République au ministre de l'économie et des finances, ordonnateur principal du budget.

La restructuration de la Direction centrale des marchés publics au Burkina Faso s'inscrit dans la même tendance de renouvellement des organes de contrôle et de

¹¹³⁸ Décret n° 2007-547 du 25 avril 2007 portant création de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP *J.O.*, n° 6349 du samedi 2 Juin 2007

¹¹³⁹ Direction générale des finances, n° 1576/MEF/DGF/BM du 26 février 2007, Projet de décret portant création de la direction centrale des marchés publics, Rapport de présentation. Du point de vue de son organisation, la direction centrale des marchés publics comporte des services rattachés, des divisions et des services régionaux (Arrêté ministériel n° 9286 en date du 3 octobre 2007 portant organisation et fonctionnement de la Direction centrale des Marchés publics, *J.O.* n° 6381 du 22 Décembre 2007. Parmi ces composantes c'est la division du contrôle et des visas qui est au cœur de la mission de contrôle. Mais l'organe de contrôle central n'est pas cantonné à cette mission. La division des statistiques et de l'information et la division de la formation, du conseil et des études lui permettent de participer à la mission de régulation du système. Une plateforme permettant la collaboration de l'ARMP et de la DCMP sur certaines missions relevant de la régulation a été mise en place pour éviter les chevauchements. Voir aussi, Adama MBOUP, «Direction centrale des marchés publics, un instrument du contrôle *a priori* des procédures», *Revue des marchés publics*, n° 2, mai 2011 pp. 14-15.

séparation de cette fonction avec celle de passation et de régulation. La Direction centrale des marchés publics succède à l'Office national des marchés publics qui avait été créé par le Kiti¹¹⁴⁰ du 11 janvier 1991¹¹⁴¹. Mais ce sera avec la réforme du 2003 que la Direction centrale des marchés publics va véritablement s'imposer comme l'organe principal de contrôle de la régularité des procédures contractuelles.

Avec cette réforme, sont créées des sous-commissions techniques d'évaluation auprès des autorités contractantes, ce qui va avoir pour effet de réduire son intervention dans la passation et d'orienter ses compétences presque exclusivement vers le contrôle général de la régularité des procédures. Le décret du 16 avril 2008 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public en fait définitivement l'organe central de contrôle des marchés publics et des délégations de service public. La Direction centrale des marchés devient la Direction Générale des Marchés Publics (DGMP ci-après). Elle est, aux termes de l'article 1^{er} du Code des marchés publics, la «*Direction rattachée au Ministère en charge du budget, chargée du contrôle a priori de la procédure de passation des marchés publics et des délégations de service public*». Son rôle principal est d'émettre des avis, d'accorder des autorisations et dérogations nécessaires à chaque fois que la réglementation oblige les autorités contractantes à solliciter auprès d'elle de tels actes¹¹⁴².

¹¹⁴⁰ le Kiti est un décret.

¹¹⁴¹ Etablissement public administratif, placé sous la tutelle du ministère des finances, l'office national des marchés publics succédait à une série d'organes de contrôle qui n'ont pu se pérenniser. Cela est dû au fait qu'ils intervenaient dans la passation parce que soit ils assistaient les maîtres d'ouvrages, soit ils faisaient office de commission de dépouillement des offres, et devaient aussi assurer un contrôle des procédures. Ainsi, lorsque la direction centrale des marchés publics a été créée par le décret du 7 mars 1996 portant réglementation générale des marchés publics, ses fonctions ont été limitées au contrôle et à des actions participant à la régulation du système. Elle s'était départie de la fonction de dépouillement des offres à laquelle participaient ses prédécesseurs. Son rôle se limitait au contrôle de l'application de la réglementation, à l'édition et à la diffusion des textes, au conseil et à l'appui technique des administrations contractante. Elle assurait également la fonction de secrétariat permanent de la commission de règlement amiable des litiges.

¹¹⁴² La DGMP compte trois directions: celle chargée des affaires juridiques, la direction du suivi des marchés et la direction de la documentation et de la communication. Sont également rattachés à la DGMP les spécialistes en passation des marchés publics. La DGMP est représenté dans les 13 régions du pays par les services déconcentrés que sont les directions régionales du contrôle des marchés publics et des engagements financiers.

En ce qui concerne la Côte d'Ivoire, elle est dotée d'une Direction centrale des marchés publics (DCMP ci-après) dès 1968¹¹⁴³. Placée auprès du ministère de l'économie et des finances, la DCMP est alors une sous-direction de la Direction générale du budget et des finances. Ses compétences s'assimilaient fort bien à ceux d'un régulateur. En effet l'arrêté n° 8841/AEF/CAB du 27 décembre 1968 qui fixait ses attributions la chargeait principalement de mettre en œuvre une politique d'achats publics et d'élaborer la réglementation des marchés publics. Les compétences en matière de contrôle lui seront attribuées par décret n° 69-416 du 16 septembre 1969 relatif au contrôle des marchés et conventions. La DCMP deviendra la Direction des marchés publics (DMP ci-après) en 1989 avec l'arrêté n° 51/89/MB du 29 août 1989 portant attribution de la Direction des marchés publics et organisation de ses services. La Direction des marchés publics n'a cessé d'être réformée depuis. Son organisation et ses attributions actuelles découlent de l'arrêté n° 473/MEF/DGBF/DMP du 22 octobre 2012¹¹⁴⁴.

La DMP est, aux termes du Code des marchés publics, l'entité administrative centrale de contrôle *a priori* et *a posteriori* des marchés publics et des conventions de délégation de service public¹¹⁴⁵.

Les Directions des marchés publics symbolisent de façon claire la volonté de séparation des fonctions de contrôle et de régulation. Les nouvelles règles régissant leur statut et leur organisation apporte une lisibilité à la gestion des marchés publics et des délégations de service public. Avec les Directions des marchés, le contrôle devient une fonction à part entière. Elle est institutionnalisée et est bien distincte de celle de régulation même si, en la matière une séparation stricte n'a pas été envisagée. L'organe central de contrôle est également distingué de ceux intervenant dans la passation proprement-dite. Il

¹¹⁴³ Décret n° 68-604 du 26 décembre 1968

¹¹⁴⁴ Arrêté n° 473/MEF/DGBF/DMP du 22 octobre 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction des Marchés Publics. <http://marchespublics.ci/fr/fichier/doc/arrete%20473.pdf>

¹¹⁴⁵ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.* article 13 et article 161. La DMP comporte quatre sous-directions, des services rattachés et des services extérieurs. Ces derniers sont les représentants régionaux de la DMP. Les quatre sous-directions de la DMP sont celles chargées des affaires juridiques et du contentieux, des procédures et opérations, du système d'information et de la communication et la sous-direction de la formation et des appuis techniques

reste maintenant à savoir si le contrôle réalisé par ces organes centraux apporte une réponse au problème récurrent de sa faiblesse.

Mais avant d'analyser cette question, poursuivons l'inventaire des innovations institutionnelles dans le domaine du contrôle. Une seconde innovation mérite alors d'être abordée, il s'agit de la création d'organes de contrôle placés auprès des autorités contractantes.

b. La création de structures de contrôle auprès des autorités contractantes

Deux schémas ont été adoptés pour aboutir à la mise en place, auprès des autorités contractantes, de structures de contrôle qui veillent à l'intégrité des procédures de passation et d'exécution. Le premier, consiste à la création de cellules de passation (b-1) et le second à la nomination des spécialistes en passation des marchés (b-2).

b-1. Les cellules de passation des marchés au Sénégal et en Côte d'Ivoire

Aux termes de l'article 42 du décret portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire, les cellules de passation des marchés ont pour mission, «*de préparer et de veiller à la qualité et à la régularité des dossiers de passation des marchés ainsi qu'au bon fonctionnement de la commission d'ouverture des plis et de jugement des offres*». Les modalités d'application de cette disposition ont été fixées par l'arrêté du 23 mai 2014 qui définit leur organisation ainsi que leur fonctionnement¹¹⁴⁶.

Concrètement, les cellules de passation contrôlent la passation des marchés, de l'expression des besoins de l'autorité contractante à la réception définitive des prestations commandées. En guise d'exemple, elles élaborent en collaboration avec la direction des

¹¹⁴⁶ Arrêté n° 325/MPMB/DGBF/DMP du 23 mai 2014 portant composition et fonctionnement des cellules de passation des marchés publics, <http://www.anrmp.ci/arretes-52513/file/242-arrete-n-325-mpmb-dgbf-dmp-du-23-mai-2014-portant-composition-et-fonctionnement-des-cellules-de-passation-des-marches-publics>

affaires financières de l'autorité contractante les plans annuels de passation et les transmettent à la DMP pour contrôle et publication¹¹⁴⁷. Elles sont chargées de veiller à la disponibilité des crédits avant le lancement de la procédure, de vérifier la qualité des dossiers d'appels d'offres, de veiller au bon fonctionnement des commissions d'ouverture des plis et de jugement des offres, d'assurer le suivi de l'exécution etc. Elles doivent également rendre compte de leurs activités à travers un rapport sur la passation et l'état d'exécution des marchés publics et des DSP transmis chaque année à la DMP, à l'ANRMP, au ministre technique et à l'autorité contractante à laquelle elles sont rattachées. Ce rapport qui concerne les contrats passés au cours de l'exercice budgétaire de l'année précédente doit être rendu avant le 31 mars¹¹⁴⁸. Il mentionne notamment les irrégularités commises lors des procédures de passation et d'exécution, l'identité des entrepreneurs défaillants, ainsi qu'une liste des marchés passés par entente directe.

Les cellules de passation des marchés telles qu'elles sont définies dans la réglementation du Sénégal remplissent à peu de choses près les mêmes missions. Elles sont chargées de veiller à la qualité des dossiers de passation et au bon fonctionnement de la commission des marchés¹¹⁴⁹. Le nouveau Code des marchés publics, entend responsabiliser d'avantage les autorités contractantes à travers les cellules de passation. Ce qui se traduit par l'attribution à ces dernières d'une nouvelle compétence consistant à examiner «*les marchés qui n'ont pas atteint les seuils de revue de la direction chargée du contrôle des marchés publics*»¹¹⁵⁰. Cette nouvelle attribution traduit le choix des autorités réglementaires de renforcer la fonction d'appui-conseil de la Direction centrale des marchés publics et de réduire ses compétences en matière de contrôle.

¹¹⁴⁷ *Ibidem.*, article 3

¹¹⁴⁸ MINISTERE AUPRES DU PREMIER MINISTRE CHARGE DU BUDGET, *Manuel de procédures des marchés publics*, *op. cit.* p. 144. La même date est retenue pour le rapport des cellules de passation au Sénégal à l'article 144 du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, portant code des marchés publics, *op. cit.*

¹¹⁴⁹ *Ibidem.*, Article 35. Voir aussi Arrêté n° 00865 du 22 janvier 2015 relatif à l'organisation et au fonctionnement des cellules de passation des marchés des autorités contractantes pris en application de l'article 35 et 141 du code des marchés publics.

¹¹⁵⁰ Décret n° 2014- 1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.* art. 141. et Arrêté n° 00106 du 7 janvier 2015 fixant les seuils de contrôle *a priori* des dossiers de marché, pris en application de l'article 141 du code des marchés publics. <http://www.marchespublics.sn/fichiers/1746176354b01114eef65.pdf>

Contrairement à ce qui est observé au Cameroun, l'UEMOA et ses Etats membres ont fait le choix de la déconcentration et de la décentralisation des compétences de passation. Pour fonctionner, ce choix organisationnel doit être accompagné des moyens matériels et institutionnels permettant aux autorités contractantes de disposer des capacités nécessaires afin que tous leurs actes relatifs aux procédures soient conformes à la réglementation. C'est à cela que participe la création des cellules de passation des marchés. Elles jouent à la fois une mission d'assistance technique auprès des autorités assujetties au droit des marchés en veillent à la qualité des dossiers et des DSP et une mission de contrôle.

En dépit de leur importance, l'organisation des cellules de passation soulève quelques difficultés.

Au vu de leur place stratégique dans le système de gestion des marchés publics et des délégations de service public, les cellules de passation doivent présenter des garanties d'indépendance incontestables. Or, de l'arrêté n° 00865 du 22 janvier 2015 adopté au Sénégal, il ressort que les responsables et les membres des cellules sont nommés par l'autorité contractante et parmi son personnel¹¹⁵¹. En d'autres termes, les membres de l'organe de contrôle sont choisis par la personne responsable du marché. Cela soulève des questions sur l'indépendance des cellules de passation à l'égard de l'autorité contractante¹¹⁵². Mais elle soulève surtout la question de l'évitement des conflits d'intérêts.

¹¹⁵¹ Ibidem, article 4: «Au sein des départements ministériels et des collectivités locales, les responsables des cellules de passation des marchés sont nommés par arrêtés ou tout autre acte approprié, de préférence, parmi les agents appartenant à la hiérarchie B au moins ou, s'ils sont non fonctionnaires, à une catégorie assimilée».

¹¹⁵² Birahim SECK, «Le gouvernement du Sénégal n'a pas publié les statistiques sur les marchés publics des deux derniers trimestres de 2013», article de presse publié sur le site de Transparency international le 3-02-2014

http://www.transparency.org/news/pressrelease/le_gouvernement_du_senegal_na_pas_public_les_statistiques_sur_les_marches_p#_ftnref4, (consulté le 30-06-2014). M. SECK relève qu'en 2007 et 2008 l'autorité contractante, s'il est un ministre mettait souvent à la tête de la cellule de passation son directeur de cabinet ou son secrétaire général.

Le fait que les autorités contractantes soient tenues de soumettre à la Direction centrale des marchés publics les arrêtés de nomination des membres des cellules de passation, n'est pas à même de fournir les gages d'indépendance et d'efficacité nécessaires. Des décisions de l'ARMP permettent d'illustrer la difficulté d'instaurer des cellules de passation fiables au regard de tous les acteurs.

En particulier dans une décision en date du 2 avril 2014, le Comité de règlement des différends de l'organe de régulation est saisi d'une requête de l'ENTENTE CADAK-CAR (structure intercommunale) qui conteste l'avis défavorable émis par la Direction centrale des marchés publics concernant d'une part, la composition de la commission de passation et d'autre part, celle de la cellule de passation des marchés publics¹¹⁵³. L'organe central de contrôle a justifié son avis défavorable sur l'arrêté de désignation des membres de la cellule de passation par le fait que les directeurs technique et le Directeur administratif et financier de l'administration contractante ne peuvent siéger à la cellule de passation des marchés. Mais l'autorité contractante justifie le choix de ces personnes par leur compétence en matière de passation des marchés comme l'exige d'ailleurs, l'article 2 de l'arrêté relatif à l'organisation et au fonctionnement des cellules de passation des marchés.

Estimant qu'en dépit des recommandations de l'article 2 de cet arrêté, *«il doit être tenu compte des cas d'incompatibilité et de la nécessaire séparation des fonctions»*, l'ARMP jugea la fonction de Directeur administratif et financier incompatible avec celui de membre de la cellule de passation. En ce qui concerne les directeurs techniques, l'organe de règlement des différends, reconnaît certes que la circulaire du premier ministre

¹¹⁵³ ARMP Sénégal, Décision n° 088/14/ARMP/CRD du 02 avril 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de l'entente CADAK-CAR en contestation de l'avis défavorable de la Direction centrale des marchés publics concernant la composition de sa commission des marchés et de sa cellule de passation des marchés. <http://www.marchespublics.sn/fichiers/12443139085356471814724.pdf>

ARMP Sénégal, Décision n° 146/13/ARMP/CRD du 12 juin 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la demande de l'observatoire national de la parité relative à la composition de la commission et de la cellule de passation des marchés, *op. cit.* : le problème d'effectif auquel était confrontée l'autorité contractante à savoir l'ONP, justifiait l'autorisation «à titre exceptionnel» de désigner la coordonnatrice de la cellule de passation parmi les membres du Conseil d'orientation de l'ONP.

n° 039 du 12 décembre 2012 incite les autorités contractantes à veiller à ce que les membres de la cellule de passation soient exclusivement cantonnés à cette tâche sans cumul avec d'autres activités. Toutefois, il considère que la spécificité de l'autorité contractante et la compétence des directeurs techniques pour garantir la régularité des procédures sont suffisantes pour justifier la régulation de leur désignation au sein de la cellule de passation des marchés.

Cette affaire montre que le mode de désignation des membres des cellules de passation pose problème et que le contrôle opéré par la direction centrale des marchés publics ne le règle qu'à la marge. Pour éviter tout conflit d'intérêts, les autorités sénégalaises gagneraient à transférer la compétence de nomination des membres des cellules de passation à la Direction centrale des marchés publics.

Cette option permettrait d'avoir au sein des cellules de passation des personnes extérieures à l'autorité contractante. Elle est d'autant plus justifiée qu'avec le Code de 2014, des compétences appartenant à la DCMP ont été transférées aux cellules de passation.

Le schéma de nomination des responsables des cellules de passation en Côte d'Ivoire n'est pas très éloigné¹¹⁵⁴. Si le responsable de la cellule est nommé par arrêté du ministre en charge des marchés publics, l'appel à candidature qui précède la nomination est adressé aux personnes travaillant au sein de l'administration contractante. Il n'est élargi aux autres fonctionnaires qu'en cas de besoin¹¹⁵⁵.

Au Burkina Faso, l'organe de contrôle placé auprès de l'autorité contractante est dénommé spécialiste de la passation des marchés. Ses modalités de constitution diffèrent de celles des organes de contrôle interne au Sénégal et en Côte d'Ivoire.

¹¹⁵⁴ Arrêté n° 325/MPMB/DGBF/DMP du 23 mai 2014, *op. cit.* art. 4

¹¹⁵⁵ *Ibidem*, article 8.

b-2. Les spécialistes de la passation des marchés au Burkina Faso

La Direction générale des marchés publics est représentée auprès des administrations centrales et locales par des spécialistes en passation des marchés. Ces derniers reçoivent une délégation de compétence de la part du Directeur général des marchés publics pour assurer le contrôle des marchés des autorités contractantes locales et centrales. Toutefois leur champ d'intervention est limité en fonction du type de dossier à traiter et du montant du marché en cause. Dans ce dernier cas, l'arrêté du 8 février 2010 portant fixation des seuils de délégation d'attribution entre le Directeur général des marchés publics et les spécialistes en passation des marchés limite à un seuil strictement inférieur à 200 millions de FCFA le montant des marchés de travaux pour lesquels le spécialiste en passation peut pleinement jouer toutes les fonctions de contrôle *a priori* de la DGMP¹¹⁵⁶. Ce seuil doit être inférieur à 100 millions de FCFA pour les marchés de fournitures et équipements et à 50 millions de FCFA pour les marchés de prestations intellectuelles et de services courants¹¹⁵⁷. Enfin, lorsque l'autorité contracte demande un avis pour utiliser la procédure d'appel d'offres restreint ou accéléré, le spécialiste en passation des marchés ne peut intervenir en vertu de la délégation de compétence qu'elle détient que lorsque le montant du marché en question est inférieur à 50 millions de FCFA¹¹⁵⁸. En présence d'un marché dont le montant atteint ou dépasse cette somme, l'intervention de la direction centrale des marchés est requise.

L'intervention des spécialistes en passation des marchés peut également connaître des limites tenant au contexte dans lequel intervient le dossier¹¹⁵⁹. C'est le cas par exemple des dossiers sur lesquels il y a des divergences entre les différents acteurs du processus contractuel (personne responsable du marché, commissions techniques, commission d'attribution etc.), des dossiers dans lesquels les décisions du spécialiste en passation ont

¹¹⁵⁶ Article 2, Arrêté n° 2010-028/ MEF/ CAB/ du 8 février 2010 portant fixation de seuil de délégation d'attribution entre le Directeur des marchés publics et les spécialistes en passation des marchés, Revue des marchés publics du Burkina Faso, éd. Spécial février 2010

¹¹⁵⁷ *ibidem*

¹¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹¹⁵⁹ *Ibidem.*

été contestées par écrit par un département ministériel en sa qualité d'autorité contractante ou bien par les services du ministère de l'économie et des finances. Il en est de même pour les dossiers devant être directement transmis à la DCMP et des dossiers dans lesquels les spécialistes de la passation ont été récusés.

L'institution des spécialistes de la passation des marchés permet à la DGMP d'exercer pleinement son rôle d'organe de contrôle des marchés publics. Les délégations de compétences qui leur sont faites visent à éviter l'engorgement de la DGMP, le ralentissement de la consommation des crédits et en définitive une exacerbation des critiques envers le contrôle *a priori*.

La nécessité de garantir l'effectivité des principes qui fondent les procédures contractuelles applicables aux contrats de partenariat exigeait aussi la mise en place d'organes de contrôle adaptés.

2. Le contrôle des contrats de partenariat public-privé

La mise en place d'institutions de contrôle garantes de l'application et du respect de la législation relative aux contrats de PPP est, comme pour les marchés publics et les DSP, un aspect fondamental des réformes. L'unité des principes et des règles régissant les PPP, les marchés publics et les délégations de service public a induit la mise en place d'institutions basées sur le même schéma. Il n'en demeure pas moins que les organes chargés du contrôle des PPP sont des structures plus complexes.

Au Sénégal, la loi du 13 février 2004 relatif aux contrats de Construction-Exploitation-Transfert confiait leur contrôle *a priori* à la Direction centrale des marchés publics. Dans la nouvelle loi relative au PPP du 10 février 2014, c'est une nouvelle structure dont la composition, l'organisation et le fonctionnement devront être fixés par décret, qui se substitue à la Direction centrale des marchés pour assurer le contrôle *a priori* des contrats de PPP. Il s'agit du Comité national d'appui aux partenariats public-privé

(CNA-PPP ci après). Cet organe est rattaché au ministère de l'économie et des finances. Il résulte de l'exposé des motifs de la loi relative au contrat de PPP comme de l'article 1^{er} de ce texte que la mission du CNA-PPP est « *de valider les évaluations préalables des projets préparés par les autorités contractantes, de fournir un appui aux entités du secteur public dans la préparation, la négociation et le suivi des partenariats public-privé et d'en assurer la vulgarisation et la promotion* ».

Au titre de l'assistance pour la préparation et la passation des contrats de PPP, la CNA-PPP apporte son concours à la réalisation des évaluations préalables au lancement des PPP¹¹⁶⁰. De plus il est chargé d'élaborer les critères qui vont servir pour l'évaluation préalable.

Au moment de la passation, le CNA-PPP exerce un contrôle sur le travail de la commission de passation. Il doit, sur saisine de l'autorité contractante, donner un avis favorable sur le classement des procès-verbaux des travaux des commissions de passation. Son intervention au moment de la passation se termine avant la transmission du contrat, accompagné du procès-verbal de clôture de la mise au point et éventuellement de l'annexe fiscale, au ministre des finances pour approbation¹¹⁶¹. Le CNA-PPP joue également un rôle consultatif important dans la procédure de validation des offres spontanées.

En matière de suivi des contrats de partenariat public-privé, l'article 38 de la loi du 10 février 2014 confère au CNA-PPP les compétences pour assurer une évaluation périodique du contrat. Enfin ses compétences tenant à la vulgarisation et à la promotion des contrats de PPP, ne sont pas détaillées dans la loi. Mais elles doivent tenir, comme en ce qui concerne la Direction centrale des marchés, à la diffusion d'informations relatives à ces contrats et à la contribution aux politiques de développement des infrastructures. Au vu de ses compétences, le CNA-PPP est plus qu'un organe de contrôle. En effet, il se rapproche d'avantage d'une Unité des PPP.

¹¹⁶⁰ Loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat au Sénégal, *op. cit.*, article 8 al. 1

¹¹⁶¹ *Ibidem.*, article 22

Dans une étude qu'elle a publiée en 2010, l'OCDE définit l'Unité consacrée aux partenariats public-privé, comme étant «tout organisme créé, en totalité ou en partie avec l'aide de l'État, ayant pour vocation d'assurer qu'il existe la capacité nécessaire, regroupée au niveau du gouvernement, permettant de créer, soutenir et évaluer de nombreux contrats de partenariats public-privé»¹¹⁶². Il n'existe pas une typologie unique des Unités chargées des PPP. Néanmoins, une structure reconnue comme telle doit exercer aux moins six fonctions principales à savoir «orienter les politiques, donner le feu vert aux projets, apporter une assistance technique, développer la capacité, promouvoir les PPP, investir dans les PPP». Toutefois selon l'organisation institutionnelle adoptée, l'Unité des PPP peut exercer ces fonctions de façon plus ou moins importantes. Toutes ces compétences à l'exception de l'investissement dans les PPP se retrouvent dans le champ d'action du CNA-PPP.

Quant à la localisation des Unités des PPP, elle peut varier selon les Etats mais, dans tous les cas, elles doivent être créées par l'Etat ou avec sa participation. De par son organisation, le CNA-PPP répond aussi à ce critère. On retrouve de telles structures à

¹¹⁶² OCDE, *Les unités consacrées aux partenariats publics-privé, une étude des structures institutionnelles et de gouvernance*, Paris, Editions OCDE, 2010. p. 28. Cette étude fait également référence aux définitions données dans d'autres études sur les Unités de PPP. Ainsi pour la Banque mondiale, les Unités de PPP «incluent tout organisme destiné à promouvoir ou améliorer les partenariats public-privé, qui est doté d'un mandat de longue durée qui lui permet de gérer de nombreuses transactions de partenariats public-privé et de pallier des carences des pouvoirs publics» Banque mondiale et Mécanisme consultatif pour le partenariat public-privé en infrastructure (PPIAF), *Public-Private Partnership Units: Lessons for their Design and Use in Infrastructure*, Banque mondiale, Washington DC, 2007, 106 p. Dans une étude consacrée au même sujet, des auteurs définissent «l'agence» spécialisée comme un organisme public qui fait partie du gouvernement ou lui est rattaché et qui fournit des services concernant exclusivement les partenariats public-privé aux autres entités du gouvernement. Ils établissent une distinction à l'intérieur de cette catégorie entre trois sous-groupes. L'«entité chargée des examens» qui est essentiellement responsable de l'examen du plan d'entreprise des projets et transmet des recommandations aux entités décisionnaires. Les «agences de plein exercice» assument les responsabilités d'une entité chargée des examens et fournissent des services consultatifs aux organismes publics, développent le marché des partenariats public-privé dans leur juridiction et prennent parfois des participations ou procèdent à des investissements directs. Les «Centres d'excellence» n'examinent pas les plans d'entreprise dans le cadre d'une fonction réglementaire ni ne fournissent de services consultatifs mais ils rassemblent et diffusent la recherche, l'information et les bonnes pratiques. Christine FARRUGIA, Tim REYNOLDS et Ryan J. ORR, «Public-Private Partnership Agencies: A Global Perspective», Working Paper, n° 39, août 2008, Collaboratory for Research on Global Projects, (Traduit par OCDE, *Les unités consacrées aux partenariats publics-privé, une étude des structures institutionnelles et de gouvernance*, p. 32).

travers la National Treasury PPP Unit en Afrique du Sud ou encore la Mission d'appui placée auprès du Ministre de l'économie et des finances en France etc.¹¹⁶³.

Le décret du 29 juillet 2014 a mis en place la Commission de partenariat public-privé au Burkina Faso¹¹⁶⁴. Cette structure dont la fonction consiste, d'une manière générale, à accompagner les politiques nationales visant à développer les PPP¹¹⁶⁵, ne saurait être considérée comme une Unité des PPP. En revanche, l'affirmation de la mise en place d'une Unité des PPP est très nette en Côte d'Ivoire. Dénommée Unité nationale des PPP, la structure ivoirienne chargée des PPP est composée du Comité national des partenariats public-privé (CN-PPP ci-après), de son secrétariat exécutif dénommé Secrétariat Exécutif des PPP (SE-PPP ci-après) et de la cellule technique opérationnelle. Ce cadre de pilotage des PPP est placé sous l'autorité du président de la République¹¹⁶⁶

Selon l'article 4 du décret portant attributions, organisation et fonctionnement du cadre institutionnel de pilotage des partenariats publics-privé, le CN-PPP est un organe de décision, de validation et d'orientation¹¹⁶⁷. Les missions du CN-PPP sont nombreuses et vont, comme pour le CNA-PPP du Sénégal, de la préparation du projet à son exécution en passant par le contrôle des procédures¹¹⁶⁸.

¹¹⁶³ Pour d'autres exemple, *Ibidem*, p. 51 et s.

¹¹⁶⁴ Décret n° 2014- 628 /PRES/PM/MEF du 29 juillet 2014 portant création, attributions, composition et fonctionnement de la Commission de partenariat public-privé, (dernière consultation le 05/12/14).
http://www.armp.bf/images/stories/docs/decrets/decret_2014_628_pres_pm_mef_commission_ppp.pdf

¹¹⁶⁵ Selon l'article 3 de ce texte, «La Commission PPP a pour mission de faire toutes les propositions au Conseil des ministres entrant dans le cadre de l'application de la loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé et de la réalisation des projets en PPP au Burkina Faso. A ce titre, elle est chargée: de valider l'avant programme de projets PPP, préparé par le ministère chargé des finances avant sa soumission au Conseil des ministres pour approbation; de formuler les recommandations nécessaires au développement du PPP au Burkina Faso; de s'assurer du suivi et de l'évaluation du programme de projets PPP.

¹¹⁶⁶ Décret n° 2012-1152 du 19 décembre 2012 portant attribution, organisation et fonctionnement du cadre institutionnel de pilotage des partenariats public-privé, *op. cit.*, article 3.

¹¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*., article 4.

En guise d'exemple, le CN-PPP dispose d'un pouvoir de contrôle et d'un pouvoir consultatif.

Au titre de ses compétences en matière de contrôle, il valide les études de faisabilité des projets réalisés par les autorités contractantes. Réunis en présence du représentant de la direction centrale des marchés publics, le CN-PPP procède à la validation des dossiers de consultation adaptés aux projets sur la base de dossiers standards types¹¹⁶⁹.

Au titre de ses pouvoirs consultatif, l'avis de non objection du CN-PPP sur le projet de contrat négocié est requis avant la signature du contrat définitif par les parties et le ministre en charge de l'économie et des finances¹¹⁷⁰. Son avis est également sollicité lorsque l'autorité contractante veut recourir à des procédures dérogeant à l'appel d'offres ouvert pour la passation des PPP. Il ressort, en effet, des articles 15 et 16 de la loi relative au PPP que si c'est le ministre de l'économie et des finances qui doit valider le recours aux procédures dérogatoires, il doit au préalable solliciter l'avis du CN-PPP. Enfin l'avis du CN-PPP est requis avant la passation d'un avenant au contrat de PPP¹¹⁷¹ ou encore avant la résiliation du contrat par le Ministre de l'économie et des finances pour ce qui est des PPP passé par l'Etat¹¹⁷².

L'engouement actuel pour les projets d'infrastructures à financement public-privé, l'importance des sommes en jeux et des retombées de tels projets, leur durée, leur complexité mais aussi et surtout l'ampleur des risques que présentent de tels projets, nécessitent que l'Etat s'assure que les différents acteurs qui interviennent de la définition des politiques en matière de PPP à l'exécution des projets, disposent des compétences nécessaires. La création d'une Unité des PPP permet aux gouvernants de réunir les

¹¹⁶⁹ *Ibidem.*, article 8.

¹¹⁷⁰ *Ibidem.*, article 21.

¹¹⁷¹ *Ibidem.*, article 26.

¹¹⁷² *Ibidem.*, article 27.

capacités et leurs moyens matériels et financiers dans une même structure centrale¹¹⁷³. Dès lors, la création de telles structures en charge notamment du contrôle en une bonne chose en soi. Mais leur utilité ne doit pas faire perdre de vue la nécessaire séparation des compétences en matière de passation, de contrôle et de régulation dans la gestion des PPP.

L'étude des organes de contrôle au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire, montre que l'harmonisation au niveau communautaire a permis de rendre plus lisible le rôle des instances de contrôle existantes et a contribué à la création de nouveaux organes de contrôle. Mais cette rénovation des instances de contrôle ne doit pas être imputée à la seule action communautaire. Elle doit être regardée comme la conséquence logique du mouvement global (communautaire, international et national) de réforme du droit des contrats et de refondation de cette discipline sur la base des principes de liberté, de transparence et d'égalité.

Ce raisonnement se confirme lorsqu'on observe qu'au Cameroun aussi les réformes institutionnelles dans le domaine du contrôle des contrats de la commande publique s'inscrivent dans la même perspective que dans les Etats de l'UEMOA, mais la configuration des instances de contrôle reste néanmoins différente.

¹¹⁷³ Les raisons conduisant à la mise en place des unités de PPP sont nombreuses. Quelques exemples relevés de l'étude sur les unités de PPP par l'OCDE peuvent être notés ici: En Corée, la création du Centre coréen pour l'investissement privé dans les infrastructures en 1999 (devenu depuis le 2005 le Centre de gestion des investissements d'infrastructure public-privé suite à sa fusion avec le Centre de gestion de l'investissement public) visait à répondre aux préoccupations tenant au manque d'expertise des autorités publiques pour mettre en place et évaluer des partenariats public-privé, au manque de transparence, à la complexité excessive des procédures, aux systèmes de partage de risque peu attractifs, aux incitations insuffisantes, etc.

En Afrique du Sud, la création de la National Treasury PPP Unit, répond à la nécessité de filtrer les projets irresponsables sur le plan budgétaire et de préserver la confiance des investisseurs dans le programme de partenariats public-privé du gouvernement.

Dans le cas du Portugal, l'Unité des PPP, appelé Parpública SA a été créée en 2003 afin de répondre à l'incapacité des premiers partenariats public-privé à assurer une faisabilité financière à long terme, pour répondre aux retards et aux dépassements des coûts de construction, aux rigidités du processus de passation des marchés publics et au manque de capacité du secteur public pour gérer et surveiller les projets. OCDE, *op. cit.* p. 33-34.

B. LA RESTRUCTURATION DU CONTROLE DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE AU CAMEROUN

L'analyse des procédures de passation a permis de montrer que le ministère en charge des marchés était au centre du mécanisme institutionnel de la passation. Un des paradoxes du système camerounais de gestion des contrats de la commande publique est que c'est ce même organe que l'on retrouve aussi au cœur du contrôle des marchés publics et des délégations de service public¹¹⁷⁴. Il apparaît ainsi que le système de contrôle des marchés publics mis en place au Cameroun présente une spécificité. Après l'avoir analysé (1) l'analyse s'orientera sur les mécanismes de contrôle des contrats de partenariat public-privé (2).

1. Le contrôle des marchés publics et des délégations de service public

A l'image du système de gestion de la passation, le système camerounais de contrôle des marchés publics, se caractérise par la centralisation du contrôle autour du ministère en charge des marchés publics (a). Non seulement, il dispose de ses propres brigades pour mener sa mission de contrôle, mais en plus il peut commander à l'organe de régulation des audits spécifiques, des enquêtes, des contrôles et autres investigations sur la passation et l'exécution des marchés publics et des délégations de service public. Il n'en demeure pas moins qu'il soit reconnu à cette dernière, la possibilité de participer au contrôle à travers la désignation des observateurs indépendants durant l'analyse des offres et des auditeurs indépendants pour assurer le contrôle *a posteriori* des marchés publics (b).

¹¹⁷⁴ Les travaux sur les mécanismes de contrôle des marchés publics sont très peu nombreux. On peut renvoyer toutefois à une étude de Jean Marie NGAKETCH TADOUM et Grégoire MEBADA MEBADA, «Du dispositif de contrôle des marchés publics au Cameroun», Communication à l'occasion de la 5e conférence internationale sur les marchés publics (5th International public procurement conference, Seattle, August 17-19, 2012, Paper 2 <http://www.ippa.org/IPPC5/Proceedings/Part9/PAPER9-2.pdf>. (consulté le 09-07-2014). Voir aussi les rapports analytiques réalisés par la Banque mondiale: Ex: BANQUE MONDIALE, Operational Quality and Knowledge Services, *Rapport analytique du système de passation des marchés publics (CPAR) au Cameroun*, Vol. I, 12 août 2005, 61 f. disponible sur le site de la Banque mondiale. <http://documents.worldbank.org/curated/en/2005/08/7405261/rapport-analytique-du-systeme-de-passation-des-marches-publics-cpar-au-cameroun>

a. Un contrôle centralisé autour du ministère des marchés publics

Le MINMAP est à la fois organe de contrôle *a priori* et *a posteriori*. Non seulement il lui appartient de définir les règles du contrôle de l'exécution sur le terrain¹¹⁷⁵ mais en plus, à travers différents organes qui lui sont directement ou indirectement rattachés, il quadrille tout le système de contrôle.

A travers les commissions de passation des marchés dont il désigne le président, le secrétaire général et un troisième membre et qu'il place auprès de l'ensemble des maîtres d'ouvrage le MINMAP, assure le contrôle des marchés qui ne relèvent pas des commissions centrales placées auprès de lui. Si ces commissions sont qualifiées par les textes d'organes d'appui technique, leur rôle est aussi de contrôler la régularité des procédures mises en œuvre par les maîtres d'ouvrage. Car comme il est précisé dans le texte qui les institue, il leur incombe aussi de garantir «*les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures de passation des marchés publics*»¹¹⁷⁶.

L'attribution au MINMAP et aux commissions de passation de larges pouvoirs en matière de contrôle a entraîné la suppression des commissions spécialisées de contrôle. Ces commissions qui étaient placées auprès du premier ministre, ministre des marchés publics, étaient des organes d'appui techniques chargés d'assurer le contrôle *a priori* des marchés publics. Au nombre de quatre¹¹⁷⁷, les commissions spécialisées étaient saisies par les maîtres d'ouvrage ou les maîtres d'ouvrage délégués. Mais leur saisine n'était pas automatique. Elles n'étaient compétentes que pour les marchés atteignant certains

¹¹⁷⁵ Circulaire n° 001/CAB/PR/ du 19 juin 2012 relative à la passation et au contrôle de l'exécution des marchés publics, *op. cit.*, parag. 42.

¹¹⁷⁶ Décret n° 2012/074 du 08 mars 2012 portant création organisation et fonctionnement des Commissions de Passation des Marchés Publics, *op. cit.* article 3

¹¹⁷⁷ La Commission Spécialisée de Contrôle des Marchés de Routes et autres Infrastructures, celle chargée du contrôle des Marchés de Bâtiments et des Equipements Collectifs, la Commission Spécialisée de Contrôle des marchés des approvisionnements généraux et la Commission spécialisée de contrôle des marchés de services et de prestations intellectuelles.

seuils¹¹⁷⁸. Donc, tous les marchés n'étaient pas contrôlés. Leur suppression et le transfert du contrôle au MINMAP et aux commissions de passation permet d'avoir des représentants de l'autorité des marchés publics durant toute la passation et pour tous les marchés soumis à une procédure formalisée. –Mais d'un autre côté, siégeait dans ces commissions un représentant de la société civile, ce qui dénotait d'une volonté de faire participer les citoyens et de démocratiser ces instances de contrôle. Cette représentation a disparu avec la suppression des commissions spécialisées.

Organe de passation, organe de contrôle *a priori*, le MINMAP est aussi un organe de contrôle *a posteriori*. A ce titre, il procède au contrôle de la conformité des procédures à la réglementation des marchés publics.

La place centrale du MINMAP dans le contrôle pose à l'évidence un problème quant à la rationalité du système. En effet l'institution d'un organe administratif central chargé de l'organisation de la passation, du suivi de l'exécution et du contrôle de la régularité des contrats soumis au Code des marchés public cause un déséquilibre institutionnel sérieux dans le système camerounais de gestion des contrats de la commande publique. Rappelons que les réformes qui ont conduit à l'adoption du Code des marchés publics le 24 septembre 2004, sont parties d'une série de diagnostics du système opérée par les autorités camerounaises et la Banque mondiale¹¹⁷⁹. Parmi les différentes failles du système revenait de façon récurrente sa grande centralisation. Celle-ci se caractérisait alors par la prédominance de l'administration, centrale des marchés publics sur les maîtres d'ouvrage, et entraînait la déresponsabilisation de ces derniers. Etaient également pointés du doigt le chevauchement dans l'attribution des fonctions et l'inefficacité des mécanismes de contrôle¹¹⁸⁰. Dès lors quelques uns des grands apports des réformes étaient l'institution d'un organe de régulation, la responsabilisation des maîtres d'ouvrage et le renforcement

¹¹⁷⁸ Articles 129 à 148 (abrogés) du Décret n° 2004 -275 du 24 septembre 2004, *op. cit.*

¹¹⁷⁹ Ces évaluations opérées en 1994 et en 2000 s'inscrivaient dans le cadre de la mise en œuvre des mesures prioritaires du programme des réformes dites de deuxième génération.

¹¹⁸⁰ Agathe-Florence LELE, *Les agences de régulation au Cameroun*, Mémoire de Master administration publique des fonctionnaires internationaux, Ecole Nationale d'administration de Paris, 2005, p. 25 et 26.

des contrôles. Le schéma actuel de gestion des contrats constitue donc un véritable revirement loin des paradigmes actuels qui régissent la matière.

L'histoire de la gestion des marchés publics au Cameroun a montré que la centralisation des compétences n'est pas une solution qui marche. La séparation - et non la dispersion¹¹⁸¹ - des fonctions de passation, de contrôle, et de régulation est le mécanisme le plus en adéquation avec un système des marchés publics capable de garantir la protection des deniers publics et le respect de la concurrence sur le marché de la commande publique. Le scepticisme, pour ne pas dire les critiques, que suscite aujourd'hui le MINMAP atteste de la fragilité de cet organe¹¹⁸².

Il reste néanmoins qu'une partie du contrôle des marchés et des délégations de service public confiée aux observateurs indépendants et aux auditeurs indépendants est restée dans le champ de compétence de l'organe de régulation dans la mesure où il lui revient d'organiser ce contrôle.

b. La place résiduelle de l'organe de régulation dans le système de contrôle

Parmi les systèmes de gestion des contrats de la commande publique étudiés, celui du Cameroun a été précurseur dans la création d'un organe expressément chargé de la régulation des marchés publics et des conventions de délégation de service public. Créée par le décret du 23 février 2001, l'Agence de régulation des marchés publics a vu son organisation et ses modalités de fonctionnement réformées par le décret n° 2012/076 du 8 mars 2012.

L'une des motivations de la création en 2001 de l'organe de régulation des marchés publics était d'instaurer une structure fiable chargée du contrôle des contrats relevant du Code des marchés publics. Le décret du 23 février 2001 qui l'a instituée,

¹¹⁸¹ Nous pensons que l'échec du système antérieur vient notamment plus de la multiplicité des maîtres d'ouvrage et maîtres d'ouvrage délégués que de leur responsabilisation.

¹¹⁸² Voir par Exemple: Charles NGUINI, *Plaidoyer pour un Cameroun sans corruption*, Paris, l'Harmattan, 2012, p. 101.

prévoyait que l'agence devait «*veiller, par des études et avis réguliers, à la saine application de la réglementation et des procédures relatives aux marchés publics (...)*». Cette disposition a été supprimée par le décret du 08 mars 2012 qui ôte par la même à l'ARMP tout moyen de contrôle. A travers les études, l'organe de régulation pouvait évaluer le niveau de conformité des procédures mises en œuvre par les maîtres d'ouvrages et déceler les failles du système¹¹⁸³. Aujourd'hui, l'intervention de l'organe de régulation dans le contrôle se limite à la sélection des auditeurs indépendants et à la nomination des observateurs indépendants.

La fonction d'observateur indépendant est apparue avec le décret n° 2000/155 du 30 juin 2000¹¹⁸⁴. Les révisions successives n'ont pas changé ses missions¹¹⁸⁵. Il assiste à toutes les séances de dépouillement des offres par les commissions de passation des marchés. Il assiste également aux travaux des sous commissions d'analyse lorsque le montant cumulé des lots du marché s'élève à 50 millions de FCFA¹¹⁸⁶. Lorsqu'il siège, deux principales fonctions lui sont dévolues. La première est d'évaluer le processus de passation, c'est-à-dire la conformité de la procédure avec les règles régissant la passation et de signaler au ministre en charge des marchés publics et à l'autorité de régulation des marchés publics les manquements à la réglementation mais aussi, aux principes d'équité. La seconde est de signaler les pratiques contraires à la bonne gouvernance, telles que le trafic d'influence, le conflit d'intérêts ou le délit.

En dépit de la clarté de la définition de ses missions, il a été reconnu l'insuffisance du dispositif. A en croire les mesures de renforcement de l'institution de l'observateur indépendant mis en place par le décret du 8 mars 2012, sa présence au moment du

¹¹⁸³ Jean Marie NGAKETCH TADOUM et Grégoire MEBADA MEBADA, *op. cit.*

¹¹⁸⁴ Modifiant et complétant celui du 9 juin 1995 portant réglementation des marchés publics.

¹¹⁸⁵ Par contre, alors qu'il était à l'origine sélectionné par appel d'offres par l'autorité chargée des marchés publics, qui était à l'époque le premier ministre, l'observateur indépendant est, depuis l'adoption du code des marchés publics du 24 septembre 2004, sélectionné par l'Agence de régulation des marchés publics. La révision du dispositif par le décret du 8 mars 2012 a maintenu cette situation.

¹¹⁸⁶ Article 32 décret n° 2012-074 du 8 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics, *op. cit.*

dépouillement des offres n'a pas été suffisante pour assurer l'objectivité des commissions de passation des marchés.

Dans l'ancienne configuration de ces dernières, la présence de l'observateur indépendant se justifiait par le fait qu'il représentait l'ARMP au sein du cercle fermé, formé par le maître d'ouvrage et la commission de passation des marchés qu'il mettait lui-même en place. L'intervention des commissions spécialisées de contrôle se faisant en amont, on peut dire que le seul contrôle qui allait du dépouillement des offres à la proposition d'un attributaire était celui effectué par l'observateur indépendant. Mais aujourd'hui que les commissions de passation des marchés peuvent valablement être considérées comme des représentants du ministre en charge des marchés publics, le maintien de l'observateur indépendant aurait dû être accompagné par un renforcement des pouvoirs de l'ARMP sur le contrôle. Or, si l'ARMP peut exploiter les rapports des observateurs indépendants, il ne peut utiliser leur contenu que dans un but pédagogique. C'est au MINMAP que revient le pouvoir de prendre les mesures de sanction à l'encontre des actes et des procédures irrégulières.

Le Code des marchés prévoit que les autorités (ARMP, MINMAP, président de la commission de passation des marchés) auxquelles l'observateur indépendant transmet son rapport «*tiennent compte, autant que possible, des recommandations de ce rapport dans le processus d'attribution des marchés*»¹¹⁸⁷. En d'autres termes, il n'y a pas d'obligation de suivre les prescriptions des observateurs indépendants. Alors que cela n'était pas le cas des avis des commissions spécialisées de contrôle qui liaient les maîtres d'ouvrage. Ensuite, le Code accorde un pouvoir discrétionnaire à l'Autorité des marchés publics qui, «*sur la base des rapports de l'observateur indépendant ou de l'organisme chargé de la régulation des marchés publics, (...) peut annuler l'attribution d'un marché effectuée en violation de la réglementation ou en marge des règles de transparence et d'équité*»¹¹⁸⁸. Quant à l'organe de régulation, le seul pouvoir dont il dispose est de prendre des actes de

¹¹⁸⁷ Décret n° 2004-275 du 24 septembre 2004, *op. cit.*, article 149 parag. 3

¹¹⁸⁸ *Ibidem*. Art 151

régulation, tels que «*des mesures conservatoires, en cas de procédure supposée irrégulière, en attendant l'aboutissement des investigations nécessaires et la décision de l'autorité chargée des marchés publics*». Autrement dit, seul le MINMAP peut décider des suites à donner au rapport de l'observateur indépendant.

En définitive, en soi l'observateur indépendant est une institution utile dans un système de contrôle des MP. Mais encore faut-il accompagner sa création des mesures permettant de tirer toutes les conséquences des rapports qu'il établit. Au regard de l'implication du MINMAP dans les procédures de passation, il aurait été plus cohérent et plus judicieux de renforcer les fonctions de contrôle de l'ARMP. Cela, en commençant par lui donner les pouvoirs nécessaires pour tirer toutes les conséquences des irrégularités constatées par les observateurs indépendants. Autrement dit, c'est à l'ARMP que les observateurs indépendants devraient adresser leur rapport. C'est à elle également que doit revenir le pouvoir de mener les enquêtes et de prendre, le cas échéant, les sanctions nécessaires.

A côté du contrôle *a priori* des observateurs indépendants, est également mis en place un mécanisme de contrôle externe *a posteriori* organisé par l'Agence de régulation des marchés publics. Il s'agit du contrôle réalisé par les auditeurs indépendants. Mais là aussi, les pouvoirs de l'organe de régulation sont limités à leur sélection. Bien qu'il lui soit confiée la mission de veiller à la bonne exécution de leur mission d'audit annuel *a posteriori*, d'exploiter leurs rapports et de suivre la mise en œuvre des recommandations y afférentes, ni l'encrage institutionnel de l'ARMP, ni ses pouvoirs restreints, ne lui permettent de prendre les mesures nécessaires pour rendre effectives les recommandations des auditeurs indépendants.

Les abus dans la gestion des maîtres d'ouvrage, l'inefficacité des mécanismes de contrôle, font partie des raisons avancées pour réformer le système de passation et d'exécution des marchés publics au Cameroun à partir de 2011. La solution du moment consistant à centraliser la gestion de la passation, de l'exécution, et du contrôle entre les

maines d'un seul organe permet-elle d'y remédier? Le doute s'impose. Quelque soient les raisons qui ont présidé à cette option, cette centralisation est clairement le talon d'Achille du système camerounais de gestion des marchés publics et des conventions de délégation de service public. Le transfert des compétences en matière de contrôle à l'ARMP est une option qu'il faudra sérieusement envisager pour rééquilibrer le système.

Analysons maintenant ce qu'il en est du contrôle des contrats de partenariat public- privé.

2. Le contrôle des contrats de partenariat public-privé

Le contrôle des PPP est assuré par le Conseil d'appui à la réalisation des contrats de partenariat¹¹⁸⁹ (CARPA ci-après) et le ministre en charge de l'économie. Créé par le décret du 23 janvier 2008, cet organe est placé sous la tutelle du ministre chargé de l'économie¹¹⁹⁰ depuis la modification apportée par le décret n° 2012/148 du 21 mars 2012. La direction administrative, technique et financière du CARPA est assurée par un président nommé par le président de la République¹¹⁹¹. L'organisme comprend également un comité d'orientation et un secrétariat technique. Au sein du comité d'orientation siègent des représentants de l'administration¹¹⁹², des membres de différents ordres professionnels¹¹⁹³ et des membres issus du secteur privé¹¹⁹⁴.

¹¹⁸⁹Décret n° 2008/035 du 23 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil d'Appui à la Réalisation de Contrats de Partenariat, *op. cit.*

¹¹⁹⁰ *Ibidem.* article 2-1

¹¹⁹¹ *Ibidem.* article 7.

¹¹⁹²Un représentant de la Présidence de la République, des services du Premier Ministre, du Ministère chargé de l'économie, du Ministère chargé des finances, et du Ministère chargé des travaux publics

¹¹⁹³ Le bâtonnier de l'Ordre des Avocats du Cameroun, le président de l'Ordre National des Ingénieurs de Génie Civil et le président de l'Ordre National des Architectes.

¹¹⁹⁴ Le président de l'Association professionnelle des établissements de crédit du Cameroun, celui du Groupement Inter Patronal du Cameroun, celui du Syndicat des Industriels du Cameroun et celui de l'Association des Professionnels des assurances

Au titre de ses compétences en matière de contrôle, le comité d'orientation examine les rapports d'évaluation afin de définir le modèle de contrat de la commande publique qui permettrait le mieux de réaliser le projet. A la suite de cet examen, le CARPA délivre un avis d'opportunité du projet. Le dossier est ensuite transmis au ministre en charge des finances qui doit donner un avis de soutenabilité budgétaire¹¹⁹⁵. Dans son avis le ministre doit prendre en compte d'une part l'impact du projet sur les finances publiques et d'autre part la cohérence du projet par rapport aux engagements financiers de l'Etat.

Lorsque tous les accords nécessaires au lancement du projet sont obtenus, l'autorité contractante élabore le dossier d'appel public à manifestation d'intérêt ou le dossier d'appel d'offres restreint s'il choisit cette dernière procédure. Le CARPA intervient aussi à ce stade pour valider les dossiers en question. Son avis prend la forme d'un avis de non objection et dépasse la simple formulation d'observation¹¹⁹⁶. De même, à la fin des négociations avec le partenaire privé, le CARPA doit émettre un avis de non objection à la suite de la transmission par l'autorité contractante du projet de contrat et du rapport des négociations¹¹⁹⁷.

Le fait que le CARPA exerce des fonctions de contrôle ne l'empêche pas de participer à la passation des contrats de PPP en apportant son aide à l'autorité initiatrice du projet. Il peut donc intervenir tout au long de la procédure de passation. Le décret d'application de la loi du 26 juin 2006 précise à cet égard que *«même dans le cas où l'Administration publique initiatrice du projet associe l'organisme expert au montage du dossier de faisabilité, celle-ci demeure tenue de soumettre ledit dossier à l'examen dudit*

¹¹⁹⁵ Décret n° 2008/035 du 23 janvier 2008, *op. cit.* art. 6 parag. 2.

¹¹⁹⁶ Article 16 du décret n° 2008/0115/PM du 24 janvier 2008 précisant les modalités d'application de la loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant régime général des contrats de partenariat, *op. cit.* .

La procédure de non objection instituée dans toutes les procédures des bailleurs est la transition nécessaire entre toutes les étapes d'une procédure de passation. L'avis de non objection demandée par l'autorité bénéficiant d'un prêt ou d'un don, lui permet d'obtenir l'autorisation du bailleur pour quasiment chaque pièce et chaque étape de la procédure de passation. Cet avis conditionne leur régularité. L'autorité contractante qui ne le demande pas ou passe outre, s'expose à des sanctions pouvant aller jusqu'à l'annulation du prêt ou du don et le remboursement des sommes décaissées.

¹¹⁹⁷ *Ibidem.*, art 31 parag.4

organisme». Cette précision apparaît comme la reconnaissance implicite l'incongruité de la situation¹¹⁹⁸. Mais elle prouve aussi que le CARPA est une véritable unité de PPP.

L'institutionnalisation du contrôle des contrats de la commande publique est le premier aspect des réformes étudiées. Elle est commune à tous les Etats. Elle soulève toutefois un certain nombre de difficultés entravant l'efficacité du système. Dans sa mise en œuvre, le contrôle rencontre aussi des obstacles.

§ 2. LA PERSISTANCE DES FACTEURS ENTRAVANT LA MISE EN ŒUVRE DU CONTROLE ADMINISTRATIF

Le second aspect de la réforme des contrôles administratifs est la diversification des niveaux de contrôle. Le contrôle s'exerce désormais *a priori* et *a posteriori*. Il se heurte à des obstacles qui entravent son efficacité quel que soit le niveau où il est mis en œuvre. Les facteurs qui compromettent l'efficacité des mécanismes de contrôle existent tant pour le contrôle *a priori* (A) que pour le contrôle *a posteriori* (B).

A. DES FACTEURS ENTRAVANT LE CONTROLE *A PRIORI*

Le contrôle *a priori* est celui qui est réalisé avant la conclusion du contrat sur les plans de passation, les dossiers d'appels d'offres, les rapports d'analyse des offres et sur les projets de contrats. Lorsque les Directions centrales des marchés publics exercent leur contrôle et émettent un avis négatif, leur décision ne peut trouver son fondement que dans la réglementation des marchés publics. Leur rôle est de vérifier la conformité de la procédure par rapport à la réglementation. Or leurs avis négatifs peuvent être réformés par l'organe de régulation sur la base de considérations extérieures à la réglementation. La légalité défendue par le contrôle *a priori* est ainsi substituée à l'opportunité des contrats (1). C'est le premier obstacle sur lequel bute le contrôle *a priori*. Un autre obstacle vient du

¹¹⁹⁸ *Ibidem.*, article 9 parag. 2

fait que les organes de contrôle *a priori* exercent encore de façon implicite ou explicite des compétences en matière de passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public (2). Enfin l'exercice du contrôle *a priori* rencontre un obstacle lié à une contestation de son champ d'application (3).

1. La substitution de la légalité défendue dans le contrôle *a priori* à l'opportunité des contrats

Les organes de contrôle *a priori* sont «*les gardiens*» de la réglementation et de la régularité des procédures. Mais leurs décisions fondées sur une application stricte de la réglementation, peuvent se voir opposer des solutions d'opportunité par l'Organe de recours placé au sein des organes de régulation et compétent pour connaître des différends entre l'organe central de contrôle et les autorités contractantes. Des décisions rendues par les organes de règlement des différends permettent de comprendre cette pierre d'achoppement du contrôle *a priori*.

La décision rendue par le CRD du Sénégal le 30 octobre 2013 permet d'illustrer nos propos. L'organe de règlement des différends était saisi par le COSEC d'une demande d'autorisation pour recourir à la procédure d'entente directe¹¹⁹⁹. La Direction centrale des marchés publics avait rejeté sa demande au motif que l'urgence impérieuse invoquée par le COSEC n'était pas fondée car il savait depuis longtemps qu'il lui fallait passer ce contrat. Tout en reconnaissant que «*dans le cas d'espèce, l'urgence invoquée par le COSEC ne répond pas aux conditions décrites à l'article 76.2 du Code des Marchés Publics puisque la date d'expiration du contrat était connue d'avance*», le CRD lui accorde néanmoins l'autorisation de passer le contrat par entente directe. Pour ce faire, Il fonde sa décision sur des éléments factuels tenant au fait que l'autorité contractante a essayé de passer un appel

¹¹⁹⁹ARMP Sénégal, Décision n° 327/13/ARMP/CRD du 30 octobre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la demande d'autorisation initiée par le Conseil Sénégalais des chargeurs (COSEC) pour passer un marché par entente directe avec la Société Etude GAMMA pour l'hébergement d'une application développée sous WEBDEV et avec la Société TRACK TRACE pour le suivi des cargaisons de l'embarquement au débarquement

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=715:-decision-nd-32713armpcrd-du-30-octobre-2013&Itemid=749

d'offres qui s'est révélé infructueux, que le temps restant à l'autorité contractante pour passer un nouveau contrat, à défaut de quoi elle connaîtra une interruption dans l'acquisition des prestations en question, était trop court pour boucler une procédure d'appel d'offres et qu'au vu du caractère stratégique et de l'impératif de sécurité des prestations, toute interruption pour des questions de procédure pourrait causer un lourd préjudice à l'Autorité contractante.

Le fait que le CRD puisse trancher les litiges entre l'organe de contrôle et les autorités contractantes en écartant la règle de droit pour ne prendre en considération que des éléments de fait, peut s'expliquer par son positionnement institutionnel. Le CRD n'est pas une juridiction. C'est un organe de règlement des litiges, certes, mais rattaché à un organe de régulation. Sa position institutionnelle influe sur ses décisions. Sa fonction principale est donc de rechercher l'équilibre sur le marché de la commande publique¹²⁰⁰. Dans le cas présent, il s'agit de l'équilibre entre les exigences tenant au respect de la concurrence et les exigences tenant au fonctionnement normal des services publics. Ainsi, lorsqu'il énonce comme dernier argument pour fonder sa décision que *«s'il est vrai que les marchés par entente directe doivent être réduits au strict minimum pour préserver les principes de transparence et de liberté d'accès à la commande publique, il reste cependant entendu que les procédures de passation ne doivent pas empêcher l'exécution des activités confiées aux structures de l'Etat pour le fonctionnement du service public et la satisfaction des besoins de la collectivité»*, le CRD tranche le litige conformément à sa fonction première. Il pourrait même se poser la question de savoir si le CRD en tant que régulateur accomplirait correctement son office s'il ne procédait pas de la sorte. Comme le soutient le professeur FRISON-ROCHE, en matière de régulation, la fin justifie les moyens¹²⁰¹.

Mais ces considérations ne suffisent pas à occulter la question essentielle qui est de savoir si une telle attitude ne fragilise pas le contrôle de la DMP, voire tout le dispositif

¹²⁰⁰ Marie-Anne FRISON-ROCHE, «Le droit de la régulation», *Dalloz*, 2001, p. 610-616

¹²⁰¹ *Ibidem*

d'encadrement des contrats. Il peut être considéré que tout dépend de l'ampleur, de la proportion que peuvent prendre de telles décisions.

L'analyse des décisions montre que le CRD ne tarit pas d'arguments pour écarter l'application de la réglementation au profit d'autres considérations¹²⁰². Mais il est évident

¹²⁰² Pour d'autres décisions dans lesquelles le Comité de règlement des différends a écarté la réglementation pour trancher en opportunité: ARMP Sénégal, Décision n° 215/13/ARMP/CRD du 31 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de la ville de Saint-Louis concernant la poursuite de la passation du marché de recrutement de l'assistance technique pour la réhabilitation de la place Faïdherbe et l'aménagement de l'avenue Jean Mermoz de la commune de Saint-Louis:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=597:decision-nd-21513armpcrd-du-31-juillet-2013&Itemid=625

Dans cette affaire, la ville de Saint-Louis avait lancé un avis public à manifestation d'intérêt en 2007. La décision d'attribution du marché est intervenue le 17 août 2010. Sauf que ne disposant plus des fonds nécessaires, la commune a engagé des négociations avec ses partenaires financiers pour obtenir les fonds en question. L'Agence française de développement accepte d'intégrer le projet dans son programme d'aide au développement touristique et la signature de la convention de financement entre l'AFD et l'Etat du Sénégal intervient en octobre 2012. En 2013 l'Etat signe avec la ville de Saint Louis les accords de rétrocession afin qu'elle puisse disposer du financement. Disposant enfin du financement, l'autorité contractante reprend les négociations avec l'attributaire et introduit auprès de l'organe de contrôle *a priori* une demande d'autorisation pour poursuivre la procédure. Ce dernier fait savoir qu'elle n'est pas en mesure de délivrer une telle autorisation et demande à l'Autorité contractante de saisir l'ARMP. Le Comité de règlement des litiges de l'ARMP accorde l'autorisation de poursuivre la procédure tout en écartant toutes les exigences du code des marchés publics et en se fondant sur des arguments qui à notre sens sont tous aussi contestables les uns que les autres. Elle considère d'abord qu'en rendant un avis de non objection pour approuver le montant du contrat après les dernières négociations, le bailleurs de fonds approuvait en quelque sorte la poursuite de la procédure. Rappelons que l'AFD n'a pas supervisé la procédure de passation. Ensuite, le CRD estime que le fait que les anciens soumissionnaires n'aient pas introduit de recours permet de présumer de la régularité la procédure. Rappelons que la procédure remontait à 2007, que l'offre de l'attributaire a expiré depuis, et que les négociations se sont faites sur la base d'une nouvelle offre *«tenant compte de la conjoncture économique et de nouveaux éléments de missions»* confiés à l'attributaire et qui ne figuraient pas dans l'avis à manifestation d'intérêt de 2007. Pour finir, le CRD estime que *«les règles de passation des marchés publics ne peuvent nullement constituer un obstacle à l'efficacité de l'action publique mais qu'elles doivent viser l'exécution des politiques publiques en toute transparence et équité pour le bien des populations et la sauvegarde de l'intérêt général [et que] la capitalisation de la procédure par la Commune de Saint-Louis permet, non seulement, à cette dernière de faire l'économie d'une procédure complexe et longue sans porter préjudice aux principes fondamentaux de la passation des marchés publics mais également de satisfaire les attentes des populations de Saint-Louis avec une certaine célérité»*. On peut dire que dans cette affaire, le CRD a autorisé la signature d'un marché sans procédure de passation. Pour d'autres exemples: ARMP Sénégal, Décision n° 088/14/ARMP/CRD du 02 avril 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de l'entente CADA-K-CAR en contestation de l'avis défavorable de la Direction centrale des marchés publics (DCMP) concernant la composition de sa commission des marchés et de sa cellule de passation des marchés, *op. cit.* Décision n° 273/13/ARMP/CRD du 11 septembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la demande du centre hospitalier régional El Hadj Ahmadou Sakhr Ndieguène sollicitant l'autorisation de passer par demande de renseignements et de prix une partie du marché relatif à la fourniture de bureau et de consommables informatiques attribué provisoirement à l'entreprise Keur Serigne Fallou:

que la mise à l'écart de la légalité au profit de l'opportunité doit rester dans des proportions contenues. A défaut de quoi, serait remise en question la cohérence voire, la raison d'être de la réglementation des contrats de commande publique et en passant, la mission de l'organe de contrôle *a priori*.

A côté de la substitution de l'obligation de respecter la réglementation par l'opportunité que peut représenter la conclusion de certains marchés, un autre obstacle vient remettre en cause le contrôle *a priori*. Il s'agit du fait qu'explicitement ou implicitement, les organes en charge du contrôle *a priori* viennent bafouer le principe de la séparation des organes de contrôle et de passation

2. L'exercice par les organes de contrôle *a priori* de compétences en matière de passation

Parmi les facteurs qui compromettent l'efficacité du contrôle des contrats de la commande publique, Il y a le fait que le MINMAP et les Directions des marchés publics puissent encore conserver des compétences en matière de passation. Le cas du MINMAP qui a déjà fait l'objet de développements ne sera pas abordé ici¹²⁰³. L'analyse sera limitée aux Directions des marchés publics.

Le cas de la DMP de la Côte d'Ivoire est illustratif¹²⁰⁴. L'article 43-5 du décret du 06 août 2009 portant Code des marchés publics permet à la direction des marchés publics d'être «*d'office membre*» des commissions spéciales de jugement des offres, une fois qu'elle a donné un avis favorable à la constitution d'une telle commission. Il en est de même de l'article 169.5 qui exige l'homologation par la DMP des décisions rendues par la Commission administrative de conciliation compétente pour connaître des litiges internes à

http://www.armac.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=661:decision-nd-27313armacrd-du-11-septembre-2013&Itemid=694

¹²⁰³ Cf. *Supra*, p. 569 et s.

¹²⁰⁴ Au Burkina Faso également, la Direction générale des marchés publics est représentée dans toutes les commissions d'attribution des marchés.

l'Administration au moment de la passation, de l'exécution ou, plus aberrant encore, au moment du contrôle des marchés.

De telles dispositions portent atteinte à la séparation des fonctions de contrôle et de passation. La présence des représentants des Directions des marchés au sein des commissions de passation ou des cellules de jugement des offres est justifiées par la nécessité d'apporter à l'autorité contractante un appui tant sur les questions juridiques que techniques. Mais ce besoin peut être satisfait pas l'envoi, auprès des autorités contractantes, d'observateurs indépendants. Mais les autorités ivoiriennes ne semblent pas disposées à retirer complètement aux organes de contrôle leur compétence en matière de passation. Le rapport d'évaluation de la mise en œuvre du plan de réforme des finances publiques réalisé en 2012 recommandait de mettre fin à la participation de la DMP à la passation de certains marchés. La modification du Code des marchés publics en 2014 aurait pu être l'occasion d'en finir avec ce facteur déstabilisant pour l'intégrité du contrôle. Mais cette disposition est restée inchangée. L'ANRMP a eu l'occasion de se prononcer sur l'article 43-5. Mais à aucun moment elle n'a relevé le fait que cette disposition était en porte-à-faux avec l'idée de séparation des organes et des fonctions qui doit guider la définition des compétences nécessaires la gestion des contrats de commande publique.

Plus subtiles mais aussi compromettantes pour l'intégrité du système de contrôle, car portant aussi atteinte à la séparation des organes de contrôle et de passation, sont les situations dans lesquelles la structure de contrôle *a priori* prend des décisions qui normalement doivent relever de la compétence exclusive des autorités contractantes. Le contentieux des plans de passation permet d'illustrer nos propos.

Dans la phase de préparation du marché, la définition des besoins et des modalités de l'achat appartient à l'autorité contractante. Le contrôle des plans de passation relève de la compétence de la direction des marchés publics. Mais il arrive qu'à l'issue du contrôle, cette dernière impose à l'autorité contractante la conduite à adopter pour organiser l'achat des prestations dont elle a besoin.

La décision rendue par le CRD du Sénégal suite à sa saisine par l'Agence des travaux et de gestion des routes (AGEROUTE) contestant deux avis défavorables émis par la Direction des marchés publics sur un plan de passation édifié sur cette question¹²⁰⁵. Pour rejeter le plan de passation soumis par AGEROUTE, la DCMP se fonde sur le fait qu'AGEROUTE Sénégal ne peut pas passer deux marchés relatifs, l'un à l'assurance automobile, l'autre à la couverture maladie. Elle considère que ces deux prestations doivent faire l'objet d'un marché unique qui, au besoin, pourra être alloti. L'autorité contractante soutient, quant à elle, qu'elle a toujours procédé à la passation de marchés séparés pour ces deux prestations et que les deux contrats arrivant à terme à des moments différents, elle ne peut faire autrement que de prévoir dans son plan annuel de passation le contrat qui arrivera à terme au cours de l'année budgétaire. Plus important encore, l'autorité contractante soutient que son incompréhension de la décision de la DCMP est d'autant plus grande qu'«aucune réglementation ne justifie une telle pratique». L'organe de règlement des différends se fonde alors sur les articles 6 (relatif à l'évaluation des besoins et à l'établissement des plans de passation) et 8 (relatif à l'allotissement) du décret du 11 juillet 2011 portant Code des marchés publics, pour juger qu'aucune de ces dispositions ne donne une telle compétence à la DCMP¹²⁰⁶.

¹²⁰⁵ ARMP Sénégal, Décision n° 094/13/ARMP/CRD du 24 avril 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande d'arbitrage de AGEROUTE Sénégal suite à la recommandation de la Direction centrale des marchés publics de regrouper dans un dossier d'appel d'offres unique, les appels d'offres relatifs à l'assurance du parc automobile et à la maladie groupe.

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=475:decision-nd-09413armpcrd-du-24-avril-2013&Itemid=499

¹²⁰⁶ Pour rappel, l'article 6 du Décret du 27 juillet 2011 qui était alors en vigueur stipulait que : « lors de l'établissement de leur budget, les autorités contractantes évaluent le montant total des marchés de fournitures, par catégorie de produits, des marchés de services par catégorie de services et des marchés de travaux, qu'elles envisagent de passer au cours de l'année concernée et établissent un plan de passation des marchés comprenant l'ensemble de ces marchés, suivant un modèle type fixé par l'Organe chargé de la régulation des marchés publics. Les plans de passation de marchés sont révisables. Les autorités contractantes doivent les communiquer à la Direction chargée du contrôle des marchés publics qui en assure la publication. A l'exception des marchés prévus à l'article 76.2, les marchés passés par les autorités contractantes sont inscrits dans les plans de passation des marchés, à peine de nullité».

Quant à l'article 8 du même texte, il prévoyait que : «les travaux, fournitures ou services peuvent être repartis en lots donnant lieu chacun à un marché distinct, lorsque cette division est susceptible de présenter des avantages économiques, techniques ou financiers, y compris en vue de faciliter la candidature des petites

En imposant les modalités d'achat, l'organe de contrôle *a priori* se substitue à l'organe de passation. Dans de telles circonstances, le rôle de l'organe de règlement des différends doit être de préciser la répartition des compétences entre les organes de l'administration. Or, dans cette décision à côté de l'article 6 et de l'article 8, l'organe de règlement des différends invoque pour l'essentiel des données factuelles pour justifier l'impossibilité pour l'autorité contractante de passer un marché unique¹²⁰⁷. Alors qu'il aurait pu, dès l'entame de l'analyse de la requête, poser la question de la répartition des compétences entre ces organes. Le CRD est à notre sens passé à côté d'une occasion qui lui permettait de se prononcer sur une question essentielle à la cohérence de la gestion des procédures de passation des marchés publics.

Au moment où le différend opposant AGEROUTE et la DCMP intervenait, la réglementation des marchés était basée sur le décret du 27 juillet 2011. Ce texte maintenait une certaine ambiguïté sur l'étendue des pouvoirs de la DCMP sur les plans de passation. Le décret du 22 septembre 2014 les a précisés. Mais ce texte ne reconnaît toujours pas à la DCMP le pouvoir d'imposer à l'autorité contractante les modalités de son achat. Le nouveau Code des marchés publics précise que si la DCMP «*émet des observations sur la conformité du plan, l'autorité contractante dispose d'un délai de 7 jours pour tenir compte de ces observations. Passé ce délai, la Direction chargée du contrôle des marchés publie la dernière version soumise et informe l'organe chargé de la régulation des marchés publics sur les observations faites et non prises en compte*»¹²⁰⁸. Ces nouvelles dispositions ont le mérite, tout en éclaircissant le dispositif de contrôle des plans de passation, de rester conformes aux principes de la séparation des fonctions d'organe de la passation et d'organe de contrôle.

et moyennes entreprises. Ce choix ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de soustraire les marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent décret».

¹²⁰⁷ Ex: le fait que certaines sociétés d'assurance préfèrent ne pas disposer d'un «département maladie», le fait qu'elles souhaitent assurer ce risque que s'il est accompagné d'un autre produit au vu de sa nature déficitaire etc.

¹²⁰⁸ Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.*, art. 6.

3. La contestation du champ d'application du contrôle

Assurer le contrôle à tous les niveaux pour ne laisser passer aucune irrégularité. Telle semblerait être l'idée qui anime l'organisation du contrôle *a priori*. Mais ce principe est critiqué. On lui oppose l'argument selon lequel trop de contrôle tue le contrôle. Pour nombre d'autorités contractantes le contrôle quasi général est un goulot d'étranglement qui porte atteinte à la célérité des procédures de passation. L'on est venu à souhaiter la suppression du contrôle *a priori*.

Ce débat qui est commun à tous les Etats où il est institué un organe de contrôle *a priori*, opérationnel soulève néanmoins la question de savoir si on peut véritablement sacrifier le contrôle *a priori* et donc la garantie de l'intégrité des procédures sur l'autel de la célérité.

La solution apportée par les autorités ivoiriennes à cette préoccupation des autorités contractantes a été de fixer le délai d'intervention des organes de la passation et ceux en charge du contrôle¹²⁰⁹. Tel a été principalement l'objet du décret du 27 mai

¹²⁰⁹ Il faut aussi noter qu'avant l'inscription dans le décret portant code des marchés publics des délais à respecter, la Côte d'Ivoire s'était déjà lancée dans la recherche d'une solution pour mettre un terme aux reproches faits aux procédures quant à leur lenteur. En 2011, l'ANRMP avait réalisé une étude sur 50 marchés pour évaluer les délais de passation. Suite aux conclusions de cette étude le Ministre de l'économie et des finances avait adopté l'arrêté n° 047/MEF/CAB du 22 février 2012 portant mesures d'encadrement et d'allègement des procédures de passation des marchés publics 2012. Ce texte fixait à 9 jours, le délai dont disposent les autorités contractantes pour faire parvenir à la Direction des marchés publics les plans de passation, à 7 jours, le délai entre la transmission des plans de passation et celle des dossiers d'appels d'offres. La Direction des marchés publics disposait conformément à l'arrêté en question d'un délai de 3 jours à compter de la réception du dossier d'appels d'offres pour donner son avis. En cas d'avis négatif, l'autorité contractante disposait d'un délai de 2 jours à partir de la réception de la décision de la DMP pour retourner le DAO. Les opérations d'ouverture, d'analyse et de jugement des offres étaient limitées à 07 jours etc. Ce texte est disponible sur le site du ministère de l'économie et des finances: http://www.dmp.finances.gouv.ci/pdf/ARRETE_N047.pdf (dernière consultation le 12/08/2014).

Un audit réalisé sur un échantillon 267 marchés approuvés en 2012 a permis de montrer que les autorités ne se sont pas conformées aux délais édictés dans l'arrêté. Toutefois des efforts ont été fait dans le sens de la réduction des délais permettant de faire passer la durée des procédures d'appels d'offres en moyenne de 183 jours constatés en 2011 à 169 jours. Il ressort tout de même de cet audit que le délai de validation des dossiers d'appel d'offres par la Direction des marchés publics était de 26 jours en 2012 alors que l'arrêté n° 047/MEF/CAB du 22 février 2012 portant mesures d'encadrement et d'allègement des procédures de passation des marchés publics pour cette année là, fixait ce délai à 3 jours. Voir ANRMP, *Résumé des*

2014¹²¹⁰. Pour renforcer le respect des délais, l'article 62 du Code des marchés publics pose désormais que le silence de l'organe de contrôle au delà à l'échéance du délai qui lui est imparti pour donner son avis équivaut à un rejet des dossiers de sélections et de présélection.

Au Sénégal, dès 2008, le Conseil de régulation avait par une décision n° 01/CRMP du 6 mars 2008 fixé les délais impartis à la Direction centrale des marchés publics pour examiner les dossiers qui lui sont soumis¹²¹¹. Mais la portée de cette décision a été très limitée parce que l'organe de contrôle *a priori* ne s'en tenait pas aux délais ainsi fixés¹²¹². Le Code des marchés publics adopté par le décret du 27 juillet 2011 aurait pu être l'occasion d'inscrire les délais dans un texte ayant une valeur plus importante. Mais cette démarche n'a pas été faite en 2011. Le Code de 2011 prévoyait que «*les délais impartis à la Direction chargée du Contrôle des Marchés publics pour examiner les dossiers qui lui sont soumis et rendre ses avis sont fixés par Décision de l'organe chargé de régulation des marchés publics*»¹²¹³. L'ambition de la réforme qui a conduit à l'adoption du Code de 2014 était alors comme l'expliquait le Directeur des marchés publics, d'«*alléger le contrôle a priori* » afin de «*permettre à la DCMP de se focaliser d'avantage sur sa mission d'appui-*

rapports d'audits 2013 réalisés par le Cabinet 2C & M Associés, Août 2013, 16 p. Ce rapport est disponible sur le site de l'ANRMP: www.anrmp.ci (rubrique Audits). Cet audit permet de montrer que l'encadrement des délais, même s'il n'est pas strictement suivi pas les organes de passation, participe néanmoins à la réduction de la longueur des procédures. Dans tous les cas, il est beaucoup plus salvateur, que la diminution ou la suppression de l'intervention des Directions des marchés publics dans le contrôle *a priori*.

¹²¹⁰ Décret n° 2014-306 du 27 mai 2014 modifiant le décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant Code des marchés publics, *op.cit.*

¹²¹¹ Voir le site des marchés publics du Sénégal, www.marchespublics.sn/fichiers/173973854647fb67eac5902.pdf.

Voir aussi Ely Manel FALL et Mactar Sarr NIANG, «Aperçu sur les délais dans les procédures de passation des marchés publics», *Revue des marchés publics* (Sénégal), n°14, juin 2013, pp. 26-27.

¹²¹² Le non respect par la DCMP des délais de traitement des dossiers déposés par les autorités contractantes, a donné lieu à un avis de l'ARMP, saisi par la caisse des dépôts et des consignations. ARMP du Sénégal, Avis n° 009/ARMP/CRD du 16 juillet 2009 du CRD statuant en Commission litiges sur la demande d'avis de la Caisse de dépôts et de consignations portant sur le non respect par la Direction centrale des marchés publics des délais de traitement des dossiers impartis par la décision n° 01/CRMP du 06 mars 2008 prise en application des articles 138 et 139 du code des marchés publics, http://www.armp.sn/spip/IMG/pdf/Avis_No_009_-_CDC_c_DCMP.pdf

¹²¹³ Décret n° 2011-1048 du 27 juillet 2011, article 141.

conseil, de formation, et de renforcement des capacités des acteurs de la commande publique»¹²¹⁴.

A côté de l'aménagement des délais du contrôle, les autorités sénégalaises ont également cédé sur le champ d'application du contrôle *a priori*. Cela s'est traduit notamment par la suppression de certains contrôles: les dossiers d'appels d'offres des marchés passés par entente ne sont plus transmis à la DCMP. Le relèvement des seuils de contrôle, le transfert de certains contrôles aux cellules de passation traduisent également la limitation du champ de compétence de l'organe de contrôle *a priori*.

Mais les autorités se refusent toujours à fixer les délais impartis à la DCMP pour examiner les dossiers, préférant laisser cette mission à l'ARMP. Par contre, contrairement à ce qui est prévu par la législation ivoirienne, le Code sénégalais de 2011 comme celui de 2014, considère qu'*«en l'absence d'une réponse dans le délai imparti, l'avis de la Direction chargée du contrôle des marchés publics est réputé favorable et la procédure de passation du marché peut se poursuivre»*. Une telle mesure constitue l'expression d'un choix: celui de privilégier la célérité et la consommation des crédits au détriment de l'orthodoxie.

Le contrôle est une nécessité dans un système de gestion des marchés publics. Le droit de la commande publique ne peut exister sans mécanismes de contrôle. Certains Etats améliorent leur mécanisme de contrôle, alors qu'au Sénégal, le repli de la DCMP sur sa mission d'appui conseil et la limitation de l'étendue du contrôle constitue clairement une voie opposée.

A côté du contrôle *a priori*, le contrôle *a posteriori* connaît aussi un renouveau. Mais à l'image du premier, il doit faire face à des obstacles qui entravent son fonctionnement.

¹²¹⁴ Ibrahima GUEYE, Entretien dans la *Revue des marchés publics*, n° 17, avril 2014, p. 21.

B. DES OBSTACLES ENTRAVANT LE CONTROLE *A POSTERIORI*

Le contrôle *a posteriori* est celui qui intervient après la passation et l'exécution des marchés publics et des délégations de service public. Au Sénégal et au Burkina Faso, il est réalisé par l'ARMP sur les marchés publics exécutés et les délégations de service public arrivés à terme. En Côte d'Ivoire, il apparaît que le contrôle *a posteriori* est une compétence partagée car si la DCMP est compétente pour assurer le contrôle *a posteriori* des procédures de passation¹²¹⁵, il revient à l'Autorité nationale de régulation des marchés publics de conduire les audits sur les marchés publics¹²¹⁶ et d'assurer le suivi de la mise en œuvre des résultats des audits¹²¹⁷. Au Cameroun, le contrôle *a posteriori* est une compétence partagée entre le MINMAP et l'ARMP. Le second recrute les auditeurs indépendants alors que le premier reçoit les résultats des audits et détermine les suites à leur donner.

Un premier obstacle à l'efficacité du dispositif relatif au contrôle *a posteriori* est lié à l'insuffisance des moyens de contrôle. Ces moyens sont notamment matériels. Il peut aussi être noté que plusieurs rapports d'audit ou d'analyse sur le système de gestion des marchés publics au Cameroun établissent l'existence d'entraves au contrôle des observateurs indépendants ainsi qu'au contrôle externe *a posteriori* réalisé par l'auditeur indépendant. Le CPAR réalisé par la Banque mondiale en 2006 pointait du doigt le manque de moyens matériels permettant la bonne tenue du contrôle. Il s'agissait plus précisément du manque de méthode d'archivage et de documentation pouvant servir de base au contrôle *a posteriori*¹²¹⁸. Alors que dans le rapport final de l'audit *a posteriori* de l'année 2006, l'auditeur note parmi les recommandations en direction du régulateur, l'assainissement de la situation financière de l'ARMP «*au regard de son incapacité à faire face au paiement des prestations des observateurs indépendants et des auditeurs*

¹²¹⁵ Décret n° 2009-259 du 06 août 2009, *op. cit.* article 162,

¹²¹⁶ *Ibidem.* article 15.

¹²¹⁷ *Ibidem.* article 164.

¹²¹⁸ BANQUE MONDIALE, Operational Quality and Knowledge Services, *Rapport analytique du système de passation des marchés publics (CPAR) au Cameroun*, *op. cit.* p. XII.

indépendants»¹²¹⁹. Il est évident que sans les moyens adéquats, le contrôle des auditeurs et observateurs indépendants ne peut être d'aucun apport au système de gestion des marchés publics.

Le manque de moyens pour la réalisation des audits n'est pas propre au Cameroun. Dans son rapport d'activités pour les années 2010 et 2011, l'ANRMP de la Côte d'Ivoire justifiait l'absence d'audits réalisés par le Cellule audits indépendants par la crise post électorale certes mais aussi par le «*manque de financement pour une telle opération*». Dans le rapport d'activités pour l'année 2012, l'Autorité de régulation déclare qu'elle «*n'a pas réalisé d'audits de passation de marchés publics pour des raisons de financement*». Ainsi, les premiers audits réels du système de gestion des marchés et des DSP n'ont pu avoir lieu que quatre années après l'adoption du Code des marchés public et deux années après l'opérationnalisation de l'ANRMP. De même, l'Autorité de régulation de marchés publics du Burkina Faso évoque dans son rapport annuel 2010, les contraintes budgétaires qui ont conduit à restreindre le nombre d'autorités contractantes et donc le nombre de marchés ayant été audités en 2008 et 2009¹²²⁰. Concernant les marchés passés en 2010 et 2011, on peut lire dans le rapport d'activités de l'ARMP pour l'année 2012 publié en mai 2013 que : «*des actions sont en cours en vue de la recherche de financements auprès du Ministère de l'économie et des finances et de la Banque Mondiale pour la réalisation de l'audit des marchés passés, au titre des exercices 2010-2011, par les structures centrales, déconcentrées et décentralisées*».

Sans les moyens financiers adéquats, le contrôle *a posteriori* des contrats de la commande publique devient une fonction purement théorique. L'autonomisation financière des organes de régulation devient ainsi plus que nécessaire car il y va de l'effectivité même des réformes. L'on dira pour reprendre Franz FIEDLER, que quelles que soient les bonnes intentions des dispositions juridiques relatives aux compétences des organes de contrôle,

¹²¹⁹ Cabinet Associés Audit Conseil (2AC), *Audit a posteriori des marchés publics – Exercice 2006, Rapport final*, p.16 pt. 4

¹²²⁰ Autorité de régulation des marchés publics, Rapports d'activités 2010, p. 30. Rapport disponible sur le site de l'ARMP: www.armp.bf.

leur efficacité sera sapée si un manque chronique de moyens financiers les empêche d'exercer leurs fonctions de contrôle¹²²¹.

Le second problème que rencontre le contrôle *a posteriori* a trait aux suites données aux rapports d'audits. De quelles armes disposent les organes de régulation à l'encontre des autorités contractantes ayant contrevenu à la réglementation des contrats de la commande publique? En l'état actuel des textes, les résultats des audits ne peuvent donner lieu à aucune sanction de la part des organes de régulation.

La réglementation des marchés publics au Sénégal distingue les infractions des actes relevant d'une mauvaise application de la réglementation sans intention d'y contrevenir pour se procurer un avantage quelconque. Pour ces derniers, l'organe de régulation rend compte à l'autorité contractante concernée, au Ministre du secteur concerné et au Ministre chargé des Finances des anomalies relevées par les auditeurs. En même temps, il propose à l'autorité contractante des moyens d'améliorer sa gestion des contrats.

Par contre, lorsque les audits révèlent des infractions présumées à la loi pénale commises par l'autorité contractante l'organe de régulation peut saisir le procureur de la République. En cas de faute de gestion présumée, la Cour des comptes peut être saisie. Les autorités communautaires peuvent également être saisies en cas d'infraction présumée relevant de leur compétence (Ex: cas où l'autorité contractante a participé à mettre en situation de position dominante une entreprise ou bien l'y a conforté).

Ces options sont globalement celles qui s'offrent aux organes de régulation du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire¹²²². Au Cameroun, le MINMAP peut saisir le juge

¹²²¹ Cet auteur dit à propos des Institutions supérieures de contrôle que : «quelles que soient les bonnes intentions des dispositions juridiques relatives aux compétences et à l'indépendance de l'ISC, leur efficacité sera sapée si un manque chronique de moyens financiers empêche l'ISC d'exercer correctement ses fonctions de contrôle», Franz FIEDLER, «L'indépendance des institutions supérieures de contrôle des finances publiques», *Revue internationale de la vérification des comptes publiques*, n° spécial, INTOSAI: 50 ans (1953-2003), 2004, p. 124.

pénal ou le juge des comptes. Mais le constat est là, la publication des rapports d'audit est très rarement suivi de sanctions à l'encontre des autorités contractantes ou des maîtres d'ouvrage.

Une dernière question que pose le contrôle *a posteriori* est celle de son adaptation aux conventions de délégation de service public. La soumission des délégations de service public aux principes de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement a entraîné l'extension du formalisme qui entoure les marchés publics à ces contrats. Il en résulte de facto la soumission des DSP au contrôle *a priori*, mais aussi au contrôle *a posteriori*. Au regard du montage contractuel et de la durée de la DSP peut-on la soumettre aux mêmes mécanismes de contrôle que les marchés publics. Les mécanismes d'évaluation et d'audit périodique prévus par la réglementation des contrats de partenariat semblent être, le mieux, adaptés pour assurer le contrôle des conventions de délégation de service public.

Les obstacles qui entravent l'efficacité et l'intégrité du contrôle proviennent souvent de la pratique: difficultés des acteurs à s'approprier une réglementation parfois complexe, souvent couteuse. Mais ces obstacles sont aussi le fait d'une réglementation qui ne va pas jusqu'au bout de sa logique dans la séparation des organes de passation et de contrôle. La correction de ces lacunes peut, à défaut de parfaire les mécanismes du contrôle administratif, apporter une amélioration salubre aux régimes des contrats de la commande publique.

La mise en place des organes de régulation participe aussi au renforcement de l'efficacité du droit de la commande publique. Néanmoins, les systèmes de régulation, véritables innovations dans le champ de la commande publique comportent aussi des limites qui les affaiblissent.

¹²²² Notons qu'au Sénégal le décret n° 2009-510 du 29 mai 2009, a créé au sein de l'ARMP une cellule d'enquête. Dotée de compétences très larges pour mener sur instruction du Directeur général de l'ARMP après décision du Conseil de régulation ou de CRD des investigations très poussées pour établir la vérité sur des infractions présumées. Mais les suites données aux rapports de la cellule d'enquête sont les mêmes que ceux données aux rapports des auditeurs indépendants.

SECTION II. LA REGULATION DANS LE DOMAINE DE LA COMMANDE PUBLIQUE: UNE INNOVATION PERFECTIBLE

Jusqu'ici, la régulation a beaucoup été invoquée sans que son sens n'ait été déterminé. La polysémie est la caractéristique première de la notion de régulation. Les nombreux écrits sur le sujet permettent d'en attester¹²²³.

Dans un sens commun, réguler, c'est maintenir en équilibre, prévenir et corriger les écarts dommageables d'un système¹²²⁴. Néanmoins, selon une typologie qui recueille un consensus, il est possible de distinguer trois définitions plus concises¹²²⁵.

La première est celle qui conçoit la régulation comme étant «*la fonction des autorités administratives indépendantes*»¹²²⁶. Dans une seconde acception, la régulation

¹²²³ Dossier «La régulation, Nouveaux modes? Nouveaux territoires?», *RFAP*, n°109, 2004/1, Claude HENRY, Michel MATHEU et Alain JEUNEMAÎTRE, *Réguler les services publics en réseaux: l'expérience européenne*, Paris, La Documentation française, 2003, 308 p. Gérard MARCOU, «La notion juridique de régulation», *AJDA* 2006, pp. 347-353. Jean Louis AUTIN, «Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public», in Michel MIAILLE (sous la dir. de), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 43-56. Laurence CALANDRI, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Tome 259, 2009, p. 80 et s. Arnaud SEE, *La régulation du marché en droit administratif. Etude critique*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Strasbourg, 2010, 794 p.

¹²²⁴ Voir en ce sens Mansour DIOP «L'évolution des marchés publics au Sénégal, repères historiques et faits marquants», *Revue des marchés publics du Sénégal*, n°1, 2010, pp. 6 -7. Cette idée d'équilibre comme objet de la régulation est consacrée tant par la doctrine institutionnelle que par la doctrine universitaire. Dans le rapport public du Conseil d'Etat français de 1983 la régulation est définie comme étant «*une tâche qui consiste à assurer, entre les droits et les obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi*»: François GAZIER et Yves CANNAC, «Les autorités administratives indépendantes», in Conseil d'Etat, *Rapport public, Etudes et documents* 1983-1984, n° 35, p. 20. Le professeur FRISON-ROCHE considère quant à elle que le droit de la régulation est la branche du droit qui «*regroupe l'ensemble des règles affectées à la régulation de secteurs qui ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux même (...). C'est alors le droit qui prend en charge la construction, la surveillance et le maintien de force de ces grands équilibres*»: Marie-Anne FRISON-ROCHE, «Le droit de la régulation», *op. cit.*

¹²²⁵ Romain RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation: recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 24 et s.

¹²²⁶ Bien qu'étant considérée comme dépassée, cette conception de la régulation reste utile à notre travail car comme nous le verrons, dans les réformes étudiées, la fonction de régulation est destinée à être assurée par des AAI. Cette idée est confortée par le fait que dans les Etats où le choix de l'AAI n'a pas été fait, sont mis à la place, des organes que l'on tente d'assimiler à des AAI. Ce qui amène à penser que si la régulation ne se confond pas avec une institution déterminée, l'institution chargée d'assurer une mission de régulation doit disposer de garanties statutaires et de pouvoirs qui, dans l'organisation administrative, constituent l'apanage

est considérée comme «une nouvelle forme de normativité», «une normativité dialoguée»¹²²⁷. La troisième définition de la régulation est celle qui la considère comme «une fonction à vocation économique»¹²²⁸

des AAI. Voir Catherine TEITGEN-COLLY «Les autorités administratives indépendantes, Histoire d'une institution», in Claude-Albert COLLIARD et Gérard TIMSIT (sous la dir. de) *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, pp. 21-73. Pour cet auteur, les autorités administratives indépendantes sont «des organismes publics (...) qui sont conçus comme n'étant ni subordonnés au pouvoir exécutif, ni des prolongements du pouvoir législatif ou judiciaires et qui sont dotés de pouvoirs leur permettant d'exercer de façon autonome, une mission de régulation sectorielle», p.24. Aussi, Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, Thèse, Bordeaux IV, 2008, 930 p. Pour cet auteur, «l'existence d'une autorité indépendante est un indice de la régulation», p. 33. Dans le même sens, Jean-Louis AUTIN, «Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation», *RDP*, 1988, pp.1213-1227. Jacques CHEVALLIER, «Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes», *JCP G*, 1986, n° 3254.

¹²²⁷ Laurence BOY, «Régulation et sécurité juridique», in Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE, Fabrice SIIRIAINEN (sous la coord. de), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 335-353. Voir aussi Thomas PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2013, p. 540. Selon le professeur Gérard TIMSIT, la régulation correspond au passage d'un droit abstrait, général et désincarné (...) à un droit concret et ancré dans la réalité la plus physique et la plus sensible de la société». Gérard TIMSIT, «Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation», *RFAP*, 1996, n° 78, pp. 375-394 Voir aussi Gérard TIMSIT, «Archipel de la norme», Paris, PUF, 1997, p. 145-231. Gérard TIMSIT, «La régulation, la notion et le phénomène», in *La régulation, Nouveaux modes? Nouveaux territoires?* *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 5-12. Mahmoud Mohamed SALAH, «Les transformations de l'ordre public économique, vers un ordre public régulateur?», in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, pp. 261-289.

¹²²⁸ Romain RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation: recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, op. cit. p. 27 et s. Suivant cette conception, la régulation est étroitement liée à l'ouverture de certains secteurs à la concurrence. Elle caractérise les nouveaux rapports entre la puissance publique et le marché: Gérard MARCOU, «Régulation, service public et intégration européenne en France», op. cit., p. 33. Partant de là, certains auteurs voient en la régulation une fonction exclusivement économique. En ce sens, le Professeur GAUDEMET considère que la régulation est «une police économique justifiée par un objectif explicite, l'ouverture à la concurrence et le maintien de celle-ci»: Yves GAUDEMET, «La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction», *RFAP*, n° 109, 2004, p. 14. Bertrand du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2004, 601 p. Selon cet auteur, la régulation économique est «l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre optimal qui serait requis par le marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre», p. 483). D'autres auteurs la considèrent comme fonction économique que vise à concilier des exigences économique et non économique. C'est le cas du Professeur FRISON-ROCHE selon qui la régulation vise à maintenir l'équilibre sur un marché entre des éléments contraires dont le premier est toujours la concurrence Marie-Anne FRISON-ROCHE, «Le droit de la régulation», op. cit. Voir aussi, Jean-Yves CHEROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, 1032 p. Claude CHAMPAUD, «Régulation et droit économique», *RIDE*, 2002/1, pp.23-66 Enfin, d'autres auteurs estiment que la régulation comme fonction économique, est une «mission générale de l'Etat vis à vis de l'économie» Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2010, p.11. Voir aussi Guylain CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, 2006, 1044 p.

Partant de ces trois définitions, la régulation dans le domaine de la commande publique peut être considérée comme est une fonction attribuée à un organe doté d'une certaine indépendance, à défaut d'être en dehors de la hiérarchie administrative, dont le rôle est de garantir l'équilibre sur le marché de la commande publique entre la protection des deniers publics et du service public d'une part et la libre concurrence d'autre part, en recourant à des normes impératives ou non impératives susceptibles d'être élaborées avec leurs destinataires.

La création d'organes de régulation intervenant dans le champ de la commande publique fait partie des innovations les plus marquantes des réformes intervenues dans ce domaine en Afrique noire francophone¹²²⁹.

Dans les analyses qui suivent, sera démontré dans un premier temps que cette fonction dans le champ des contrats de la commande publique est novatrice (§I). Ce qui n'empêchera pas de souligner ceux de ses aspects pouvant être améliorés. Dans un second temps, l'analyse montrera que pour la pérennité de la fonction de régulation, les garanties d'indépendance du régulateur doivent être renforcées (§ II).

§ 1. UNE FONCTION NOVATRICE

¹²²⁹ Dans l'espace UEMOA, l'institution d'une autorité de régulation des marchés publics, des délégations de service public et des contrats de partenariat public-privé résulte sans nul doute de la transposition en droit interne des exigences communautaires figurant dans la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public. Et pour reprendre les analyses du professeur Babacar GUEYE, nous pouvons dire que l'adoption par le législateur communautaire d'un tel mécanisme est à son tour inspiré d'une part par le mouvement global de promotion de la bonne gouvernance. D'autre part, l'institution de la régulation est aussi l'expression de la prise en compte d'une demande des citoyens exigeant la création d'institutions qui marquent la fin de la gestion centralisée des affaires publiques, qui promeuvent la participation des différentes composantes de l'Etat (administrations, citoyen, secteur privé) et qui recherchent des solutions consensuelles pour gérer les affaires de la cité. Babacar GUEYE, «Nouveau Code des marchés publics - Entre réponse aux attentes de la société civile et prise en compte des influences communautaires» (première partie), *op. cit.*, p. 24. Voir aussi, Christine DJE BI DJE, *Droit des marchés publics en Côte d'Ivoire*, *op. cit.* p. 20. Aussi, Mansour DIOP («L'évolution des marchés publics au Sénégal, repères historiques et faits marquants», *op. cit.*) selon qui les autorités de régulation des marchés publics répondent à «une nécessité socio-politique».

De par leurs missions, les organes chargés de la régulation des contrats de la commande publique se présentent comme étant des structures inédites dans l'architecture des organes de gestion des contrats administratifs. Une distinction doit cependant être faite entre les organes de régulation des marchés publics et des délégations de service public (A) et ceux en charge de la régulation des contrats de partenariat public-privé. En ce qui concerne ces derniers, il existe en leur sein une confusion des compétences qui ôte toute lisibilité à leur fonction (B)

A. LES MISSIONS DES ORGANES DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Il existe chez les organes de régulation une spécificité fonctionnelle déjà soulignée¹²³⁰ et à laquelle n'échappent pas les organes de régulation dans le domaine des marchés publics et des délégations de service public. Elle consiste dans le fait que le régulateur recourt à divers instruments d'intervention, le conduisant à empiéter sur ou à participer à des fonctions dévolues à d'autres organes dans l'Etat.

Il apparaît ainsi que la fonction de régulation apparue dans le champ des contrats de la commande publique peut conduire les organes qui en ont la charge à participer au pouvoir législatif et réglementaire (1) et à mettre en œuvre un pouvoir de sanction (2)¹²³¹. A côté de ces techniques de régulation pouvant être qualifiées de méthodes dures, une régulation complète exige aussi le recours à des méthodes plus douces. Ainsi, les organes de régulation étudiés sont également dotés de compétences en matière d'information et de formation (3).

¹²³⁰ Quentin EPRON, «Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs», *RFDA*, 2011, n° 5, pp.1001-1018. Voir dans le même sens Médé NICAISE, «La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2007, XXIII, pp. 45-66

¹²³¹ C'est le pouvoir de sanction, additionné au pouvoir de règlement des différends qui fait dire que les organes de régulation empiètent dans le champ de compétence des juges.

1. La participation des organes de régulation à l'élaboration des lois et règlements régissant les contrats de la commande publique

L'article 5 de la directive n° 05/2005 du 9 décembre 2005 de l'UEMOA, compte parmi les mécanismes de régulation, la définition des politiques en matière de marchés publics. La mise en œuvre de ce mécanisme de régulation a conduit à la reconnaissance au profit des organes de régulation du Sénégal, du Burkina Faso et en Côte d'Ivoire d'une compétence de participation au pouvoir réglementaire, voire au pouvoir législatif. Elle apparaît suivant deux modalités. La première est que les organes de régulation sont chargés, après avoir décelé des lacunes dans le système de gestion des marchés publics et des DSP, de proposer sous forme d'avis, de recommandations, de propositions, des mesures relevant tant du domaine de la loi que de celui du règlement pour les corriger¹²³². Les organes de régulation peuvent également être saisis afin de valider tout projet de texte législatif ou réglementaire relatif aux marchés publics et aux conventions de DSP.

A côté de ce pouvoir de proposition, les régulateurs dans ces trois Etats participent au pouvoir réglementaire en adoptant des textes d'application des lois et règlements adoptés. Ils adoptent aussi des documents standards type pour assurer la conformité et l'harmonisation des pratiques. L'article 2 du décret 2007 portant organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics au Sénégal dispose à cet égard que l'organe de régulation est aussi chargé *«d'initier la rédaction et de valider en collaboration avec l'entité centrale chargée du contrôle des marchés publics et des délégations de service public, les ministères techniques compétents et les organisations professionnelles et la société civile, les textes d'application relatifs à la réglementation des marchés publics et des délégations de service public, notamment, les documents-types et*

¹²³² Article 2 parag. 3. 8, Décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics au Sénégal, *J.O.*, du 2 juin 2007, pp. 2938-2947. Article 2, décret n° 2009-849/PRED/PM/MEF du 24 décembre 2009 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics au Burkina Faso, *J.O* n° 4 du 28 janvier 2010 (Actuel article 3 Décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique *J.O* n° 40 du 02 octobre 2014). Article 4, Décret n° 2009-260 du 6 août 2009 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics en Côte d'Ivoire, *J.O.* n° 50 du 10 décembre 2009 pp. 780-785 (modifié par le Décret n° 2013-308 du 8 mai 2013, *J.O.* n° 31 du jeudi 01 août 2013).

les manuels de procédures». Cette compétence est mise en œuvre par le conseil de régulation sur proposition de la Direction Générale de l'Autorité de régulation¹²³³.

Dans le même sens, le décret portant organisation et fonctionnement de l'ANRMP en Côte d'Ivoire confie à la Cellule études et définition des politiques¹²³⁴ la mission d' «initier la rédaction et de valider en collaboration avec la Direction Centrale des marchés et les ministères techniques compétents, les textes d'application relatifs à la réglementation des MP et des conventions de DSP, notamment les documents types et les manuels de procédures»¹²³⁵.

Enfin, au sein de l'Autorité de régulation des marchés publics du Burkina Faso, c'est dans les compétences du Conseil de régulation que rentre l'adoption ou la validation avant transmission aux autorités contractantes des manuels de procédures, des outils techniques de passation et d'exécution tels que les documents types, les normes et spécifications techniques etc.¹²³⁶.

Les organes de régulation disposent aussi d'un pouvoir d'interprétation de la réglementation qui se manifeste à travers les avis qu'ils rendent pour préciser le sens des dispositions souvent réglementaires régissant les marchés publics et les délégations de service public. Ce travail doit être pour eux l'occasion de développer une interprétation uniforme du droit de la commande publique. Mais les interprétations divergentes de l'article 52 du Code des marchés publics du Sénégal¹²³⁷ montrent que l'opportunité n'est pas toujours saisie.

¹²³³ Décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics au Sénégal, *op. cit.*, article 5 parag. 5.

¹²³⁴ Cette cellule est composée de trois membres représentant l'administration, le secteur privé et la société civile. La présidence de la cellule études et définitions est assurée par le vice président de l'ANRMP (article 13 Décret n° 2009-260 du 6 août 2009 relatif à l'ANRMP).

¹²³⁵ *Ibidem.*, article 14 parag. 4.

¹²³⁶ Article 6 Décret n° 2009-849/PRES/PM/MEF, *op. cit.* (actuel article 10, Décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique, *op. cit.*)

¹²³⁷ Cf *Supra*, . p. 458 et s.

Les textes reconnaissent aux organes de régulation du Sénégal, du Burkina Faso et du Cameroun, les compétences nécessaires pour participer à l'édiction de la réglementation des marchés publics et des conventions de DSP. Les organes de régulation partageraient ainsi avec le gouvernement, *«un pouvoir législatif secondaire»*¹²³⁸. Est-ce le cas pour l'Agence de régulation des marchés publics au Cameroun?

Contrairement au décret du 23 février 2001 portant création, organisation et fonctionnement de l'Agence de Régulation des Marchés Publics, celui du 8 mars 2010 qui le modifie marque un pas vers la reconnaissance au profit de l'organe de régulation, de compétences pour participer à l'exercice du pouvoir réglementaire. Il est vrai que dans sa première version le texte instituant l'organe de régulation ne lui reconnaissait que des compétences pour concevoir et diffuser des documents types d'une part et d'autre part, pour *«proposer au gouvernement et aux maîtres d'ouvrage toute mesure tendant à améliorer le système de passation, d'exécution et de contrôle des marchés publics»*. Aucune de ces deux attributions n'était à même de faire participer l'ARMP au pouvoir réglementaire. Ce qui a d'ailleurs conduit à s'interroger sur la réalité de sa mission de régulateur¹²³⁹. Au mieux, il était vu comme étant un *«organe consultatif»*, *«l'expert technique de l'administration dans la domaine des marchés publics»*¹²⁴⁰.

Mais avec la réforme de ses statuts, l'organe de régulation en plus de son pouvoir consultatif qu'il met en œuvre lorsqu'il est sollicité par le MINMAP ou par des maîtres d'ouvrage, est désormais compétent pour *«proposer des réformes dans le cadre des marchés publics et des délégations des services publics, participer à l'élaboration des textes en matière de régulation des marchés publics et de délégation des services publics, concevoir et diffuser des documents types auprès des acteurs du système de passation des marchés publics»*. Il apparaît donc clairement qu'à travers son pouvoir de

¹²³⁸ Paul SABOURIN, «Les autorités administratives indépendantes dans l'État», Claude-Albert COLLIARD et Gérard TIMSIT (sous la dir. de), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988. p. 103.

¹²³⁹ Emmanuel. G. Beyegue BOULOUMEGUE, *op cit*, p. 259

¹²⁴⁰ *Ibidem*.

recommandation, l'organe de régulation des marchés publics est associé, par le texte qui l'institue, à l'exercice du pouvoir réglementaire, voire même du pouvoir législatif.

L'affirmation d'un pouvoir de définition des politiques publiques à travers les recommandations et propositions que peuvent faire les organes de régulation pour améliorer la réglementation est suivie de très peu d'effet dans la pratique. La faute très certainement à une certaine défiance à l'égard des organes de gouvernance économique que sont les régulateurs. Les régulateurs sur le marché de la commande publique participent de façon très modérée à l'édiction de la réglementation.

Et pourtant, pour qu'il puisse se développer un véritable droit de la commande publique, il serait utile de leur conférer des outils opérationnels leur permettant de garantir l'équilibre entre la concurrence et la protection des deniers publics et au delà, de l'intérêt général. La technicité de leur mission et le fait que celle-ci ne soit pas générale, qu'elle soit limitée à un domaine précis justifie à notre sens qu'ils puissent participer à l'édiction de la réglementation applicable sur ce marché. Cela doit aussi justifier qu'il leur soit reconnu un pouvoir autonome d'édiction de mesures dont le non respect soulève l'application de sanctions adéquates sans qu'on puisse y voir *«une offense au schéma ordinaire de démocratie représentative»*¹²⁴¹.

Bien qu'il ait encore des progrès à réaliser pour parvenir à l'effectivité de la participation des organes de régulation à l'édiction de la réglementation des marchés publics que ce soit de façon autonome ou en support aux autorités réglementaires, la création d'organes de régulation dotée d'une telle fonction est une avancée importante. La reconnaissance à leur profit d'un pouvoir de sanction l'est tout autant.

2. Le pouvoir de sanction des autorités de régulation

¹²⁴¹ Jean-Bernard AUBY, «Les autorités administratives indépendantes: une rationalisation impossible?, Remarques terminales», *RFDA*, 2010, n° 5, pp. 931-933.

Dans un sens strict, la sanction est une peine, une punition infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction¹²⁴². Dans un sens plus général, la sanction est tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation. Au regard de ces définitions, il apparaît que les organes de régulation dont il est question dans notre étude ne disposent pas tous d'un pouvoir de sanction ayant la même intensité¹²⁴³.

Il faut d'emblée préciser que même pour ceux d'entre eux qui détiennent un tel pouvoir, ils ne peuvent l'utiliser qu'à l'encontre des soumissionnaires ou des titulaires. Les organes de régulation ne peuvent pas sanctionner les acteurs publics de la commande publique qui corrélativement ne peuvent répondre de leur faute devant les organes de régulation. Les infractions qu'ils commettent à l'encontre de la réglementation des contrats de commande publique sont traités devant les juridictions des comptes,¹²⁴⁴ les juridictions pénales¹²⁴⁵ ou devant leur instances disciplinaires.

La portée du pouvoir de sanction diffère que l'on prenne en compte des organes de régulation au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire ou que l'on prenne en compte celui du Cameroun. Alors que les premiers disposent d'un pouvoir répressif sur les soumissionnaires et les titulaires (b), le second ne dispose pas d'un tel pouvoir. La portée de son pouvoir de sanction est beaucoup plus limitée (a).

¹²⁴² Gérard CORNU, et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, op. cit. p. 941.

¹²⁴³ Sur le pouvoir de sanction des autorités de régulation, voir notamment: Stéphane BRACONNIER, «Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique?», *RDP*, n° 2, 2014, pp. 261-275. Jose LEFEBURE, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, Thèse de doctorat, Université d'Amiens, 1997, 546 p. Claudia JIMENEZ BERGON, *Les pouvoirs préventifs et répressifs des autorités administratives indépendantes françaises et des superintendances colombienne*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris 2, 1999, 581 p. Jean François BRISSON, «Les pouvoirs de sanction des autorités et régulation et l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme», *AJDA*, 1999, n°11, pp. 847-859. Renaud SALOMON «Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière. Conformité aux garanties fondamentales», *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 1, 2001, pp. 40-47.

¹²⁴⁴ René Pascal DIOUF, «Marchés publics, Comment sanctionner les fautes de gestion?», *Revue des marchés publics du Sénégal*, n° 3, 2011, pp. 28-31

¹²⁴⁵ Florence GALLETI, *Le Juge pénal, nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus? une manifestation d'un droit administratif en mutation*, Paris, l'Harmattan, 2000, 175 p. Malick LAMOTTE, «L'étude des infractions des marchés publics», *Revue des marchés publics du Sénégal*, n°14, juin 2013, pp. 11-19.

a. La portée limitée du pouvoir de sanction de l'Agence de régulation des marchés publics du Cameroun

Selon L'article 3 du décret du 23 février 2001 relatif à l'ARMP, l'agence de régulation a pour mission de «procéder à la régulation des activités des marchés publics à travers soit des actes de sanction des procédures, soit des actes à caractère didactique». Cette disposition est au moins claire sur un point: l'ARMP n'exerce pas de sanction sur les personnes. La question est alors de savoir ce que ces rédacteurs entendent par «sanctions sur les procédures» et surtout, impliquent-elles la possibilité pour l'ARMP d'annuler une procédure non conforme ou d'imposer la reprise d'une telle procédure?

Dans le chapitre du Code des marchés publics relatifs aux *«Sanctions aux atteintes à la réglementation»*, il est reconnu à l'organe de régulation la possibilité de prendre des mesures appelées «actes de régulation»¹²⁴⁶ lorsqu'elle relève des cas d'application non conforme de la réglementation. L'acte de régulation pourrait être défini comme *«une invitation adressée à ses destinataires, publics ou privés, en vue de l'adoption d'un modèle comportemental défini par son auteur qui ne lie juridiquement aucun des ses participants»*¹²⁴⁷.

Au sens du Code des marchés publics, les actes de régulation sont des mesures adressées aux maîtres d'ouvrage. Ils peuvent contenir des rectificatifs concernant les avis d'appel d'offres et les communiqués d'attribution. Il peut aussi leur être demandé, à travers

¹²⁴⁶ Ces actes de régulation consistent à des demandes adressées aux maîtres d'ouvrage pour rectifier des avis d'appel d'offres et des communiqués d'attribution, pour respecter les procédures et délais réglementaires, les seuils de compétence des commissions des marchés publics, pour prévenir les fractionnements des marchés publics, pour transmettre les documents des marchés publics, prendre en compte des avis techniques des instances de passation et de contrôle des marchés publics, utiliser les documents standards des marchés publics. Les actes de régulation peuvent également porter sur l'exécution des missions de l'Observateur Indépendant ou la prise des mesures conservatoires, en cas de procédure supposée irrégulière, en attendant l'aboutissement des investigations nécessaires et la décision de l'autorité chargée des marchés publics (article 110 du décret du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics)

¹²⁴⁷ Laurence CALANDRI, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit. p. 293.

ces actes de respecter les procédures, les délais réglementaires et les seuils de compétence des commissions des marchés publics, de transmettre les documents des marchés publics, de prendre en compte des avis techniques des instances de passation et de contrôle des marchés publics, d'utiliser les documents standards des marchés publics. Les actes de régulation peuvent également porter sur la prévention des fractionnements, sur l'exécution des missions de l'observateur indépendant ou la prise des mesures conservatoires, en cas de procédure supposée irrégulière, en attendant l'aboutissement des investigations nécessaires et la décision de l'autorité chargée des marchés publics. Les actes de régulations ne visent donc que les procédures¹²⁴⁸.

Le troisième alinéa de cet article 110 dispose que «*les actes de régulation (...) doivent être pris en compte par leurs destinataires*». Donc les actes de régulation lient leurs destinataires. Ils constituent des moyens destinés à assurer le respect et l'exécution des obligations découlant de la réglementation des marchés publics.

Pour autant, les textes ne reconnaissent à l'ARMP aucun moyen d'action en cas de non respect des mesures édictées à travers les actes de régulation. Seul le MINMAP peut annuler une procédure. Les actes de régulation se limitent donc à être des mesures d'alerte, qui ne peuvent être le fondement d'un pouvoir de sanction quelconque au profit de l'ARMP. Pour le moment cette faculté n'est reconnue qu'à l'autorité chargée des marchés publics (le MINMAP) et aux juges ; ce qui contribue à restreindre d'avantage la portée du pouvoir de sanction de l'ARMP et donne quelque part raison à ceux qui soutiennent que l'esprit général des textes relatifs aux contrats de la commande publique au Cameroun, semble plus militer pour une ARMP dépourvue de pouvoirs de sanction¹²⁴⁹.

Conséquence directe du règne sans partage du MINMAP sur la gestion de la commande publique ou réticence des pouvoirs publics à donner trop de pouvoir à cet organe intervenant dans le domaine sensible de la commande publique, le pouvoir de

¹²⁴⁸ AGENCE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS, *Etude sur les sanctions dans le domaine des marchés publics*, Mars 2006, 19p.

¹²⁴⁹ Emmanuel. G. Beyegue BOULOUMEGUE, «La réforme des marchés publics», *op. cit.*, p. 260-261

sanction de l'ARMP du Cameroun est d'une portée bien moindre. Certes, ce pouvoir n'est pas indispensable au fonctionnement des autorités de régulation, mais dans le cas de l'ARMP du Cameroun, il aurait pu être utile qu'il lui soit reconnu juste pour pallier à la concentration des pouvoirs entre les mains du MINMAP.

Dans les Etats de l'UEMOA, par contre, l'organe de régulation détient un véritable pouvoir répressif.

b. Le pouvoir répressif des organes de régulation des marchés publics au Sénégal en Côte d'Ivoire et au Burkina Faso

Les organes de régulation des marchés publics au Sénégal, en Côte d'Ivoire et au Burkina Faso disposent de pouvoirs leur permettant d'exclure des procédures de passation les contrevenants ou de leur infliger des sanctions pécuniaires.

Pour que puisse démarrer la procédure qui va mener à la sanction, les organes de régulation peuvent s'autosaisir ou être saisis. Parmi les autorités de régulation des marchés publics et des délégations de service public, seul l'ANRMP en Côte d'Ivoire et l'ARMP du Burkina Faso (Actuel ARCOP) se sont vu formellement reconnaître un pouvoir d'auto-saisine.

L'article 16 du décret qui institue l'ANRMP prévoit en effet qu'elle peut «s'autosaisir si elle s'estime compétente pour statuer sur les irrégularités, fautes et infractions constatées par l'autorité de régulation sur la base des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toute autre information communiquée par des autorités contractantes, candidats ou des tiers». Conformément à cette disposition, le président de l'ANRMP qui reçoit les recours portés devant l'organe de régulation peut, lorsqu'il remarque que les faits en cause soulèvent également une question de pratique frauduleuse, saisir la cellule recours et sanctions siégeant en matière d'irrégularité, d'actes de corruption et de pratiques frauduleuses au lieu de transmettre la requête à la même

cellule siégeant en matière de différends, conformément à la demande du soumissionnaire demandeur¹²⁵⁰.

Au Burkina Faso, le Comité de règlement des différends devenu l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD ci-après) est compétent pour connaître des cas de violation de la réglementation des marchés publics et des délégations de service public. Il peut s'auto-saisir des infractions constatées dans le cadre de l'exercice de ses missions. Le L' ORAD peut également être saisi soit sur dénonciation des parties à une procédure et qui ont relevé l'infraction soit par les tiers avant, pendant et après la passation ou l'exécution du contrat¹²⁵¹.

Au Sénégal, c'est au comité de règlement des différends au sein de l'organe de régulation des marchés publics et des DSP qu'il appartient de prononcer les sanctions à l'encontre des soumissionnaires ou titulaires de marchés ou des délégations de service

¹²⁵⁰ ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 028/2012/ANRMP/CRS du 16 novembre 2012 portant appréciation de la régularité de la procédure de passation de l'appel d'offres n° p 53/2012 portant sur le recrutement d'un opérateur ou d'un groupement d'opérateurs pour la conception, l'installation, la formation et l'exploitation d'un système de gestion intégrée de l'ensemble des activités des transports terrestres en cote d'Ivoire.
<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/62-decision-n-028-2012-anrmp-crs-du-16-novembre-2012-portant-appreciation-de-la-regularite-de-la-procedure-de-passation-de-l-appel-d-offres-n-p53-2012-portant-sur-le-recrutement-d-un-operateur-ou-d-un-groupement-d-operateurs-pour-la-conception-l-installation?start=80>

ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 002/2012/ANRMP/CRS du 10 février 2012 portant appréciation de la régularité du recours à la procédure d'appel d'offres restreint relatif à la concession pour l'élaboration et la mise en œuvre d'un schéma de gestion intégrée des déchets solides ménagers et assimilés du district d'Abidjan, organisé par le Ministère de la salubrité urbaine, *op. cit.* Les groupements d'entreprises ISP/PANGOLA et GREEN CITY GROUP/AECOM ont saisi l'ANRMP d'un recours contestant les résultats de l'appel d'offres restreint relatif organisé par le Ministère de la Salubrité Urbaine. Constatant que la procédure de consultation restreinte a été lancée le 29 décembre 2011, alors que l'autorisation du Ministre de l'Economie et des Finances, obligatoire pour une telle procédure n'est intervenue que le 13, le Président de l'ARMP saisit la cellule recours et sanctions statuant sur auto-saisine en matière d'irrégularités, d'actes de corruption et de pratiques frauduleuses au lieu de la saisir dans sa formation compétente en matière de différends ou de litiges.

¹²⁵¹ Article 31, Décret n° 2009-849/PRED/PM/MEF du 24 décembre 2009, *op. cit.* (Actuel article 39 et 40 du décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique, *op. cit.*).

public¹²⁵². Pour ce faire le Comité siège en formation disciplinaire. Toutefois, ces sanctions peuvent également être prononcées lorsque le CRD règle un différend entre un soumissionnaire et l'autorité contractante en commission des litiges¹²⁵³. Mais dans la pratique, le CRD siégeant en commission de litiges ne traite pas des questions disciplinaires. Lorsqu'elle constate une irrégularité susceptible de valoir à son auteur une sanction, elle se contente d'annuler la procédure pour ensuite «s'autosaisir» de l'affaire la traiter en formation disciplinaire¹²⁵⁴.

Toutes ces législations permettent aussi, même en dehors d'un litige, à toute personne ayant connaissance d'une infraction présumée à la réglementation, de dénoncer l'auteur des faits. L'autorité de régulation se chargera de vérifier les faits allégués. Ces dispositifs permettent de faire participer l'ensemble des acteurs à la régulation. On pourrait

¹²⁵² En cas de fautes commises par un fonctionnaire ou un agent lors de la passation ou de l'exécution des marchés publics et des délégations de service public, les pouvoirs du Comité de Règlement des Différends se limitent à informer les autorités de tutelle compétentes ainsi que les autorités judiciaires.

¹²⁵³ Selon l'article 23 du décret n° 2007-546 relatif à l'ARMP, les sanctions que le Comité de Règlement des différends statuant en formation disciplinaire prononce contre les soumissionnaires *«peuvent également être prononcées par la Commission Litiges statuant en matière de recours»*

¹²⁵⁴ Deux décisions du CRD en date du 18 août 2010 et du 24 novembre 2011 permettent d'illustrer cela. Dans la première le CRD donne gain de cause à un soumissionnaire évincé (l'entreprise E.G.T) en annulant la décision d'attribution d'un marché du Port autonome de Dakar, au motif que l'attributaire (la Société G.E.S) n'avait pas fourni l'attestation de travaux similaires requise dans le dossier d'appel d'offres dans la mesure où l'attestation qu'il a présenté était frauduleuse. Il note également que les irrégularités en question *«doivent être soumises au CRD siégeant en formation disciplinaire qui doit entendre le candidat dont la déclaration ou l'information est déclarée fausse ou mensongère»*. Donc il refuse de faire usage de l'article 23.

Décision n° 108/10/ARMP/CRD du 18 août 2010 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de la SARL Entreprise Générale et Transport contestant l'attribution du marché de travaux d'entretien courant des installations ferroviaires en zone nord et sud de l'emprise portuaire de Dakar. <http://www.marchespublics.sn/fichiers/20004754104c7f32dd2cc28.pdf>

Dans la seconde décision: Décision n° 231/11/ARMP/CRD du 24 novembre 2011 du Comité de règlement des différends statuant en formation disciplinaire sur des faits de production par la Société G.E.S de fausses attestations de service fait, en violation de la réglementation sur les marchés publics: le CRD siège en Commission disciplinaire et prend la décision d'exclure la société G.E.S SARL des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat lancés au Sénégal ainsi que dans tout autre Etat membre de l'UEMOA pour une période d'un an à compter de la notification de la décision d'exclusion. http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=357:decision-nd-23111armpcrd-du-24-novembre-2011&Itemid=375

Si les textes ne reconnaissent pas expressément au CRD un pouvoir d'auto saisine, cette pratique consistant à se saisir en commission disciplinaire des irrégularités qu'il a constatées en siégeant en commission des litiges, à tout l'air d'une auto saisine.

même parler d'un mécanisme d'autorégulation dans la mesure où chaque acteur est en mesure de déclencher la procédure pouvant aboutir à la sanction des violations à la réglementation des contrats.

Le rôle de l'organe de régulation dans un tel contexte est de s'assurer que son impartialité ne soit remise en question. L'idée est que lorsque le régulateur intervient, il ne doit pas laisser penser que sa décision est déjà prise. La question s'est posée particulièrement à propos de l'auto-saisine. Et le professeur NOGUELLOU fait remarquer que pour que le principe de l'auto-saisine soit admis aujourd'hui en France, il a fallu que cette auto-saisine ne laisse pas penser qu'elle constitue une pré-décision¹²⁵⁵. Cette remarque est tout à fait valable pour les organes de régulation que étudiés. Lorsque l'organe de régulation s'autosaisit ou reçoit une dénonciation, elle doit mettre en œuvre les moyens nécessaires pour établir la réalité des faits ne pas se fonder sur des a priori. Il faut ajouter à cela, que le régulateur doit aussi veiller à ce que le mécanisme de la dénonciation ne soit pas instrumentalisé par des candidats voulant neutraliser des concurrents. Les organes de régulation tirent aussi leur légitimité de leur impartialité.

Concernant les sanctions pouvant être prononcées par les autorités de régulation, il y'en a une qui leur est communément reconnu, c'est l'exclusion des contrevenants. Autrement dit, elles peuvent décider de priver des candidats du droit de concourir pour l'obtention de marchés publics ou délégations de service public. Au Sénégal, la durée de l'exclusion est définie en fonction de la gravité de la faute commise¹²⁵⁶. En Côte d'Ivoire,

¹²⁵⁵ Rozen NOGUELLOU, «L'office du juge de la régulation économique», *RDP*, n°2, 2014, p. 339.

¹²⁵⁶ Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 149 parag. 1 b). Voir aussi art 23 décret relatif à l'ARMP. Pour une illustration: ARMP du Sénégal, Décision n° 188/13/ARMP/CRD du 17 juillet 2013 du CRD statuant en formation disciplinaire sur des faits reprochés à Entreprise des travaux de bâtiment et de génie civil- consultance (ETBGC CONSULT), relatifs à la production de faux documents dans le cadre de l'exécution des marchés des communes de Gossas et de Koungheul ayant pour objet la réhabilitation et l'extension des stades municipaux desdites collectivités locales:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=570:decision-nd-18813armpcrd-du-17-juillet-2013&Itemid=598. Dans cette affaire, le Comité de règlement des différends statuant en formation disciplinaire a prononcé l'exclusion d'une entreprise et de son directeur général des procédures de passation des marchés publics, des délégations de service public et des contrats de partenariat, pour une durée de trois ans. Le motif était que le directeur de l'entreprise titulaire de deux marchés a présenté aux deux autorités

l'exclusion qui peut être prononcée par l'ANRMP dure deux ans¹²⁵⁷. Elle peut être portée à 3 ans en cas de récidive dans un délai de 5 ans à partir de la première exclusion prononcée¹²⁵⁸. Elle peut être définitive si après une exclusion de 3 ans l'acteur privé récidive¹²⁵⁹. Au Burkina Faso, l'ARMP peut prononcer l'exclusion temporaire de candidats ayant fourni de façon délibérée des attestations ou justifications inexactes, pour une durée pouvant aller d'un an à cinq ans¹²⁶⁰.

A côté de l'exclusion, il y a les sanctions pécuniaires. Mais elles ne sont reconnues de façon explicite qu'à l'ARMP du Sénégal qui peut prononcer des pénalités pécuniaires, définies en fonction de la gravité des irrégularités et violations à la réglementation, et des avantages que l'auteur a pu en tirer. Toutefois ces pénalités ne peuvent excéder, pour chaque manquement, 5 % du chiffre d'affaires annuel réalisé par l'auteur de la violation constatée.

Lorsqu'elle est mise en œuvre l'exclusion des candidats est une sanction lourde de conséquence qui peut être plus douloureuse qu'une sanction pécuniaire. Bénéficiant d'une large publicité dans la mesure où les organes de régulation diffusent sur leur site internet la liste des entreprises sanctionnées, l'exclusion est une sanction qui jette l'opprobre comme dirait Emmanuel PIWNICA¹²⁶¹. De plus les organes de régulation des marchés publics et des délégations de service public donnent une large interprétation au champ d'application des sanctions d'exclusion. L'ANRMP de Côte d'Ivoire considère par

contractantes de fausses garanties de bonne exécution et des cautions de remboursement d'avance falsifiées, pour recevoir des avances de démarrage.

Décision n° 13/12/ARMP/CRD du 26 janvier 2012 du CRD statuant en formation disciplinaire, d'une part, sur les faits d'inexécution du marché d'acquisition de batteries par le GIE les constructeurs, après encaissement de l'avance de démarrage, d'autre part, sur le refus de ASKIA assurances d'honorer ses engagements, en violation de la réglementation sur les marchés publics:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=274&Itemid=57

¹²⁵⁷ Arrêté n° 118/MPMB du 26 mars 2014 portant modalités d'application des sanctions des violations de la réglementation des marchés publics, *J.O.* n° 17 du jeudi 24 avril 2014, article 6.2 parag b)

¹²⁵⁸ *Ibidem*

¹²⁵⁹ *Ibidem*

¹²⁶⁰ Article 162 Décret n° 2008-173/PRES/PM/MEF 16 avril 2008, *op. cit.*

¹²⁶¹ Emmanuel PIWNICA, «La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes», RFDA, 2010, n° 5, pp. 915-919.

exemple que l'exclusion prononcée au cours de l'exécution d'un marché contre l'entreprise titulaire au moment où elle venait d'être attributaire d'un autre marché doit être pris en compte par l'autorité d'approbation de ce dernier marché¹²⁶². Dans le même sens, interrogé pour avis par une entreprise qui venait de faire l'objet d'une décision d'exclusion, sur l'étendue de cette décision, le comité de règlement des différends de l'ARMP du Sénégal a considéré qu'une décision d'exclusion notifiée à l'entreprise sanctionnée avant l'approbation d'un autre marché à son profit, s'oppose à cette approbation¹²⁶³.

Au regard de la gravité des sanctions que peuvent prendre les ARMP, une question se pose: celle de la procédure mise en place au sein de ces organes pour aboutir à la sanction. Plus précisément celles des contraintes procédurales qui s'imposent aux autorités de régulation. En guise de comparaison le débat s'est posé en France sur les

¹²⁶² ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 012/2011/ANRMP/CRS du 05 décembre 2011 sur la dénonciation faite par un usager s'identifiant sous le nom de Monsieur Tia à l'encontre de l'approbation du marché n°2010-0-2-0518/04-15: La Société EBEDA a fait l'objet d'une décision de résiliation pour faute et d'exclusion intervenue le 21 juillet 2001 à propos d'un marché qu'elle avait passé avec la direction des affaires administratives et financières du ministère des mines, du pétrole et de l'énergie. Le 27 septembre 2011, l'organe délibérant de la mairie de Taabo approuve un marché liant cette commune et la société EBEDA. Donc au moment où cette dernière soumissionnait au marché de la commune, elle ne faisait pas encore l'objet de l'arrêté d'exclusion. Pourtant la Cellule recours et sanction de l'ARNMP considéra que «la restriction liée à la situation juridique du candidat ou soumissionnaire telle que résultant de l'article 49.1 ne se limite pas à l'attribution du marché public mais s'étend à toutes les phases de la passation, y compris celle de l'approbation du marché; Qu'ainsi, le prononcé d'une sanction d'exclusion de toute participation aux procédures de passation de marchés publics affecte la situation juridique de l'entreprise concernée quelque soit l'étape de la procédure de passation du marché public». <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/33-decision-n-012-2011-anrmp-crs-du-05-decembre-2011-sur-la-denonciation-faite-par-un-usager-s-indentifiant-sous-le-nom-de-monsieur-tia-a-l-encontre-de-l-approbation-du-marche-n-2010-0-2-0518-04-15?start=120>

¹²⁶³ ARMP Sénégal, Avis n° 002/12/ARMP/CRD du 1^{er} Février 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la Société G.E.S. SARL sur la portée de la sanction d'exclusion prononcée contre elle par le comité de règlement des différends de l'ARMP:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=214&Itemid=275

Le Directeur de la Générale d'Entreprises et des Services (G.E.S) a saisi le CRD d'une demande d'avis pour être édifié sur les marchés pour lesquels sa société avait soumissionné avant la notification d'une décision d'exclusion à son encontre prise le 24 novembre 2011 par le Comité de Règlement des différends de l'ARMP. Cette décision lui a été notifiée le 30 novembre 2011. La CRD considère d'une part qu'en vertu de l'article 43 du Code des Obligations de l'Administration, que le contrat n'est conclu qu'après l'approbation par l'autorité contractante compétente. Par conséquent la décision d'attribution ne confère aucun droit acquis. D'autre part il se réfère aux instructions aux soumissionnaires des dossiers-types qui rappellent, que l'Autorité contractante se réserve le droit d'accepter ou d'écarter toute offre, et d'annuler la procédure d'appel d'offres et d'écarter toutes les offres à tout moment avant l'attribution du Marché, sans encourir de ce fait une responsabilité quelconque vis-à-vis des candidats. Partant de là, le CRD décida qu'«une sanction d'exclusion, notifiée dans la phase d'attribution provisoire du marché, fait opposition à l'attribution définitive du marché au(x) mis en cause».

garanties procédurales qu'offraient les procédures devant les autorités administratives indépendantes et en particulier sur le respect des droits fondamentaux des justiciables dans ces procédures reconnus pour leur simplicité et leur rapidité¹²⁶⁴. Le respect des droits de la défense est-il assuré dans les procédures devant les ARMP?

Le décret relatif à l'ARMP au Burkina Faso mentionne l'exigence de respect du principe du contradictoire et confère au secrétariat permettant le pouvoir de mener l'instruction des affaires. Mais, il n'en dit pas plus sur le déroulement des investigations et des auditions. Le décret relatif à l'ANRMP en Côte d'Ivoire dispose également que toutes les procédures disciplinaires devant la cellule recours et sanctions doivent respecter le principe du contradictoire et garantir aux parties un traitement équitable. Ces deux législations se limitent à l'énoncé de principes ne donnant aucune indication de pli.

Au Sénégal par contre, par décret du 29 mai 2009, ont été définis les pouvoirs des agents de l'Autorité de régulation chargés des enquêtes sur la régularité des procédures de passation¹²⁶⁵. Ce texte apporte plusieurs garanties aux soumissionnaires. La première étant que la cellule d'enquête ne dispose pas de pouvoirs d'auto-saisine. Ses pouvoirs d'investigation sont très larges pour permettre que la vérité soit établie de la façon la plus claire. Pour s'assurer de l'impartialité de l'ARMP, l'organe d'investigation est séparé de l'organe de sanction en plus la cellule d'enquête ne peut agir qu'en vertu d'un ordre de

¹²⁶⁴ Dans une perspective de comparaison, en France, ce sont les juges administratifs, judiciaires, européens et constitutionnels qui ont imposé aux autorités de régulation le respect des garanties procédurales. Pour mettre en place un encadrement strict de l'utilisation des pouvoirs de régulation en imposant aux autorités le respect des droits de la défense et du principe d'impartialité, les juges ont pris appui sur l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme et d'une matière générale sur le principe de la séparation des pouvoirs. L'application de la séparation des pouvoirs au sein des organes de régulation a consisté à la séparation de fonctions de poursuites et de jugement. ROZEN NOGUELLOU, «L'office du juge de la régulation économique» *op.cit.*

¹²⁶⁵ Décret n° 2009-510 du 29 mai 2009 fixant les modalités de recrutement, le statut et les pouvoirs des agents de l'ARMP chargés des enquêtes sur la régularité des procédures de passation et d'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat.

mission du directeur général de l'ARMP qui ne fait pas partie du conseil de régulation mais est nommé par décret¹²⁶⁶.

Pour la pérennité de leurs compétences en matière de sanction et pour ne pas donner l'impression d'être des organes partiels, les ARMP se doivent d'assurer la protection des droits des contrevenants.

A côté des méthodes dures, les organes de régulation utilisent aussi des méthodes douces pour assurer leur office. Tel est le cas lorsqu'ils mettent en œuvre leur fonction de formation et d'information des acteurs.

3. Les compétences en matière de formation et d'information

Les organes de régulation exercent des fonctions extra juridiques.

Parmi elles, il y a la formation des acteurs. Le travail du régulateur doit consister à mettre en place une politique de formation des acteurs de la commande publique. Si le décret instituant l'ARMP au Cameroun ne l'autorise qu'à «*contribuer à la formation des acteurs du système de passation des marchés publics à la demande des administrations concernées*»¹²⁶⁷, dans les Etats de l'UEMOA, le régulateur doit aller plus loin en définissant les politiques et une stratégie de formation des différents acteurs de la

¹²⁶⁶ En guise de comparaison voir la décision du Conseil constitutionnel français: Décision n° 2013-331 QPC, du 5 juillet 2013 Société Numéricable SAS et autre: le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions du code des postes des télécommunications qui prévoient que le directeur général de l'ARCEP, chargé des poursuites était nommé par le président de l'ARCEP, placé sous son autorité et assistait aux délibérations de l'Autorité «*n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, [et de ce fait] méconnaissent le principe d'impartialité*». Rémi GRAND, «La non-séparation des fonctions de poursuite et de sanction de l'ARCEP est contraire à la Constitution» note sous Décision n° 2013-331-QPC du 5 juillet 2013, *AJDA* 2013, n° 25, p. 1421.

¹²⁶⁷ Décret n° 2001/048 du 23 février 2001, *op. cit.* article 3

commande publique¹²⁶⁸. Le renforcement des capacités fait ainsi partie intégrante des missions du régulateur.

Seulement, face à la complexité des procédures contractuelles et à leur diversité, (procédures des bailleurs, procédures nationales), il y a un manque de capacités locales pour les mettre en œuvre. Il serait, dès lors, plus pertinent dans un Etat comme le Cameroun, de mettre l'organe de régulation au cœur de la stratégie nationale de formation plutôt que de lui donner un statut de collaborateur dans ce domaine.

Enfin, en promouvant la formation, les organes de régulation font l'option de la prévention plutôt que la répression¹²⁶⁹. Ce qui est une nécessité dans le contexte des Etats où une grande partie de l'administration peine encore à maîtriser les procédures. Comme le souligne à juste titre le Président de l'ANRMP de la Côte d'Ivoire, la priorité du régulateur doit être donnée à la formation, à la sensibilisation et à l'information car « *sans transfert réel de compétence, comment, avec bonne conscience sanctionner* ».

Parmi les fonctions extra juridiques des organes de régulation, il y a aussi l'information des acteurs et le maintien des systèmes d'information. Le régulateur doit en permanence veiller à ce que les systèmes nationaux soient à tout moment conformes, à ce qu'on appelle communément « les pratiques internationalement reconnues » et aussi aux évolutions au niveau communautaire. Pour ce faire, il est tenu de s'informer. A ce titre il doit effectuer un véritable travail de collecte, de centralisation et d'analyse des documents et des données économiques et juridiques relatifs aux marchés publics et au DSP. D'où l'intérêt des dispositions des Codes des marchés publics qui imposent la transmission de

¹²⁶⁸ Cette compétence est prévue à l'article 3 du décret portant organisation et fonctionnement de l'ANRMP en Côte d'Ivoire ainsi qu'à l'article 2 du Décret relatif à l'ARMP au Burkina Faso et à l'article.

¹²⁶⁹ Voir ANRMP, *Rapport annuel d'activité*, 2010-2011, p. 7

certaines actes ou procès verbaux de même que la transmission de copies de certains rapports aux organes de régulation ou à l'organe central de contrôle¹²⁷⁰.

Le maintien du système d'information est différent mais doit néanmoins être accompagné par l'information des acteurs la commande publique. Cette fonction, qui rentre dans les compétences des quatre organes de régulation étudiés, s'exerce notamment, à travers la publication annuelle d'un rapport adressé à l'administration à laquelle il est rattaché. Il s'agit du premier ministre dans le cas du Sénégal et du Burkina Faso et de la présidence de la République au Cameroun et en Côte d'Ivoire.

Les rapports des organes de régulation informent les pouvoirs publics, les entreprises mais aussi les citoyens sur l'activité de régulation. Mais aussi et surtout, ils visent à informer sur les dysfonctionnements du système de gestion des marchés publics et des DSP et leur permettent de donner des recommandations pour l'amélioration du système.

L'information des autorités publiques, des entreprises des citoyens se prolonge par la mise à leur disposition d'un Journal des marchés publics. Les journaux des marchés publics servent de support de publicité pour les plans de passation, les avis d'appels d'offres et les avis d'attribution. Ils peuvent aussi servir de support aux analyses réalisés au sujet de la réglementation ou de l'environnement institutionnel de la commande publique. Enfin, les informations que le régulateur met à la disposition des acteurs de la commande publique doivent également être diffusées un site internet qu'il met en place. Aujourd'hui tous les organes de régulation en sont dotés.

Bien souvent, il est reproché aux rapports des ARMP de «ne servir à rien», alors qu'en vérité ces rapports tout comme les formations dispensées par les organes de régulation ont tout leur intérêt dans un système de régulation. En mettant en exergue les

¹²⁷⁰ Ex: Burkina Faso: Rapport mensuel des spécialistes de passation des MP transmis au directeur des MP: art 4 arrêté n° 2010-028/MEF/CAB du 8 février 2010, portant fixation de seuil de délégation d'attribution entre le Directeur des marchés publics et les spécialistes en passation des marchés *op. cit.*

dysfonctionnements du système et en formant les acteurs afin de prévenir ces problèmes, les ARMP accomplissent de véritables actions de régulation. Les anglo-saxons qualifient cette démarche de «*sunshine regulation*»¹²⁷¹. On parle aussi de régulation par coup de projecteur. Elle consiste à travers la formation et l'information à mettre en lumière des pratiques contraires à la réglementation et à l'intérêt général. Elle se fonde sur l'idée selon laquelle il n'est nul besoin que les organes de régulation soient dotés de pouvoir de coercition ou que leurs actes aient obligatoirement une portée juridique, pour que le message sur l'intérêt de se conformer aux règles et principes de la commande publique puissent passer.

Dès lors, l'information et la formation des acteurs apparaissent comme un complément très utile au pouvoir de recommandation et d'édiction d'actes des organes de régulation. Ce qui importe c'est que les actes de régulation quelque soit leur portée, aient pour reprendre les mots du Conseil d'Etat français, une *force mobilisatrice pour les membres du groupe social concerné* et que *leur pouvoir d'influence et de persuasion, voire «d'imprécation»*, aboutisse aux mêmes résultats que l'on obtiendrait avec une régulation basée sur des actes exécutoires¹²⁷².

Les compétences attribuées aux organes de régulation nouvellement institués se complètent et permettent d'assurer la régulation du système sous plusieurs angles même si certains sont dotés de plus de pouvoirs que d'autres. Les compétences des organes de régulation méritent d'être complétées dans la législation camerounaise et renforcées dans les autres.

Les organes de régulation des contrats de partenariat public-privé soulèvent des problématiques différentes.

¹²⁷¹ A propos de la «Sunshine regulation», voir Thomas PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit. p. 152 et s.

¹²⁷² CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes*, n° 52, Paris, la Documentation française, 2001, p. 290.

B. LE MANQUE DE LISIBILITE DES MISSIONS DES ORGANES DE REGULATION DANS LE DOMAINE DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

L'organe chargé de la régulation du système de gestion des contrats des PPP au Sénégal est le Conseil des infrastructures¹²⁷³. A l'instar des organes de régulation des marchés publics et des délégations de service public, le conseil de régulation participe à la définition des politiques en matière d'infrastructures en apportant aux autorités compétentes les conseils permettant d'améliorer le système de gestion des contrats de PPP et de moderniser la législation en la matière¹²⁷⁴. Pour ce faire, il est doté de compétence pour réaliser des études et évaluer la réglementation, les performances de services ainsi que le niveau de la concurrence sur le marché des PPP. Ceci qui lui permet par la suite de proposer des règles générales ou techniques pour améliorer le système.

Mais celles de ses attributions qui intéressent le plus, sont celles qu'il met en œuvre à différents stades de la procédure de passation et d'exécution. Ainsi qu'il figure dans l'exposé des motifs de la loi du 13 février 2004, *«le Conseil des infrastructures exerce des compétences qui touchent d'une part à la sélection de l'opérateur de projet et, d'autre part, à la préservation des équilibres qui conditionnent la pérennité des relations contractuelles»*. Conformément à ces objectifs, la loi du 10 février 2014, dote le conseil d'exécution de compétence pour donner des avis et des autorisations lors de la passation et de l'exécution des contrats de PPP.

L'avis favorable du Conseil des infrastructures est nécessaire pour le lancement de la procédure de passation des PPP¹²⁷⁵. Le Conseil des infrastructures doit apprécier l'évaluation de la conformité du projet à la stratégie politique de l'Etat en matière d'infrastructures, aux normes environnementales et d'aménagement du territoire réalisée par l'autorité contractante. De même, son avis est requis lorsque l'autorité contractante

¹²⁷³ Loi n°2004-14 du 1^{er} mars 2004 instituant le Conseil des infrastructures, *J.O.* n° 6155 du samedi 3 Avril 2004

¹²⁷⁴ *Ibidem.*, article 7

¹²⁷⁵ *Ibidem.*, article 10.

veut déroger à la procédure de passation de droit commun à savoir l'appel d'offres pour recourir à l'appel d'offres en une étape avec pré-qualification. Dans ce cas le Conseil est saisi par la personne publique contractante. Par contre, lorsqu'elle veut recourir à la procédure de gré à gré, le Conseil des infrastructures est saisi par le Comité national d'appui aux partenariats public-privé. Le premier ministre doit aussi solliciter avis du conseil des infrastructures et du ministre des finances avant d'autoriser la passation d'un contrat complémentaire.

Les autorisations du Conseil des infrastructures doivent aussi être obtenues dans certains cas. Par exemple, pour proroger le délai de 45 jours accordé aux candidats pour déposer leur dossier de pré qualification, l'autorité contractante doit demander l'autorisation du Conseil des infrastructures. De même elle est requise lorsque l'autorité contractante n'est pas en mesure de réunir trois candidats pour la pré qualification. Il lui incombe alors d'apporter au conseil des infrastructures la preuve *«qu'en dépit des mesures de large publicité qu'elle a mises en œuvre et des efforts qu'elle a déployés pour susciter l'intérêt de candidats potentiels, il n'a pas été possible d'identifier au moins trois candidats qui satisfont aux critères de pré-qualification»*¹²⁷⁶. Le conseil des infrastructures est aussi l'organe habilité à autoriser la passation des avenants. Il requiert, pour cela, l'avis du ministre chargé des Finances et du Comité national d'appui aux partenariats public-privé¹²⁷⁷.

Enfin, la loi relative au contrat de partenariat public-privé charge le Conseil des infrastructures du contrôle *a posteriori* des procédures. IL assure ce contrôle à travers notamment des audits périodiques¹²⁷⁸.

Les autorités sénégalaises ont essayé de reproduire dans le domaine des contrats de PPP, les mêmes mécanismes de régulation et de contrôle que l'on retrouve dans les marchés publics. L'importance dans le domaine des contrats de la commande publique d'un système de régulation et d'un système de contrôle clairement distincts n'est plus à

¹²⁷⁶ *Ibidem.*, article 16

¹²⁷⁷ *Ibidem.*, article 31.

¹²⁷⁸ *Ibidem.*, article 39.

démontrer. Mais au terme de notre analyse, il apparaît que les compétences du conseil des infrastructures dépassent de loin celles d'un organe de régulation. Il combine à la fois les fonctions d'un organe de contrôle de la passation et celles d'un régulateur. Dès lors, l'objectif annoncé de corriger une des imperfections de la loi du 13 février 2004 relative aux contrats de construction – exploitation - transfert, en séparant les organes qui interviennent dans la passation et ceux intervenant dans la régulation n'est vraisemblablement pas atteint.

L'absence de délimitation des compétences entre le régulateur et l'organe de contrôle n'est pas propre au Sénégal.

En Côte d'Ivoire, le CN-PPP joue un rôle important en matière de contrôle de la passation alors qu'il remplit aussi des fonctions relevant de la régulation du système bien que cette expression ne soit pas utilisée dans le décret relatif au cadre institutionnel de pilotage des partenariats public-privé¹²⁷⁹. C'est à la régulation que sont rattachées les fonctions du CN-PPP tenant à sa participation aux côtés des autorités contractantes, du Ministère de l'économie et des finances et du ministère en charge du plan à l'identification des projets susceptibles d'être développés sous forme de PPP¹²⁸⁰. Par ce travail, le CN-PPP participe à la mise en place d'une politique nationale en matière d'infrastructure. Il en est de même, lorsqu'il élabore les dossiers standards types de consultation¹²⁸¹ ainsi que les modalités de recours au dialogue compétitif¹²⁸². De même certaines compétences attribuées au secrétariat exécutif du CN-PPP, renforcent à notre sens les missions de régulation du CN-PPP. Il en est ainsi des missions du secrétariat exécution consistant à élaborer et mettre en œuvre des stratégies de formation et de renforcement des capacités des acteurs intervenant dans les PPP, à l'organiser le dialogue avec les partenaires financiers extérieurs, à faire des propositions au CNP-PPP sur la priorisation des projets et leur catégorisation, à faire

¹²⁷⁹ Décret n° 2012-1152 du 19 décembre 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement du cadre institutionnel de pilotage des partenariats publics-privé en Côte d'Ivoire, *op. cit.*

¹²⁸⁰ *Ibidem.*, article 7.

¹²⁸¹ *Ibidem.*

¹²⁸² *Ibidem.*, article 16.

des propositions des projets de textes et des réformes relatifs à la bonne pratique des PPP et des propositions de procédures et outils de développement des PPP, à assurer le suivi-évaluation de l'exécution des contrats.

Le Conseil d'appui à la réalisation des partenariats public-privé qui intervient dans la passation et le contrôle des contrats de PPP au Cameroun est aussi est un organe de promotion des infrastructures et d'appui au bon fonctionnement des services publics. Dès lors, son action n'est pas cloisonnée à un aspect de la gestion des contrats de PPP. Le CARPA participe à la définition des politiques et de la réglementation des PPP à travers l'élaboration des mécanismes de mise en œuvre des contrats de partenariat¹²⁸³. Il doit également examiner toutes questions portant sur des projets publics à réaliser dans le cadre d'un contrat de partenariat, définir des priorités dans la politique de réalisation des infrastructures par les PPP ainsi que les modalités de sélection du cocontractant. La régulation du système exige aussi de la part du CARPA, l'édiction d'un Code d'éthique à destination de ses membres. La formation et l'information des acteurs, la vulgarisation de la réglementation des PPP relève également de ses compétences. Pour ce faire, le CARPA doit mettre en place un mécanisme de veille lui permettant d'être informé des pratiques en matière de PPP et de l'évolution de la réglementation des PPP.

L'analyse de la régulation des contrats de PPP permet d'identifier deux caractéristiques principales dans la définition du cadre institutionnel des PPP. Malgré la mise en place des unités de PPP, on observe pourtant un chevauchement des compétences (au Sénégal avec le Conseil des infrastructures et le CNA-PPP) ou la concentration d'un nombre important de compétences au sein d'une même entité (en Côte d'Ivoire avec le CN-PPP et au Cameroun avec le CARPA).

La complexité des contrats de PPP exige un modèle d'organisation institutionnelle différent de celui existant dans les marchés publics et les DSP. Vu le niveau élevé de

¹²⁸³ Décret n° 2008/035 du 23 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil d'Appui à la Réalisation de Contrats de Partenariat *op. cit.* article 3.

risques qu'encourt chaque partie au contrat de PPP, et compte tenu de la durée des ces contrats, il est nécessaire de mettre en place une organisation institutionnelle qui certes ne conduit pas la dispersion des compétences et des ressources entre plusieurs organes indépendantes les uns des autres. Mais il est également nécessaire qu'au sein de l'entité qui fait figure d'unité des PPP, les différentes compétences soient cloisonnées. Cela pourrait se faire à travers l'institution au sein du CARPA, du CN-PPP et du CNA-PPP de différents comités ou sous comités entre lesquels seraient partagées les missions relatives à la passation (appui à la réalisation des études de faisabilité, au montage des dossiers d'appel public à la concurrence, à la sélection, aux négociations des termes du contrat etc.), au contrôle (compétence de contrôle *a priori* et *a posteriori* avec un suivi périodique) et à la régulation (définition des politiques et de promotion des investissements, d'information et de formation)¹²⁸⁴.

Importantes et utiles sont les missions attribuées aux organes de régulation. Au vu des enjeux économiques, financiers mais aussi sociaux qui se jouent sur le marché de la commande publique, l'institution d'un organe qui puisse garantir l'équilibre entre les différents intérêts qui s'y rencontrent répond à une nécessité réelle. Toutefois, les compétences attribuées à ces organes, ne suffisent pas à elles seules pour leur permettre de remplir l'office confié à eux par les textes qui les ont institués. La fonction de régulation doit être remplie par des organes disposant de suffisamment d'indépendance à l'égard de l'ensemble des acteurs de la commande publique. Or sur ce point, le cadre institutionnel de la régulation est critiquable.

¹²⁸⁴ Toujours dans le cas du Sénégal, il a été institué une Agence nationale chargée de la promotion de l'investissement et des grands travaux (APIX). Créée par décret n° 2000-562 du 10 juillet 2000, l'APIX est aujourd'hui régie par la loi n° 2007-13 du 19 février 2007 autorisant la création d'une société anonyme à participation publique majoritaire dénommée APIX sa, (modifiée par la loi n° 2007-33 du 31 décembre 2007) et le décret d'application n° 2007-1591 du 31 décembre 2007 (*J.O.* n° 6408 du Samedi 17 mai 2008). Cette agence est notamment chargée de la réalisation des «grands travaux du chef de l'Etat». Or certains d'entre eux peuvent faire l'objet de contrat de PPP comme cela est le cas avec la réalisation de l'autoroute à péage Pikine- Diamniadio. La Coexistence de l'APIX avec l'Unité des PPP que constituera le CNA-PPP entrainera un dédoublement des compétences. Dans sa Thèse, M. Aliou SAWARE propose la désignation d'un conseiller de l'Unité des PPP auprès de l'APIX pour éviter tout conflit de compétences. Aliou SAWARE, *le particularisme des partenariats public-privé*, au Sénégal, *op. cit.* Mais un tel procédé ne supprimera pas le dédoublement des compétences et la dispersion des capacités. Le transfert des compétences de l'APIX en matière de PPP à l'Unité des PPP serait à notre sens la solution la mieux adaptée

§ 2. UNE FONCTION NECESSITANT DES GARANTIES D'INDEPENDANCE POUR L'ORGANE DE REGULATION

L'effectivité et la pérennité des missions de régulation dépendent pour beaucoup des moyens mis à la disposition des organes de régulation. Ces moyens sont de divers ordres mais, ils peuvent être résumés dans l'indépendance organique et fonctionnelle du régulateur par rapport à l'administration¹²⁸⁵ d'une part et aux opérateurs économiques d'autre part¹²⁸⁶.

L'indépendance est définie comme étant la «situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre des décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions»¹²⁸⁷. Celle des organes de régulation des marchés publics et des DSP, trouve son fondement dans les raisons qui ont présidé à leur création¹²⁸⁸. Et, elle se concrétise à travers leur statut. Celui-ci varie selon les pays. Autorité administrative indépendante au Sénégal et au Burkina Faso, l'organe de régulation est un organe spécial indépendant en Côte d'Ivoire et un établissement public administratif au Cameroun.

¹²⁸⁵ Gabriel ECKERT, «L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique», *RFAP*, 2012/3, n° 143, pp. 629-643. Jean-Philippe KOVAR, «L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique», même numéro, pp. 655-666. Evelyne PISIER, «Vous avez dit indépendantes? Réflexions sur les AAI», *Pouvoirs*, 1988, n° 46, pp. 71-83.

¹²⁸⁶ Guillaume Dezobry, «L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés», *RFAP*, 2012/3, n° 143, pp. 645- 654. Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, «L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard des opérateurs régulés », même numéro, pp. 667- 676.

¹²⁸⁷ Gérard CORNU, et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* p. 536.

¹²⁸⁸ Comme l'explique, le professeur Babacar GUEYE à propos des organes de régulation dans l'UEMOA, leur création vise «à mettre en place, aux côtés des administrations classiques, considérées comme engluées dans des tâches d'administration quotidienne, peu imaginatives lorsqu'il s'agit de communiquer et surtout de réformer, enfermées dans une application stricte de la réglementation existante, ce qui débouche sur des formes de contrôle, surtout répressives, enfin trop soumises à l'autorité hiérarchique des autorités ministérielles, des structures légères, se situant dans la ligne des administrations de mission, se reconnaissant une responsabilité d'information du public et de proposition auprès des responsables politiques, ouvertes à des formes de vérification relevant plus de l'évaluation des performances que de la recherche des sanctions à appliquer, surtout indépendantes, tant par leur statut financier que par la composition de leurs organes de décision, faisant une place à la Société civile». Babacar GUEYE, «Nouveau Code des marchés publics - En phase avec les directives de l'UEMOA», *op. cit.* p. 24

Les choix institutionnels faits concernant les organes de régulation permettent-ils de garantir leur indépendance. Pour répondre à cette question, l'étude s'est centrée sur l'ARMP du Cameroun et l'ANRMP en Côte d'Ivoire. Il est apparu alors que si le statut d'établissement public de l'ARMP du Cameroun est inadéquat (A), celui d'organe spécial indépendant de l'ANRMP de la Côte d'Ivoire bien que singulier, ne s'éloigne pas pour beaucoup des autorités administratives indépendantes du Sénégal et du Burkina Faso et comportent plus de garantie d'indépendance (B).

A. L'INADEQUATION DU STATUT D'ETABLISSEMENT PUBLIC DE L'ARMP AU CAMEROUN

L'agence de régulation des marchés publics au Cameroun est selon le décret n° 2001/048 du 23 février 2001 un établissement public administratif placé sous la tutelle de la présidence de la République. Dans les législations étudiées, le régulateur n'est pas celui qui fixe les règles du jeu sur le marché de la commande publique mais il veille à ce que les différents acteurs du marché s'y conforment. Il doit être indépendant et à équidistance des différents acteurs, qui de surcroît doivent être représentés en son sein. Au vu de ces exigences, le statut d'établissement public administratif est-il en accord avec la fonction de régulateur?

La première conséquence liée à ce statut est que le régulateur est sous la tutelle de l'administration donc du principal acheteur sur le marché de la commande publique. Ce statut est susceptible de remettre en question son impartialité dans la mesure où tous les acteurs de la commande publique ne sont pas représentés en son sein. En effet, le conseil d'administration de l'organe de régulation au Cameroun est composé de neuf membres issus de l'administration publique¹²⁸⁹, de deux représentants des opérateurs économiques

¹²⁸⁹ Selon l'article 5 du décret n° 2001/048 du 23 février 2001 du relatif à l'ARMP, le Conseil d'Administration est composé d'un Président qui est une personnalité nommée par décret du Président de la République. Parmi les membres, on compte un représentant de la Présidence de la République un représentant des Services du Premier Ministre, un représentant du Ministère chargé des finances, un

des secteurs des bâtiments et travaux publics, du commerce et des services et d'un représentant élu du personnel. Il apparaît ainsi que par sa composition, l'organe de décision du régulateur ne fait pas place à la parité entre les différents acteurs du marché de la commande publique.

Le fait également que le régulateur et l'organe principal de passation et de contrôle des marchés soient rattachés à la présidence de la République, ne s'accorde pas avec l'idée de séparation des organes de passation, de régulation et de contrôle¹²⁹⁰. A cela s'ajoute le fait que le régulateur ne soit pas autonome dans la mise en œuvre de certaines de ses fonctions. En guise d'exemple, c'est «à la demande» du ministre en charge des marchés publics que l'organe de régulation peut examiner les requêtes déposées par les soumissionnaires ainsi que les recours en concertation¹²⁹¹. De même il ne peut «réaliser ou faire conduire des audits spécifiques, des enquêtes, contrôles et autres investigations sur la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics et sur les délégations de services publics» qu'à la demande du ministre chargé des marchés publics¹²⁹².

Mais à lire certains auteurs, le statut d'établissement public ne contrevient pas à la fonction de régulation dans la mesure où, les organes de régulation dotés du statut d'établissement public au Cameroun, sont en fait des «établissements publics

représentant du Ministère chargé des travaux publics, un représentant du Ministère chargé des investissements publics et de l'aménagement du territoire, un représentant du Ministère chargé de l'urbanisme et de l'habitat, un représentant du Ministère chargé de l'administration territoriale, un représentant du Ministère de la justice.

¹²⁹⁰ Pour comparer, la même question s'est posée en Côte d'Ivoire lorsque le décret qui institue l'ANRMP la rattachait au ministre en charge des marchés publics, qui en même temps est l'autorité de tutelle de la direction centrale des marchés publics, organe central de contrôle des marchés publics. Bien que l'ANRMP ne soit formellement soumis à l'autorité hiérarchique du ministère, les autorités ivoiriennes ont jugé nécessaire de remédier aux doutes que cela pouvait soulever en adoptant un décret en date du 8 mai 2013 qui est venu rattacher l'ANRMP à la présidence de la République. (Décret n° 2013-308 du 8 mai 2013 portant modification du décret n° 2009-260 du 6 août 2009 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics, *op. cit.* Voir aussi rapport ANRMP, Rapport d'activité 2010- 2011, *op. cit.* p. 11, MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, *Rapport d'évaluation de la mise en œuvre du plan de réforme des finances publiques, Rapport Volet marchés public, op. cit.* p. 143 et s.

¹²⁹¹ Article 3 du Décret n°2001/048 du 23 Février 2001 relatif à l'ARMP

¹²⁹² *Ibidem*

indépendants»¹²⁹³. Selon le professeur PEKASSA NDAM, la multitude de prérogatives administratives inhabituelles pour un établissement public dont dispose les organes de régulation, le fait qu'ils soient dotés de la personnalité juridique ainsi que d'une organisation spécifique à laquelle il faut ajouter leur autonomie d'organisation et de fonctionnement, font qu'ils doivent être considérés non pas comme de simples établissements publics mais comme des établissements publics administratifs indépendants proche des AAI existantes en France.

Mais force est de constater que l'établissement public qu'est l'ARMP ne rentre pas dans cette configuration. Son indépendance aurait également pu trouver un soubassement dans le décret n° 2001/048 du 23 février 2001 qui l'a créé et qui dispose que *«L'Agence est un établissement public administratif doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière»*. Mais jusqu'ici, cette disposition n'a pas eu pour effet de le rendre autonome ni juridiquement, ni financièrement.

Cela est d'autant plus vrai que le texte qui crée l'ARMP prévoit expressément qu'elle est sous la tutelle du Président de la République. Or la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic définit la tutelle comme étant le *«pouvoir dont dispose l'Etat pour définir et orienter la politique du Gouvernement dans le secteur où évolue l'établissement public administratif ou l'entreprise du secteur public ou parapublic en vue de la sauvegarde de l'intérêt général. Elle s'exerce sur le plan technique et sur le plan financier par un département ministériel ou par toute autre administration ou organe désigné dans les statuts»*. Dans ces conditions, l'ARMP ne saurait disposer, pour reprendre des auteurs, d'une indépendance lui permettant d'échapper à l'influence des préoccupations politiques de court terme¹²⁹⁴.

¹²⁹³ Gérard PEKASSA NDAM, «Les établissements publics indépendants: une innovation fondamentale du droit administratif camerounais», *RASJP*, 2001, n° 1, vol. 2, pp. 153-178. Voir aussi, Agathe-Florence LELE, *op. cit.* p. 12 et s

¹²⁹⁴ Gabriel ECKERT et Jean-Philippe KOVAR, «L'indépendance des autorités de régulation économique et financière: une approche comparée, Introduction», *op. cit.*, p. 625

L'orthodoxie dans la gouvernance de la commande publique voudrait qu'en ce domaine il y ait une séparation des fonctions de passation, de celle de contrôleur et de celle de régulateur. L'ancrage institutionnel de l'organe de régulation n'est pas favorable à l'exercice de sa mission de régulation. Le maintien de ce statut doit aller avec des garanties légales – et non décrétales - supplémentaires.

L'ANRMP de la Côte d'Ivoire, bien que dotée d'un statut particulier répond mieux à l'exigence d'autonomie des organes de régulation.

B. LA SINGULARITE RELATIVE DU STATUT D'ORGANE SPECIAL INDEPENDANT DE L'ANRMP EN COTE D'IVOIRE

L'article 165 du décret n° 2009-259 portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire, prévoyait la création d'une autorité administrative indépendante dénommée, Autorité de régulation qui assurerait la mission de régulation du système des marchés publics et des conventions de délégation de service public. C'est dans cette perspective mais en y apportant des modifications que le décret n° 2009-260 a mis en place l'Autorité nationale de régulation des marchés publics doté du statut d'organe spécial indépendant.

Le statut comme la dénomination d'organe spécial indépendant sont nouveaux dans l'organisation administrative ivoirienne. Bien que son texte constitutif prévoie que l'ANRMP est soumise à la comptabilité publique et au contrôle de la Cour des comptes¹²⁹⁵, la particularité de son statut n'a pas été sans poser de difficultés pratiques. Dans le rapport d'activité de l'ANRMP pour les années 2010 et 2011, le secrétaire général de l'organe de régulation pose le problème en ces termes: le statut d'OSI qui est «*une catégorie juridique peu connue dans la nomenclature des organisations ivoiriennes (...) pose un problème d'inscription budgétaire relativement au choix de la nomenclature la plus appropriée pour*

¹²⁹⁵ Décret n° 2009-260 du 6 août 2009, *op. cit.* article 39

la budgétisation de ses besoins (...). Pour solutionner ce problème, la tendance est pour le moment de l'assimiler pour ce qui est de sa gestion budgétaire et comptable, à un établissement public national»¹²⁹⁶.

La question qui se pose est alors de savoir pourquoi les autorités ivoiriennes ont-elles fait le choix de l'OSI alors qu'elles auraient pu adopter le statut d'AAI bien connu dans la nomenclature des organes administratifs ivoiriens? Dans les autres Etats de l'UEMOA comme le Sénégal et le Burkina Faso, les organes de régulation des marchés publics et des délégations de service public sont des autorités administratives indépendantes¹²⁹⁷. Qu'est-ce qui les différencie de l'ANRMP de la Côte d'Ivoire?

Du point de vue de la composition, l'Autorité nationale de régulation des marchés publics est composée de douze membres représentants en nombre égal l'administration publique, le secteur privé et la société civile¹²⁹⁸. Ces douze membres forment le conseil qui, avec le président constitue les deux organes de gestion de l'ANRMP. Le président est élu par les membres de l'ANRMP. La personne désignée est ensuite nommée par décret.

Sur ce point, l'ANRMP ne s'éloigne guère des Autorités de régulation des marchés publics au Sénégal et au Burkina Faso. Dans ces trois Etats, le conseil de régulation représente l'organe d'administration. Il dispose à cet effet de large pouvoir pour

¹²⁹⁶ ANRMP, *Rapport annuel d'activité, 2010-2011*, op. cit. p. 11

¹²⁹⁷ Sur les autorités administratives indépendantes, voir notamment, Nadjombé GBEOU-KPAYILE, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes dans les Etats d'Afrique noire francophone Les cas du Bénin, du Niger et du Togo*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers-Université de Lomé, 2011, 487 p. Babaly SALL, *Contribution à l'étude des autorités administratives indépendantes*, Lille, Atelier national de reproduction des Thèses, 1990, 431f. Michel GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, 1994, 2^e éd., 160 p. Paul SABOURIN, «Les autorités administratives indépendantes dans l'Etat», op. cit., Voir aussi les actes du Colloques sur *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible?*, organisé par la Cour de cassation (France) le 26 mars 2010 et publié dans la *RFDA*, 2010, n° 5, p. 873et s. Abdoulaye Diarra, «Les autorités administratives indépendantes dans les Etats francophones d'Afrique noire – Cas du Mali, du Sénégal et du Bénin, *Afrilex*, 2000/00, 25p.». Ngor NGOM, *Réflexion sur un phénomène récent en Afrique: les autorités administratives indépendantes*, op. cit. Paul Sabourin, «Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle», *AJDA*, 1983, p. 275-295.

¹²⁹⁸ Décret n° 2009-260 du 6 août 2009, op. cit., article 5.

définir et orienter la politique de l'organe de régulation et évaluer sa gestion¹²⁹⁹. A côté de leur conseil de régulation, les organes de régulation disposent d'une instance chargée de l'administration et de l'application de la politique générale sous le contrôle du Conseil de régulation. Il s'agit du Président du Conseil de régulation en Côte d'Ivoire, du secrétaire permanent au Burkina Faso et du Directeur général de l'ARMP au Sénégal.

Le secrétaire permanent de l'ARMP du Burkina Faso est assisté de directeurs de services. Il les recrute en mettant en œuvre une procédure de sélection et ne peut les nommer sans l'approbation du Conseil de régulation. Au Sénégal, le Directeur de l'ARMP est assisté par des directeurs techniques dont le recrutement est fait à la suite d'une procédure d'appel d'offres organisé par la direction général. Ensuite c'est le Conseil de régulation qui les nomme sur proposition du Directeur général. On voit ainsi que le conseil de régulation composé de façon paritaire par tous les acteurs de la commande est à l'origine de toutes les décisions déterminantes dans le fonctionnement de l'agence de régulation et dans l'accomplissement de la mission de régulation.

C'est à ce niveau que l'ANRMP présente une spécificité par rapport aux autres organes de régulation. Selon l'article 30 du décret relatif à l'ANRMP, le Président est assisté par un secrétaire général nommé par décret et de trois secrétaires généraux nommés par arrêté. Même si le texte prévoit que leur nomination fait suite à un appel à candidature, le fait que la nomination à des fonctions aussi importantes échappe à l'organe paritaire qu'est le conseil de régulation et revienne à l'administration crée un certain déséquilibre dans la gestion de l'organe de régulation et porte un coup à son autonomie.

D'ailleurs, lors d'une évaluation du système de gestion des marchés publics il avait été noté parmi les faiblesses de la régulation d'une part le fait que l'ANRMP soit rattaché au ministre en charge des marchés publics qui est l'autorité de tutelle de l'organe central de contrôle et d'autre part la nomination des secrétaires par décret. Le décret du 8

¹²⁹⁹ *Ibidem.*, article 23. Article 5 du Décret n° 2007- 546 relatif à l'ARMP du Sénégal et article 6 du décret n° 2009-249 du 24 décembre 2009 relatif à l'ARMP au Burkina Faso.

mai 2013 a corrigé la première faille en rattachant l'ARMP à la Présidence de la République. Par contre est resté inchangée la nomination des secrétaires par arrêté.

Ceci qui laisse penser que les créateurs de l'ANRMP ne définissent la notion d'organe spécial indépendant, il semble que leur but était de mettre en place une structure qui ne puisse avoir le degré d'autonomie de l'autorité administrative indépendante. Quelque soit le niveau d'indépendance, qui lui est accordée il restera toujours une main mise plus ou moins importante de la hiérarchie administrative sur son fonctionnement.

Est-ce à dire que le modèle de l'AAI est la panacée en matière de régulation?

Les quelques années de fonctionnement des organes de régulation, autorités administratives indépendantes, ont permis de voir que ces organes ne sont pas non plus à l'abri de décision de l'administration centrale venant perturber leur fonctionnement. Le décret 20 octobre 2010 adopté par les autorités réglementaires sénégalaises dont le but était de revenir sur la composition paritaire de l'organe de régulation en est une illustration¹³⁰⁰. Il en est de même de la restructuration de l'ARMP du Cameroun qui en fait aujourd'hui «une coquille vide» face à l'ANRMP. Est donc posée la question de l'adéquation de la nature réglementaire des textes qui créent les organes de régulation. Quelles que soient la nature juridique ou l'étendue des compétences des organes de régulation, leur création par les autorités réglementaires fragilise leur situation. La création, l'organisation et le fonctionnement des organes de régulation devrait relever de la loi soutenue par la volonté politique des pouvoirs publics.

¹³⁰⁰ C'est la loi du 30 juin 2006, qui annonce la création d'un organe de régulation mais elle laisse au pouvoir réglementaire, la liberté de définir, l'organisation et le fonctionnement de celui-ci. Ainsi par le décret n° 2010-1396 du 20 octobre 2010 (J.O. n° 6569 du Samedi 5 février 2011) était venu en effet modifier celui du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP pour amener le nombre des membres du Conseil de régulation à 12 dont 6 représentant l'administration publique, trois pour le secteur privé et trois pour la société civile. Face à la contestation, ce texte n'a pas été appliqué mais il est une preuve de la fragilité de l'équilibre sur lequel repose l'organe de régulation.

La question de leur financement doit aussi être posée. Il n'est pas été établi de lien entre le financement des organes de régulation et leur indépendance¹³⁰¹. Par contre comme pour toute administration, les finances des organes de régulation ont un impact certain sur leur fonctionnement et l'exécution de leur mission. La diversité caractérise les modalités de financement des organes de régulation. Les textes qui les instituent prévoient plusieurs ressources pour leur financement dont les subventions de l'Etat, la redevance de régulation, les dons des bailleurs etc.¹³⁰². Il est néanmoins apparu que les organes de régulation ne sont pas à l'abri de difficultés financières. L'auditeur indépendant qui a réalisé le rapport d'audit de l'année 2007 pour l'Agence de régulation des marchés publics au Cameroun, soulignait à ce propos le non renversement à l'ARMP de l'intégralité des droits de régulation transitant par le Trésor public qui entravait le fonctionnement de l'Agence.

Qu'ils soient des organes spéciaux indépendants ou des autorités administratives indépendantes, les organes de régulation des marchés publics du Sénégal, du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire jouissent d'une indépendance plus importante que l'ARMP du Cameroun. Il n'en demeure pas moins que pour la pérennité de la régulation, les statuts des organes de régulation doivent être mieux protégés.

Le contrôle de la commande publique appartient aussi aux organes chargés du règlement des litiges. Ainsi, la rénovation des organes de contrôle et de régulation de la commande publique est complétée par le renouvellement des organes en charge du contentieux.

¹³⁰¹ Eric OLIVA, «L'autonomie budgétaire et financière des autorités de régulation économique», *RDP*, 2014, n° 2, pp. 340-357.

¹³⁰² Article 36, Décret n° 2009-260 du 6 août 2009 relatif à l'ANRMP en Côte d'Ivoire. Article 43, Décret n° 2009-849 du 24 décembre 2009, *op. cit.*, (Actuel article 54, Décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique, *op. cit.*). Article 37, Décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 relatif à l'ARMP au Sénégal. Article 19, Décret n° 2001-048 du 23 février 2001 relatif à l'ARMP au Cameroun.

CHAPITRE II.

L'ADAPTATION DES MECANISMES DE REGLEMENT DES LITIGES AUX EXIGENCES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les nouvelles réglementations relatives aux contrats de la commande publique prévoient la mise en place de mécanismes de règlement des litiges qui promeuvent la recherche de solutions aux différends en dehors du prétoire¹³⁰³. Les modes alternatifs de règlement des litiges au sens de «modes alternatifs au règlement par le juge étatique»¹³⁰⁴ se sont renforcés. Le but étant de trouver, à travers le règlement des litiges, un moyen de contrôle plus adapté aux exigences de célérité et de transparence qui caractérisent le contentieux de la commande publique. Il s'est également agi de trouver des mécanismes de règlement des litiges permettant de contourner les obstacles qui ankylosent le fonctionnement de la justice dans le contexte des Etats d'Afrique noire francophone¹³⁰⁵.

Le contournement des prétoires et la recherche de solutions amiables ne sont pas apparus avec l'avènement des contrats de la commande publique. Les techniques comme la médiation, la conciliation et les institutions telles que les médiateurs, les autorités administratives indépendantes existent depuis longtemps et montrent que les litiges se règlent tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des prétoires.

¹³⁰³ Alioune Badara FALL, «Réflexion sur quelques procédés non juridictionnels de règlement des litiges administratifs», in Dominique DARBON, Jean du BOIS de GAUDUSSON, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 421- 441. Kaline SANTOS FERREIRA, *Le contentieux administratif en dehors du juge, Étude comparée des Droits Français et Brésilien*, Thèse de doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, 342 p.

¹³⁰⁴ Laurent RICHER, «Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif», *AJDA*, 1997, n°1, pp. 3-9. *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, Dossier *AJDA*, 1997, n°1.

¹³⁰⁵ Alioune Badara FALL «Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics, pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique» *Afrilex*, 2003, <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/le-juge-le-justiciable-et-les.html>. Jean du BOIS de GAUDUSSON, «Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone», *Afrique contemporaine*, 1990, n° spécial, pp. 6-12. Jean du BOIS de GAUDUSSON, «La justice en Afrique: nouveaux défis, nouveaux acteurs», Introduction thématique, *Afrique contemporaine*, 2014/2 n° 250, pp. 13-28. Ahmed Tidiane BA, «L'avenir de la juridiction administrative au Burkina Faso», *Revue Burkinabé de droit*, 2002, n° 42, pp. 9-34. Henri-Claude NJOCKE, *L'accès au juge administratif camerounais*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2005, 530 f. Basile Yao DIASSIE, *Pour une justice au service des partenaires administratifs. Contribution à l'étude de l'organisation juridictionnelle administrative de la Côte d'Ivoire*, Lille, ANRT, 1987. René DEGNI-SEGUI, «L'accès à la justice et ses obstacles», in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, Éditions AUPELF-UREF, 1994, pp. 241-256. Guillaume FOUUDA, «L'accès au droit : richesse et fécondité d'un principe pour la socialisation juridique et l'Etat de droit en Afrique noire francophone», *Afrilex*, 2000/1, 11 p. Nazam HALAOUI, «La langue de la Justice et les Constitutions africaines», *Droit et Société*, 2002/51-52, pp. 345-367.

Au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire, Etats qui, par ailleurs, sont bien représentatifs des évolutions en cours dans la zone UEMAO, le contrôle contentieux de la commande publique n'est pas uniquement le fait des juges étatiques. Il est essentiellement assuré par des organes placés au sein des autorités de régulation¹³⁰⁶.

La concurrence, voire le contournement que subissent les juridictions, est aussi un fait remarqué au Cameroun. Le professeur Magloire ONDOA relève ainsi que *«la compétence de la juridiction administrative, inlassablement affirmée par les textes généraux relatifs au contentieux administratif»*¹³⁰⁷, subit *«une sourde et subtile concurrence des modes alternatifs de règlement des conflits administratifs et en particulier de l'arbitrage»*.

Le renouvellement des mécanismes de règlement des litiges relatifs aux contrats de la commande publique s'observe dans le contentieux de la passation et de l'exécution. Il s'est ainsi traduit d'une part, par l'institution d'organes administratifs chargés uniquement du contentieux de la commande publique (Section 1). Il s'est manifesté d'autre part, par la levée des obstacles à la soumission des contrats de la commande publique à l'arbitrage (Section 2).

¹³⁰⁶ Par exemple: Titre VIII, art 169 et s. du Décret n° 0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012 portant code des marchés publics au Gabon., disponible sur le site de la direction générale des marchés publics: <http://dgmp.ga/textes-juridiques/textes-reglementaires>. Décret n° 2013-569/PRN/PM du 20 décembre 2013 portant Code des Marchés Publics et des Délégations de Service Public au Niger, http://www.armp-niger.com/workspace/uploads/reglementation/decret-2013-569-du-20-decembre-2013_1.pdf et le Décret n° 2011-687/PRN/PM du 29 décembre 2011 portant attributions, composition, organisation et modalités de fonctionnement de l'Agence de régulation des marchés publics: <http://www.armp-niger.com/workspace/uploads/reglementation/decret-ndeg2011-687-portant-composition-attributions-et-fonctionnement-de-l-armp.pdf>. Décret n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics au Togo modifié par le décret n° 2011-182/PR du 28 décembre 2011, texte disponible sur le site de l'Autorité de régulation des marchés publics: http://www.armp-togo.com/index.php?option=com_content&view=article&id=89&Itemid=80

¹³⁰⁷ Magloire ONDOA, préface à l'ouvrage de Jacques BIAKAN, *Droit des marchés publics au Cameroun: contribution à l'étude des contrats publics*, op. cit. p. 11

SECTION I. LA MISE EN PLACE D'ORGANES ADMINISTRATIFS CHARGES DU CONTENTIEUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Il peut sembler paradoxal d'associer fonction contentieuse et organes administratifs. Mais le paradoxe naîtrait alors d'une acceptation de l'amalgame souvent fait entre fonction contentieuse et fonction juridictionnelle. La fonction juridictionnelle n'est en vérité qu'une modalité de mise en œuvre de la fonction contentieuse. Autrement dit, il peut y avoir un contentieux en dehors des juridictions¹³⁰⁸.

La distinction entre la fonction juridictionnelle et la fonction contentieuse est clairement établie dans plusieurs écrits. Marcel WALINE, par exemple, part du constat que les juridictions peuvent exercer des fonctions qui ne sont pas contentieuses¹³⁰⁹. Le professeur Jacques CHEVALLIER expliquera par la suite, que *«la fonction juridictionnelle est l'illustration de ce processus d'institutionnalisation de la fonction contentieuse qui incombe au système social, d'apaiser les conflits apparus en son sein»*¹³¹⁰. Ainsi, conçoit-il qu'un litige puisse être résolu par une personne, voire une autorité dont le statut ne permet pas de reconnaître la qualité de juge¹³¹¹. Partant des analyses du professeur CHEVALLIER, le Professeur Jean-Marie AUBY, considère à son tour qu'on peut *«désigner sous le nom de fonction contentieuse l'ensemble constitué par la fonction juridictionnelle et celle qu'assure l'administration dans le cas du recours administratif»*¹³¹².

¹³⁰⁸ Voir Marc GJIDARA, La fonction administrative contentieuse: étude de science administrative, Paris, LGDJ, 1972, p. 5: Selon cet auteur, identifier la fonction contentieuse à la fonction juridictionnelle reviendrait à dire *«qu'il n'y a pas de contentieux là où aucun juge n'intervient»*.

¹³⁰⁹ Marcel WALINE, «Elément d'une théorie de la juridiction constitutionnelle», RDP, 1928, p. 446.

¹³¹⁰ Jacques CHEVALLIER, «Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle», in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel STASSINOPOULOS: problèmes de droit public contemporain*, Paris, LGDJ, 1974, p. 278.

¹³¹¹ *Ibidem*

¹³¹² Jean-Marie AUBY, «Autorités administratives et autorités juridictionnelles» *AJDA*, 1995, numéro spécial p. 91-98. Pour d'autres études allant dans le même sens: Jacques CAILLOSSE, «Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration», *ADJA*, 2003, n°17, pp. 880-887. Paule QUILICHINI, «Réguler n'est pas juger», *ADJA*, 2004, n° 20, pp. 1060-1069

L'analyse des textes et de la pratique relatifs au règlement des litiges à la lumière de ces considérations montre que les organes administratifs, que sont le Ministère des marchés publics au Cameroun et les Autorités de régulation dans les Etats de l'UEMOA, exercent pleinement une fonction contentieuse dans le domaine de la commande publique. L'analyse se limitera cependant à la gestion du contentieux de la passation par ces organes de règlement des litiges (§I). Même s'ils ont des compétences pour régler les litiges nés dans le cadre de l'exécution, les mécanismes mis en place pour le règlement des différends portant sur la passation par ces organes administratifs sont de loin les plus achevés et fournissent pas conséquent plus de matière à notre étude. En plus, dans les Etats de l'UEMOA, l'attribution aux organes de régulation de la compétence pour connaître des litiges relatifs à la passation produit des effets inattendus. Ils concernent principalement la place des juridictions dans le contentieux de la commande publique. Le juge revient dans le contentieux des contrats, mais ce retour soulève des difficultés (§II).

§ 1. LA GESTION DU CONTENTIEUX DE LA PASSATION

Une nette distinction doit être faite entre le système camerounais dans lequel le MINMAP est au cœur du contentieux non juridictionnel et les systèmes mis en place au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire. Chez ces pays, sous l'influence du droit communautaire, ont été développés des systèmes de règlement des différends organisés autour des autorités de régulation (B). Dans le cas du Cameroun, les autorités publiques ont opté pour des solutions ambiguës. Si la volonté de suivre le mouvement général consistant à confier le contentieux de la passation des marchés publics et des contrats de délégation de service public à un organe administratif qui garantirait la célérité et la transparence de la procédure est manifestée, la solution institutionnelle choisie apparaît bien problématique (A).

A. LA GESTION QUASI EXCLUSIVE DU CONTENTIEUX DE LA PASSATION PAR LE MINISTRE EN CHARGE DES MARCHES PUBLICS AU CAMEROUN: UNE FONCTION CONTENTIEUSE PROBLEMATIQUE

Le règlement des litiges entre l'administration contractante et les candidats évincés confirme la place prépondérante du Ministère des marchés publics parmi les organes intervenant dans le système de gestion des marchés publics et des délégations de service public. En effet, il n'existe qu'une seule voie de recours qui s'ouvre devant le Ministère en charge des marchés publics.

Avant la création de ce département ministériel, c'est dans le décret du 24 septembre 2004 que l'on retrouvait l'essentiel de la réglementation du contentieux des marchés publics et des délégations de service public.

Ce texte permettait à tout candidat évincé de saisir selon le cas, le maître d'ouvrage, le maître d'ouvrage délégué et l'autorité des marchés publics (le premier ministre) à trois moments précis de la procédure de passation¹³¹³. Les contestations pouvaient selon l'article 92 du décret être soulevées *«entre la publication de l'avis d'appel, d'offres y compris la phase de pré-qualification des candidats et l'ouverture des plis, à l'ouverture des plis, entre la publication des résultats et la notification de l'attribution»*.

Entre la publication de l'avis d'appel d'offres ou de l'avis de pré-qualification et l'ouverture des plis, c'est le maître d'ouvrage qui était compétent pour connaître des contestations soulevées par les soumissionnaires. Conformément aux exigences du recours gracieux préalable, l'autorité contractante était compétente pour connaître des contestations soulevées par les soumissionnaires. Une copie de la requête était adressée à l'organe de régulation et au président de la commission de passation pour les en informer¹³¹⁴. Le texte était muet sur les motifs pouvant fonder un recours à ce stade de la

¹³¹³Décret n° 2004- 275 du 24 septembre 2004, *op. cit.* art. 92.

¹³¹⁴*Ibidem.* article 93-a).

procédure. Mais l'on peut considérer que les contestations peuvent porter sur les modalités de publication de l'avis et sur le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence ou sur le rejet de la pré-qualification. S'agissant du délai accordé aux candidats pour exercer leurs recours, il était de 14 jours avant la date d'ouverture des offres. Le maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué disposait à son tour de 5 jours pour rendre sa décision. En cas de rejet de la requête, le candidat pouvait saisir le premier ministre qui était selon le Code des marchés publics, «l'autorité des marchés publics». Toutefois, ce recours n'était pas suspensif¹³¹⁵. L'efficacité de la voie de recours offert à ce stade de la procédure de passation était ainsi compromise.

En ce qui concerne les recours au stade de l'ouverture des plis, ils devaient être portés devant le premier ministre¹³¹⁶. Une copie était alors adressée au maître d'ouvrage ou au maître d'ouvrage délégué et à l'ARMP. Ces recours ne pouvaient porter que sur la violation des procédures par le maître d'ouvrage ou sur l'irrégularité des pièces fournies par les soumissionnaires. Ces derniers disposaient d'un délai de 3 jours ouvrables après l'ouverture des plis pour adresser leurs recours à l'autorité compétente. Ce recours n'entraînait pas la suspension de la procédure de passation.

Le premier ministre était aussi l'autorité compétente pour connaître des recours formés contre la décision d'attribution du marché¹³¹⁷. Les requérants disposaient d'un délai de 5 jours ouvrables après la publication des résultats pour introduire leurs recours. Le premier ministre pouvait alors décider de suspendre la procédure de passation à ce stade.

Chacun de ces recours pouvait aboutir à l'annulation de la procédure contestée ou à sa reprise ou bien à l'adoption de mesures correctives¹³¹⁸.

¹³¹⁵ Décret n° 2004- 275 du 24 septembre 2004, *op. cit.* art. 93 e)

¹³¹⁶ *Ibidem.*, article 94

¹³¹⁷ *Ibidem.*, article 95

¹³¹⁸ Circulaire n° 004/CAB/PM du 30 décembre 2005 relative à l'application du Code des Marchés Publics, <https://www.prc.cm/fr/investir/marches-publics/163-cameroun-l-application-du-code-des-marches>

De ce dispositif, les réformes intervenues en 2012 n'ont vraisemblablement conservé que les délais¹³¹⁹ ainsi que les différentes étapes à l'issue desquelles, un recours est possible.

Désormais, c'est le ministre en charge des marchés publics qui représente l'organe compétent pour instruire les requêtes et trancher les différends¹³²⁰. Selon la circulaire du 19 juin 2012, *«tout soumissionnaire qui s'estime lésé dans une étape de la procédure, peut introduire une requête auprès du ministre en charge des Marchés publics, avec copie à l'Agence de régulation des Marchés publics, et au chef de la structure auprès de laquelle est placée la commission»*¹³²¹. Les termes englobant de cette disposition impliquent que les maîtres d'ouvrage perdent toutes leurs compétences dans le contentieux de la passation.

Au-delà du fait que cette circulaire bouleverse toute l'organisation du contentieux non juridictionnel de la passation des marchés publics et des délégations de service public, ses dispositions posent une question de légalité. Ce texte abroge des dispositions du décret du 24 septembre 2004 portant Code des marchés publics. L'inintelligibilité des règles régissant le contentieux de la passation et l'insécurité juridique qui en découle sont contraires à l'orthodoxie actuelle qui règne dans le champ de la commande publique.

Pour instruire les requêtes, le ministre en charge des marchés publics est doté d'une Cellule des requêtes et du contentieux qui n'est pas sans rappeler la cellule recours et sanctions de l'ANRMP de la Côte d'Ivoire¹³²². Cette cellule a pour rôle notamment d'examiner les requêtes et de mener l'instruction en liaison avec les directions techniques¹³²³. L'ARMP peut être associée à l'analyse de la requête. Sur demande du MINMAP, elle peut procéder à l'examen des recours en concertation avec les acteurs

¹³¹⁹ Circulaire du 19 juin 2012, *op. cit.* parag. 28: « Sous peine de forclusion, toute requête doit être formulée dans les délais prévus par le Code des Marchés publics »

¹³²⁰ *Ibidem.*

¹³²¹ Cette compétence du MINMAP est également consacrée par le décret n° 2012/074 du 08 mars 2012 portant création organisation et fonctionnement des Commissions de Passation des Marchés Publics, *op. cit.* art 34

¹³²² *Ibidem.*, article 12.

¹³²³ *Ibidem.*, article 10.

concernés et donner un avis technique¹³²⁴. Dans tous les cas, il appartient au ministre en charge des marchés publics de régler les différends. Mais sur ce point, une relecture des dispositions fixant le délai de traitement des litiges est nécessaire. Alors qu'il est fixé à 30 jours par le décret n° 2012/074 du 08 mars 2012 portant création organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics, la circulaire du 19 juin 2012 le ramène à 15 jours suivant la saisine du MINMAP¹³²⁵. Il est évident que le délai de 15 jours est plus en adéquation avec l'exigence de célérité des procédures et des recours dans le cadre de la passation. Mais les soumissionnaires pouvant toujours se voir opposer celui de 30 jours, une harmonisation de ces deux textes paraît nécessaire.

La prédominance du MINMAP, dans la gestion du contentieux des contrats de la commande publique connaît cependant une limite. Il s'agit du contentieux de la passation des contrats de partenariat qui lui échappent.

La loi du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat est muet sur le règlement des différends nés de leur passation. C'est son décret d'application¹³²⁶ qui fournit une ébauche du mode de règlement de ces litiges en confiant la compétence à l'autorité adjudicatrice. Ce recours doit être formé dans un délai de trois jours à compter de la date de publication et de notification des résultats de chacune des phases de passation du contrat de partenariat. Il est ouvert à tout candidat s'estimant lésé dans la procédure de passation et ne peut porter que sur la conformité des actes et procédures aux règles de concurrence. Le texte n'en dit pas plus. Ce qui montre que le régime de règlement des différends portant sur la passation des contrats de PPP est encore incomplet et mérite à ce titre d'être développé.

En définitive, le contentieux de la passation devant les organes administratifs au Cameroun, montre que les réformes doivent encore aller plus loin dans la mise en place de

¹³²⁴ Article 3 du décret n° 2001/048 du 23 février 2001 portant création, organisation et fonctionnement de l'Agence de Régulation des Marchés Publics (modifié), *op. cit.*

¹³²⁵ Circulaire 19 juin 2012, *op. cit.* parag. 28

¹³²⁶ Décret n° 2008/0115/PM du 24 janvier 2008, *op. cit.*, article 38

mécanismes de règlement des litiges adaptés. Celui relatif aux contentieux de la passation des contrats de partenariat doit être achevé. L'efficacité du système de gestion du contentieux de la passation des marchés publics et des contrats de délégation de service public, soulève aussi des réserves. A notre sens, il faudrait que le législateur camerounais instaure clairement la séparation des fonctions de passation, de contrôle et de règlement des litiges. La gestion du contentieux non juridictionnel de la passation des marchés et des DSP doit revenir à l'Agence de régulation des marchés publics.

C'est cette démarche qui a été tentée dans les réformes initiées au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire. Sous l'influence des directives communautaires, ont été mis en place dans ces pays, des organes de règlement des différends placés au sein des organes de régulation et compétents pour connaître des litiges nés de la passation des marchés publics et des délégations de service public et pour certains, des différends nés de la passation des contrats de partenariat public-privé.

B. LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITES DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS AU SENEGAL, AU BURKINA FASO ET EN COTE D'IVOIRE, UNE INNOVATION PERFECTIBLE

L'intervention des organes de règlement des différends (2) est précédée au Sénégal, en Côte d'Ivoire et au Burkina Faso, d'un recours obligatoire devant l'autorité contractante (1). Ces mécanismes de règlement des litiges innovants, rencontrent des obstacles qu'il serait utile de lever (3).

1. L'association des autorités contractantes au règlement des litiges

Le recours administratif préalable est une étape intangible dans le cadre du contentieux des marchés publics et des délégations de service public en Côte d'Ivoire¹³²⁷. Il se pose dans les mêmes termes pour les contestations liées à la passation des contrats de partenariat public-privé.

Pour ces derniers contrats, la loi relative au contrat de partenariat donne à l'ANRMP, compétence exclusive pour connaître des «*différends relatifs aux procédures d'attribution des contrats de PPP, sans préjudice des recours éventuels devant les juridictions compétentes ou, le cas échéant, devant les organes de régulation sectorielle*»¹³²⁸. La loi ne définit cependant pas une procédure à suivre pour le règlement de ces différends mais elle les soumet à celles qui existent déjà dans les «*dispositions réglementaires en vigueur*». Or ces procédures sont celles figurant dans le Code des marchés publics et dans l'arrêté n° 661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la cellule recours et sanctions de l'autorité nationale de régulation des marchés publics en Côte d'Ivoire. Ainsi, au contentieux de la passation des contrats de PPP devant les organes administratifs s'applique le dispositif applicable aux marchés publics et au DSP.

Ce dispositif prévoit que : «les différends ou litiges nés à l'occasion de la passation, de l'exécution, du règlement et du contrôle des marchés publics ne peuvent en aucun cas être portés devant la juridiction compétente avant l'épuisement des voies de recours amiables prévues aux articles 167 à 169 ci-dessous»¹³²⁹. La première voie de

¹³²⁷ Sur le recours administratifs préalable dans le contentieux de la passation des marchés publics et des DSP en Côte d'Ivoire, Vincent BILE, «Le recours préalable dans le contentieux non juridictionnel en matière des marchés publics et l'exception ivoirienne», publié sur le site de l'ANRMP, <http://anrmp.ci/actualites/contributions/17-contenu-dynamique/contributions/248-le-recours-prealable-dans-le-contentieux-non-juridictionnel-en-matiere-des-marches-publics-et-lexception-ivoirienne-69862486> (dernière consultation le 05/11/2014)

Sur le recours administratif préalable en général voir par exemple: Jean-Marie AUBY, «Les recours administratifs préalables», *AJDA*, 1997, n° 1, pp. 10-15. Lucienne ERSTEIN, «Le recours préalable obligatoire, un signe de bonne administration?», *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2014, n° 14, pp. 37-39

¹³²⁸ Décret n° 2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de PPP, *op. cit.*, article 30

¹³²⁹ Décret n° 2009-259 du 6 août 2009 portant code des marchés publics, *op. cit.* art. 166.

recours, prévue à l'article 167, est le recours gracieux devant l'autorité administrative auteur de la décision contestée¹³³⁰. Il s'agit là d'une voie de recours «classique» en ce sens qu'elle rentre dans le cadre normal de la procédure administrative contentieuse en Côte d'Ivoire¹³³¹.

Ensuite, la décision rendue par l'autorité administrative peut faire l'objet d'un recours devant son supérieur hiérarchique et une copie de ce recours doit être adressée à l'ANRMP¹³³². Le recours hiérarchique est facultatif.

En ce qui concerne les délais, le recours du soumissionnaire devant l'autorité qui a pris la décision contestée doit se faire dans les 10 jours ouvrables suivant la notification ou la publication. Cette autorité dispose d'un délai de 5 jours ouvrables pour rendre sa décision¹³³³. Son silence à l'issue de ce délai vaut rejet et le soumissionnaire évincé doit saisir l'autorité hiérarchique à qui s'applique le même délai de 5 jours ouvrables pour se prononcer sur la requête du soumissionnaire. Au delà de ce délai, son silence équivaut à un rejet et le requérant peut saisir l'ANRMP. C'est aussi à l'ANRMP que doit s'adresser le requérant en cas de décision expresse de rejet. Le recours doit être introduit dans un délai de 5 jours ouvrables à compter de la décision de rejet.

Ainsi le délai du recours gracieux dans le contentieux des marchés publics et des délégations de service public est dérogatoire par rapport au délai de droit commun qui est de 2 mois à compter de la notification pour les actes individuels ou de la publication pour les actes réglementaires. Ce délai de 10 jours s'explique par le besoin de célérité de la procédure. Mais parce qu'il est très court, l'Organe de règlement des différends accorde

¹³³⁰ Ainsi aux termes de cette disposition du code des marchés publics, *«les soumissionnaires s'estimant injustement évincés des procédures soumises aux dispositions du présent code peuvent introduire un recours formel préalable à l'encontre des décisions rendues, leur causant préjudice, devant l'autorité qui est à l'origine de la décision contestée»*.

¹³³¹ Akoua Viviane-Patricia AMBEU, *La fonction administrative contentieuse en Côte d'Ivoire*, op. cit.

¹³³² Décret n° 2009-259 du 6 août 2009 portant code des marchés publics, op. cit., article 167

¹³³³ *Ibidem.*, art. 168

une importance particulière aux modalités de la publication ou de la notification afin d'éviter les cas de forclusion injustifiés.

En atteste la décision rendue par la cellule recours et sanction le 5 juin 2014 dans l'affaire opposant la société HANDLING Côte d'Ivoire et le Ministère des Transports¹³³⁴. Pour s'assurer que le soumissionnaire a exercé le recours gracieux dans les délais, l'ANRMP n'a pas hésité à envoyer un message à l'adresse électronique à laquelle l'autorité contractante prétendait avoir envoyé la notification. Constatant que le message lui est revenu immédiatement au motif que l'adresse était erronée, l'organe de régulation en conclut que la date à retenir pour la notification est celle avancée par le soumissionnaire à savoir le 21 mars 2014 et non le 12 mars 2014 comme le soutient l'autorité contractante. Partant de là, la cellule recours et sanction a considéré qu'en exerçant le recours gracieux le 28 mars 2014, le soumissionnaire était dans les délais du recours gracieux.

Les vertus du recours administratif préalable sont nombreuses. Mais son caractère facultatif ne peut que renvoyer l'image d'un mécanisme de règlement des litiges inachevé. Or tel était le cas au Sénégal, jusqu'à l'adoption du décret du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics.

Dans le décret du 27 juillet 2011, l'article 88 prévoyait que «tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché est habilité à saisir la personne responsable du marché d'un recours gracieux». Cette disposition posait ensuite les conditions du recours gracieux. L'article 89 disposait qu' «en l'absence de suite favorable de son recours gracieux, le requérant dispose de trois (3) jours ouvrables à compter de la réception de la réponse de l'autorité contractante ou de l'expiration du délai de cinq (5) jours mentionné à l'article précédent pour présenter un recours au Comité de Règlement des Différends en matière de

¹³³⁴ Décision n° 014/2014/ANRMP/CRS du 05 juin 2014 sur le recours de la société handling Côte d'Ivoire contestant les résultats de l'avis à manifestation d'intérêt n° S79/2013 relatif à la mise en concession de la fourniture des services d'assistance en escale à l'aéroport international Felix Houphouët-Boigny d'Abidjan organisé par le ministère des transports, *op. cit.*

passation des marchés publics, placé auprès de l'Organe chargé de la régulation des marchés publics».

Se détachant de la lettre des textes, l'organe de règlement des différends interprète ces dispositions comme consacrant le caractère facultatif du recours gracieux. Cette démarche le conduit à empiéter sur le champ de compétence de l'autorité de recours gracieux. Ainsi, lorsqu'il analysait la recevabilité des recours, le Comité de règlement des différends, considérait *«qu' il résulte des dispositions des articles 88 et 89 du Code des marchés publics, que tout candidat à un marché public peut, soit saisir l'autorité contractante d'un recours gracieux (...) puis, le cas échéant, le CRD (...), soit saisir directement le CRD dans les trois (3) jours suivant la publication de l'avis d'attribution provisoire du marché, de l'avis d'appel d'offres ou de la communication de la demande de proposition»*¹³³⁵.

Le décret du 22 septembre 2014 a mis fin à cette ambiguïté. L'article 89 du nouveau Code dispose que : « tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché doit préalablement à tout recours contentieux saisir la personne responsable du marché d'un recours gracieux (...) ».

¹³³⁵ Voir par exemple: Décision n° 085/14/ARMP/CRD du 02 avril 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de la Société African Industries Gateway demandant l'annulation de l'appel à candidature pour la sélection d'opérateurs pour l'exploitation de la plateforme de distribution lancé par le Port Autonome de Dakar; <http://www.marchespublics.sn/fichiers/812718606535642a2dcc80.pdf>
Décision n° 191/14/ARMP/CRD du 18 juillet 2014 du CRD statuant en commission litiges prononçant la suspension de la procédure de passation du marché relatif à l'acquisition de véhicules utilitaires, lancé par la Société PETROSEN,
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=983:decision-nd-19114armprcd-du-18-juillet-2014&Itemid=1015
Décision n° 174/13/ARMP/CRD du 10 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de la Sénégalaise de l'automobile contestant l'attribution provisoire du lot n° 1 de l'appel d'offres lancé par le Ministère de l'urbanisme et de l'habitat pour l'acquisition de matériels roulant
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=555:decision-nd-17413armprcd-du-10-juillet-2013&Itemid=584

Les modalités du recours n'ont quant à elles pas changé¹³³⁶. La personne responsable du marché doit être saisie par «une notification écrite indiquant les références de la procédure de passation du marché et exposant les motifs de sa réclamation par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou déposée contre récépissé». Les décisions pouvant faire l'objet d'un recours sont celles relatives à l'attribution ou à la non attribution du contrat. Les modalités de publication des différents avis (avis d'appel public à la concurrence, avis à manifestation d'intérêt, avis d'attributions etc.) peuvent également être contestées ainsi que le contenu du dossier d'appel d'offres. Sont visées plus précisément les règles relatives à la participation des candidats, aux capacités et aux garanties exigées, le mode de passation et la procédure de sélection, les spécifications techniques retenues et les critères d'évaluation.

L'article 89 pose également une exigence tenant au degré de la violation contestable. Ainsi, le recours doit invoquer une «une violation caractérisée de la réglementation des marchés publics». La question du sens à donner à cette exigence se pose. La violation caractérisée se mesure-t-elle au niveau des conséquences qu'elle induit ou bien par rapport à l'importance de la règle violée ou bien de la combinaison des deux?¹³³⁷ L'imprécision de cette exigence confère à l'organe chargé de régler les litiges le pouvoir de filtrer les recours de façon discrétionnaire. Mais l'inexistence, à notre connaissance, d'un rejet fondé sur l'absence de «violation caractérisée de la réglementation» laisse penser que pour les autorités, une simple violation de la réglementation suffit pour qu'un recours puisse être recevable, du moment que les délais de recours sont respectés.

Concernant ces derniers, ils sont répartis en délai de saisine et délai de traitement du recours. Le premier est fixé à 5 jours ouvrés à compter de la publication de l'avis d'attribution provisoire, de l'avis d'appel à la concurrence ou de la communication du dossier d'appel à la concurrence. Pour ce qui est du délai de traitement de la requête, le

¹³³⁶ Décret n° 2014-1212 du 22 septembre, *op. cit.*, article 89

¹³³⁷ Voir sur cette exigence, Issakha NDIAYE, *op. cit.* p. 157

Code des marchés publics dispose que : *«la personne responsable du marché est tenue de répondre à cette réclamation dans un délai de 3 jours ouvrés, au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours gracieux»*¹³³⁸.

Le système de gestion du contentieux de la passation des marchés et des DSP du Burkina Faso faisait aussi partie de ceux dans lesquels le recours préalable devant l'autorité contractante était facultatif.

Les entreprises désirant contester une décision ou un acte dans le cadre de la procédure de passation pouvaient directement saisir l'organe de règlement des différends au sein de l'Autorité de régulation des marchés publics. Le Code des marchés publics ne fait aucune référence au recours administratif préalable. Ensuite le décret portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés prévoyait en son article 23 que le recours introduit par un soumissionnaire contre les procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation *«a pour effet de suspendre la procédure d'attribution jusqu'à la décision définitive de l'autorité contractante, hiérarchique ou du CRD»*. Enfin, plusieurs décisions rendues par le Comité de règlement des différends montrent que les soumissionnaires, le saisissent directement sans passer par un recours gracieux¹³³⁹.

¹³³⁸ L'obligation de se conformer aux délais de recours et de réponse implique que les recours parallèles, c'est-à-dire la saisine simultanée de l'autorité contractante et de l'organe de règlement des différends au sein de l'ARMP, soient irrecevables: ARMP Sénégal, Décision n° 219/13/ARMP/CRD DU 07 août 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société Burotic Diffusion contestant la décision d'attribution du marché relatif à l'équipement en matériel informatique et de reprographie des 56 inspections départementales de l'éducation nationale (AO N° 017/13/BCI): http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=601:decision-nd-21913armpcrd-du-07-aout-2013&Itemid=629

conformément à l'article 88 du code des marchés publics de 2011, le Comité de règlement des différends juge que *«celui qui choisit d'introduire un recours gracieux ne peut saisir le CRD que dans les trois jours suivant la réception de la réponse de l'autorité contractante ou à l'expiration du délai de cinq jours imparti à l'autorité contractante pour répondre»*. Il déclare alors irrecevable la requête en contestation de la décision d'attribution du marché qui lui est adressé parallèlement au recours gracieux introduit le même jour.

¹³³⁹ Voir notamment ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2014-594/ARMP/CRD du 24 juin 2014 sur recours de Shalimar SARL (lots 01, 02 et 03), de Progrès Commercial du Burkina SARL (lot 02 et 03) et de l'Entreprise E.C.O.B (LOT 03) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n° 2014-001/R-BMHN/PKSS/CNNA/SG pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit de la commune de Nouna:

Avec la réforme de l'Autorité de régulation des marchés publics devenue l'Autorité de régulation de la commande publique, les modalités de saisine ont été revues. Le nouveau texte prévoit que les soumissionnaires évincés doivent d'abord saisir l'Organe de règlement amiable des différends (ex CRD) avant d'exercer un recours auprès de l'autorité contractante¹³⁴⁰. Ils disposent pour cela d'un délai de trois jours ouvrables à compter de la publication de l'acte contesté. L'autorité contractante dispose à son tour d'un délai de trois jours pour répondre à la requête. Son silence au delà de ce délai est considéré comme une décision implicite de rejet¹³⁴¹.

Le recours préalable devant l'autorité contractante est une étape essentielle dans le règlement des litiges. Il tient lieu de filtre permettant ainsi d'éviter l'encombrement des organes de recours. Il permet aussi un traitement rapide des recours. Son contournement a été une des causes du foisonnement des recours devant les ARMP. Celle du Sénégal a alors cherché le filtre dans l'institution d'un cautionnement pour les recours. Une autre vertu du recours préalable est qu'il permet le rapprochement des acheteurs publics et des soumissionnaires leur permettant de dialoguer de façon directe afin de trouver une solution à leurs différends¹³⁴². Mais surtout, il permet à l'administration de se rendre compte de la mauvaise application de la réglementation et de corriger ses erreurs. Pour reprendre les

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2014/CONTESTATIONS/decision_594_armp_crd_24_06_2014.pdf . Dans cette affaire, la publication des résultats provisoires de l'appel d'offres a eu lieu le 10 juin 2014 et la saisine du CRD le 13 juin 2014. Le CRD ayant défini la date limite du recours au 17 juin 2014, déclare le recours recevable.

ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2014-0303/ARMP/CRD sur recours de l'entreprise TM DIFFUSION et du Cabinet d'Avocats TOUGMA, au nom et pour le compte du groupement d'entreprise TICOMED S.A./PHILIPS, contre l'annulation du dossier d'appel d'offres ouvert n° 2013-005/MS/SG/AGEMAB pour l'acquisition, l'installation et la mise en service de scanners au profit du CHU-CDG et du CHU-SS: requête introduite auprès du CRD les 15 et 16 avril 2014 contre la décision d'annulation de l'appel d'offres publiée le 10 avril 2014.

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_AVRIL_2014/CONTESTATIONS/decision_303_armp_crd_24_04_2014.pdf

¹³⁴⁰ Article 30 du Décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique *J.O* n°40 du 02 octobre 2014.

¹³⁴¹ Ibidem.

¹³⁴² Voir en ce sens CONSEIL D'ETAT (France), *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, La Documentation française, 1993, 163 p.

mots d'un auteur, nous dirons que «*c'est dans l'amélioration de l'action administrative que le recours préalable obligatoire trouve sa légitimité*»¹³⁴³.

Analysons maintenant les modalités du règlement des litiges devant les organes de règlement des différends au sein des Autorités de régulation des marchés publics.

2. Les modalités du règlement des litiges devant les organes de régulation

Le professeur SALAH, disait que : « si l'idée de magistrature économique n'a pas encore pénétré les Etats du sud sous la forme ambitieuse de l'émergence de juridictions économiques autonomes, elle commence toutefois à pénétrer leurs ordres juridiques à travers l'apparition, encore timide, d'autorité administrative indépendante (...)»¹³⁴⁴. Avec l'attribution d'une fonction contentieuse aux organes de régulation des marchés et des DSP, la magistrature économique est devenue une réalité palpable dans les Etats de l'UEMOA et de la CEMAC ayant institué un tel dispositif.

Au Burkina Faso, le décret n° 2003/269 du 27 mai 2003 portant réglementation générale des achats publics avait créé une Commission de règlement amiable des litiges. Cette dernière était compétente pour connaître des plaintes des soumissionnaires évincés dirigés contre les travaux des commissions d'attribution des marchés. Mais le nouveau Comité de règlement des différends au sein de l'Autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public s'en distingue de par l'étendue de ses compétences. Il est compétent pour connaître du contentieux de la passation des marchés publics, des conventions des délégations de service public et des contrats de partenariat public-privé¹³⁴⁵. Le décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attribution,

¹³⁴³ Lucienne ERSTEIN, *op. cit.*

¹³⁴⁴ Mahmoud Mohamed SALAH «La problématique du droit économique dans les pays du sud», *RIDE*, vol. 12 n°1, 1998, p. 27.

¹³⁴⁵ Article 31 de la loi du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public privé au Burkina Faso, *op. cit.* et article 36 du Décret n° 2014-024/PRES/PM/MMEF du 3 février 2014 portant modalités d'application de la loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso, *op. cit.* Pour une application de ces dispositions: ARMP du Burkina Faso: Décision n°

organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique a changé son appellation mais ses fonctions sont restées inchangées. Désormais le CRD s'appelle l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD).

En Côte d'Ivoire, l'organe chargé de connaître des recours au moment de la passation des marchés publics, des délégations de service public et des contrats de PPP au sein de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics est la Cellule recours et sanction.

Le Sénégal fait figure d'exception dans la mesure où si le Comité de règlement des différends au sein de l'ARMP siégeant en commission des litiges est chargée de connaître des recours dirigés contre les actes et les décisions des autorités contractantes lors de la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service, le contentieux de la passation des contrats de PPP, relève d'un autre organe de régulation, qui est le Conseil des infrastructures¹³⁴⁶.

Pour ce qui est de l'ouverture des recours, les trois dispositifs consentent à une ouverture large dans la mesure où les organes de règlement des différends, peuvent être saisis par les soumissionnaires, les attributaires mais aussi par les «candidats». Par cette

2014-544/ARMP/CRD du 17 juin 2014 sur recours de SAFRAN/MORPHOS contre les résultats provisoires de la procédure de pré-qualification n° 2014-001/MATS/SG/DMP du 20 janvier 2014 pour la mise en place d'un partenariat public-privé pour la construction et l'exploitation d'un système d'émission de passeports électroniques au profit du Gouvernement du Burkina Faso. http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2014/CONTESTATIONS/decision_544_armp_crd_17_06_2014.pdf

¹³⁴⁶Il résulte de l'article 36 de la loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat au Sénégal que : *«les contestations nées des procédures de sélection de l'opérateur du projet dans les contrats de partenariat sont portées devant le Conseil des Infrastructures. La procédure de recours est fixée par le Conseil des Infrastructures. Les décisions prises par le Conseil des Infrastructures, en application du présent article sont susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir. Seuls les candidats soumissionnaires évincés de la procédure de sélection de l'opérateur du projet dans les contrats de partenariat sont habilités à saisir le Conseil des Infrastructures d'une contestation. Celle-ci doit être adressée dans les 15 jours qui suivent la notification de la décision de sélection de l'opérateur du projet. Le Conseil des Infrastructures statue sur les contestations, au plus tard dans les 30 jours à compter de sa saisine. Les litiges liés à la passation du contrat de partenariat ne peuvent donner lieu qu'à une indemnisation du ou des candidats non retenus»*.

expression, les textes font référence à toutes structures ayant un intérêt à ce que la procédure soit conforme à la réglementation bien qu'elle n'ait pas soumissionné¹³⁴⁷. L'article 5 du texte relatif à la saisine de la cellule recours et sanction en Côte d'Ivoire évoque «*toute personne physique ou morale de droit public qui justifie d'un lien direct et personnel rattaché à la décision contestée*»¹³⁴⁸.

Concernant les délais de recours, ils sont différents dans les trois Etats. Devant le CRD du Sénégal, le délai de recours est, selon les termes de l'article 90 du Code des marchés publics, de trois jours ouvrables à compter de la réception de la réponse défavorable de l'autorité contractante saisie d'un recours gracieux ou de l'expiration du délai de trois jours qui lui est imparti pour répondre¹³⁴⁹. Le CRD veille à l'application stricte des dispositions relatives aux délais¹³⁵⁰.

¹³⁴⁷ Article 5 de l'arrêté n° 661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la cellule recours et sanctions de l'autorité nationale de régulation des marchés publics en Côte d'Ivoire. Texte disponible sur le site de l'ANRMP: http://www.anrmp.ci/phocadownload/textes/arretes/Arrete_N_661_FIXANT_MODALITES_DE_SAISINE-PROCEDURE_D_INSTRUCTION_ET_DE_DECISION_DU_14SEPT2010.pdf.

Article 89 du décret n° 2014-1212 du 24 septembre 2012, portant Code des marchés publics, *op. cit.*

Article 23 décret n° 2009-849/PRES/PM/MEF portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics au Burkina Faso, *op. cit.* (actuel article 29 du décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014, portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique, *op. cit.*)

¹³⁴⁸ Arrêté n° 661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la cellule recours et sanctions de l'autorité nationale de régulation des marchés publics en Côte d'Ivoire, *op. cit.*

¹³⁴⁹ Ce qui signifie là aussi, que, l'introduction simultanée d'un recours préalable et d'un recours devant l'organe de règlement des différends entraîne le rejet de la requête, Voir par exemple: ARMP du Sénégal, Décision n° 309/13/ARMP/CRD du 09 octobre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de l'entreprise MASTER OFFICE contestant l'attribution provisoire du marché relatif à la fourniture de mobilier de bureau, lancé par le ministère de la promotion de la bonne gouvernance et des relations avec les institutions,

<http://www.marchespublics.sn/fichiers/168633086252611c086acfd.pdf>

¹³⁵⁰ ARMP du Sénégal, Décision n° 174/13/ARMP/CRD du 10 juillet 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Sénégalaise de l'automobile contestant l'attribution provisoire du lot n°1 de l'appel d'offres lancé par le Ministère de l'urbanisme et de l'habitat pour l'acquisition de matériels roulant:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=555:decision-nd-17413armpcrd-du-10-juillet-2013&Itemid=584 : Irrecevabilité d'un recours introduit le 3 juillet 2013, alors qu'en application des règles applicables aux délais, le requérant avait jusqu'au 2 juillet pour saisir le Comité de règlement des différends.

Au Burkina Faso, les requérants devaient saisir le CRD dans les cinq jours ouvrables suivant la publication ou la notification de l'acte contesté¹³⁵¹. Mais avec la réforme de l'ARMP et la consécration du caractère obligatoire du recours gracieux, le recours devant l'organe de régulation doit se faire dans les cinq jours suivant la décision de rejet rendue par l'autorité contractante¹³⁵². En cas de silence de ce dernier au delà de trois jours ouvrables à partir de sa saisine, le soumissionnaire évincé doit considérer qu'il fait face à une décision implicite de rejet. Il doit alors saisir l'organe de règlement des litiges dans un délai de deux jours ouvrables¹³⁵³. Le recours doit porter sur les décisions (refus de publication, décision d'attribuer ou de ne pas attribuer) et les actes (les conditions de publication des avis, les règles relatives à la capacité des candidats, aux capacités et/ou aux garanties exigées, la conformité des documents d'appels d'offres à la réglementation, les spécifications techniques retenues, les critères d'évaluation) de l'autorité contractante¹³⁵⁴.

Bien entendu, ces délais s'imposent tant pour les litiges liés à la passation des marchés qu'à ceux liés à la passation des conventions de délégation de service public¹³⁵⁵. Lorsque la question des délais de recours dans les litiges nés de la passation des contrats de

¹³⁵¹ Décret n° 2009-849/PRED/PM/MEF du 24 décembre 2009 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, *op. cit.* art. 25. Voir par exemple ARMP du Burkina Faso, Décision n° 08/ARMP/CRD du 12 janvier 2011 du Comité de règlement des différends statuant sur le recours de la Société Synergie contre les résultats de l'appel d'offres n° 0161-2010/ONEA/DG, pour les prestations diverses en communication au profit de l'ONEA http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2011/RECOURS/decision_08_arm_p_crd_12_01_2011.pdf : rejet de la requête introduite le 30 décembre 2010 contre une décision publiée le 22 décembre 2010, soit 1 jour ouvrable après le délai de prescription.

¹³⁵² Article 30 du décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique, *op. cit.*

¹³⁵³ *Ibidem*.

¹³⁵⁴ *Ibidem*. Voir par exemple: Décision n° 2014/56/ARMP/CRD sur recours des agences AGEM Développement et FASO BAARA SA contre le dossier de demande de propositions n°108/MS/SG/DMP du 10 décembre 2013 pour la sélection de consultants pour des prestations de maîtrise d'ouvrage déléguée: http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANVIER_2014/decision_56_armp_crd_2_8_01_2014.pdf

¹³⁵⁵ Voir par exemple, ARMP du Burkina Faso, Décision n°766/ARMP/CRD du 08 novembre 2011 du CRD statuant sur le recours de la société SERPHER BURKINA-SARL contre l'avis de manifestation d'intérêt n° 2011-051/MATD/RCS/D/GM/SG/CRAM du 06 juin 2011, pour l'affermage de treize systèmes d'adduction d'eau potable simplifiés: http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_NOV_2011/CONTESTATION/decision_766_armp_crd_08_11_2011.pdf

partenariat public-privé s'est posée à l'organe de règlement des différends, il a réglé la question en transposant les règles relatives aux délais applicables dans le contentieux de la passation des marchés publics et des délégations de service public. Dans une décision rendue le 17 juin 2014, le CRD (actuel ORAD) a considéré qu'étant donné que ni la loi relative au contrat de partenariat, ni son décret d'application ne mentionnent les conditions de recevabilité des recours devant le CRD, *«dans le silence de ces textes et au regard de l'attribution de la compétence au CRD, il convient de faire application des conditions de recevabilité du CRD en matière de litige dans la phase d'attribution des marchés publics»*¹³⁵⁶

Enfin, en Côte d'Ivoire, aux termes de l'article 168.1 du Code des marchés publics, les décisions rendues au titre du recours administratif préalable, peuvent être portées devant la cellule recours et sanctions de l'ANRMP *«dans un délai de 5 jours ouvrables à compter de la publication ou de la notification de la décision faisant grief»*. Lorsqu'au terme de ce délai, l'autorité devant qui a été portée un recours préalable ne rend aucune décision, son silence équivaut à un rejet¹³⁵⁷.

Les délais de recours sont très courts. Le but est, paraît-il, d'obtenir la rapidité des procédures. Les autorités réglementaires sénégalaises ont entendu accroître cette rapidité

¹³⁵⁶ ARMP du Burkina Faso: DECISION N°2014-544/ARMP/CRD du 17 juin 2014, sur recours de SAFRAN/MORPHOS contre les résultats provisoires de la procédure de pré-qualification n°2014-001/MATS/SG/DMP du 20 janvier 2014 pour la mise en place d'un partenariat public-privé pour la construction et l'exploitation d'un système d'émission de passeports électroniques au profit du Gouvernement du Burkina Faso.

<http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/194248549653fe0c573b27c.pdf>

¹³⁵⁷ ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 016/2014/ANRMP/CRS du 11 juin 2014 sur le recours de la société Kay Systems contestant les résultats de l'appel d'offres n° T 201/2013 relatif aux travaux de rénovation de six (06) ascenseurs à l'immeuble CAISTAB organisé par le Conseil du Café- Cacao:

<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/238-decision-n-016-2014-anrmp-crs-du-11-juin-2014-sur-le-recours-de-la-societe-kay-systems-contestant-les-resultats-de-l-appel-d-offres-n-t201-2013-relatif-auxtravaux-de-renovation-de-six-06-ascenseurs-a-l-immeuble-caistab-organise-par-le-conseil-du-cafe-caca>

Irrecevabilité de la requête parce que *«la requérante, sans attendre la réponse de l'autorité contractante à son recours gracieux, ni l'expiration du délai imparti à cette dernière pour répondre audit recours, a saisi l'ANRMP d'un recours non juridictionnel le 25 avril 2014, soit le même jour que la saisine de l'autorité contractante»*.

en ramenant le délai de recours devant le comité de règlement des différends de 5 jours (Code de 2011) à 3 jours (Code de 2014). Or dans une certaine mesure, les délais trop courts jouent aussi un rôle de filtre, pour ne pas dire, qu'ils participent à priver certains soumissionnaires du droit au recours. Les déclarations d'irrecevabilité pour non respect des délais sont nombreuses. Elles montrent les limites d'un système qui privilégie la célérité au détriment du droit au recours. Il peut même être posée la question de savoir si finalement, ces délais trop brefs ne vont pas conduire, à terme, à l'abandon par les soumissionnaires évincés de cette voie de recours devant les organes administratifs de règlement des différends. En effet, les délais de saisine ôtent toute attractivité à ce mécanisme de recours. Le système ainsi institué porte en lui les germes susceptibles de conduire à sa déliquescence.

Pour ce qui est des effets du recours, la saisine du Comité de règlement des différends n'a pas d'effet suspensif. Mais lorsque la requête est déclarée recevable, le CRD dispose du pouvoir d'ordonner la suspension de la procédure de passation¹³⁵⁸. La suspension ne peut cependant être prononcée selon l'article 91 du Code des marchés publics que si l'autorité contractante *«certifie par notification écrite adressée au Comité de Règlement des Différends et à la Direction chargée du contrôle des marchés publics que l'attribution du marché doit être poursuivie immédiatement pour des raisons tenant à la protection des intérêts essentiels de l'Etat résultant de situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe naturelle ou technologique»*¹³⁵⁹. Notons sur ce point que le CRD tient au caractère suspensif des recours déclarés recevables et interprète de façon stricte la notion d'urgence impérieuse contenue à l'article 91. Il a par exemple jugé que l'autorité contractante ne peut pas se prévaloir du délai court dont il dispose entre le lancement de la procédure et la livraison des travaux pour demander une dérogation au caractère suspensif des recours recevables¹³⁶⁰.

¹³⁵⁸ Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 91.

¹³⁵⁹ *ibidem*.

¹³⁶⁰ Décision n° 036/14/ARMP/CRD du 05 février 2014 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande d'AGEROUTE pour une dérogation sur la période de quinze (15) jours entre la publication de l'avis d'attribution provisoire et la signature du marché relatif aux travaux de

En Côte d'Ivoire et au Burkina Faso, il n'est pas nécessaire que la requête soit déclarée recevable pour que la procédure de passation soit suspendue.

Dans la législation burkinabè, l'introduction du recours suffit. Dès que la requête est déposée au secrétariat permanent, celui-ci adresse à l'autorité contractante une lettre lui ordonnant de suspendre la procédure de passation¹³⁶¹. Dès lors, et c'est ce qui ressort de l'analyse des décisions du CRD, ce dernier n'intervient pas comme le CRD du Sénégal en deux temps pour se prononcer d'abord sur la recevabilité et ensuite dans le fond. Les recours font l'objet d'une seule décision sur la recevabilité et sur le fond.

Le caractère suspensif du recours est posé dans le Code ivoirien des marchés publics et l'arrêté relatif à la procédure devant la cellule recours et sanction précise que *«dès la réception du recours, le secrétariat général notifie aux parties en litige la suspension de la procédure concernée»*¹³⁶². Le caractère suspensif des recours apparaît ainsi comme un moyen utile de lutter contre la course à la signature.

Avant l'adoption du Code de 2014, les textes du Sénégal et du Burkina Faso encadraient le délai de traitement des litiges suivant les mêmes termes. Ce délai qui est

construction de la voirie intérieure, de la bretelle de la façade et d'un hélicoptère au Centre international de conférence de Diamniadio (CICD):

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=823:decision-nd-03614armperd-du-05-fevrier-2014&Itemid=853

Dans cette affaire, l'AGEROUTE avait demandé au CRD d'une part, de lui accorder l'autorisation de ramener le délai de signature du contrat de 15 à 5 jours à partir de la publication de la décision d'attribution et d'autre part, de ne pas suspendre la procédure de passation en cas de recours déclaré recevable entre la décision d'attribution et la signature. L'autorité contractante soutient à l'appui de ses demandes qu'il fait face à une urgence impérieuse du fait qu'elle dispose d'un délai très court de 7 mois entre le lancement de la procédure et la livraison des travaux. Le CRD accède à la première demande et rejette la seconde en interprétant de façon stricte la dérogation prévue à l'article 90. Il juge que la *«situation d'urgence du projet objet de la saisine ne correspond pas à celle prévue par le Code des Marchés publics et qui confère au recours un caractère non suspensif»*.

¹³⁶¹Décret n° 2009-849/PRED/PM/MEF du 24 décembre 2009, *op. cit.*, article 26 (Actuel article 35 du décret n° 2014-554 du 27 juin 2014 relatif à l'ARCOP, *op. cit.*).

¹³⁶² Arrêté n° 661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la cellule recours et sanctions de l'ANRMP, *op. cit.* art. 7.

encore en vigueur au Burkina Faso est de sept jours ouvrables. Mais alors que dans le premier texte relatif à l'ARMP¹³⁶³ le délai courait à partir de la saisine, avec le nouveau texte instituant l'ARCOP¹³⁶⁴, celui-ci court à partir de l'expiration du délai de recours. Au delà de ce délai, l'effet suspensif du recours s'éteint.

Avec le Code de 2014 au Sénégal, ce délai est de 7 jours ouvrables «à compter de la réception des documents complémentaires demandés dans le cadre de l'instruction du recours»¹³⁶⁵. Si ce nouveau dispositif permet au CRD de mener les instructions nécessaires au traitement normal du litige, il n'en demeure pas moins qu'il soit imprécis et peut à ce titre affecter la rapidité recherchée dans le règlement des différends.

En Côte d'Ivoire, la cellule recours et sanction doit rendre sa décision dans les 10 jours ouvrables à compter de la déclaration de recevabilité de la requête¹³⁶⁶

Quelle est la portée des décisions rendues par les organes de règlement des différends? Selon l'article 28 du décret relatif à l'ARMP du Burkina Faso (article 36 du décret 2014-554 relatif à l'ARCOP) et l'article 92 du Code des marchés publics du Sénégal les décisions des comités de règlement des différends doivent avoir pour effet de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés, ou encore de suspendre ou faire suspendre la décision litigieuse ou la procédure de passation. En Côte d'Ivoire, la législation n'apporte pas une telle précision. Mais dans les trois cas étudiés, les décisions rendues par les organes de règlement des différends sont exécutoires. Les autorités contractantes sont tenues de les appliquer.

La création des organes de règlement des différends au sein des autorités de régulation marque une réelle évolution du contentieux relatif aux marchés publics et aux

¹³⁶³Décret n° 2009-849/PRED/PM/MEF du 24 décembre 2009, art. 25, *op. cit.*

¹³⁶⁴Décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique, art. 32, *op. cit.*

¹³⁶⁵Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, *op. cit.*, article 92.

¹³⁶⁶Arrêté n° 661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010, *op. cit.*, article 13.

délégations de service public. Certes, les disparités relevées peuvent être problématiques dans un contexte de construction d'un marché intérieur dans lequel la commande publique occupe une part qui est loin d'être négligeable. Mais au niveau national, la mise en place d'instances qui permettent une célérité dans le règlement des litiges change complètement la donne.

Toutefois, la rénovation des mécanismes de contrôle par le règlement des litiges connaît des limites qui trouvent leurs sources soit dans les textes, soit dans le travail des organes de règlement des différends.

3. Les entraves à l'effectivité de la fonction contentieuse des organes de régulation

Dans un premier temps, les limites à la fonction contentieuse des organes de régulation peuvent trouver leurs sources dans l'exercice par ces derniers de leur office¹³⁶⁷.

Certaines décisions montrent que les organes de règlement des différends ne vont pas jusqu'au bout dans l'application du dispositif applicable aux contrats de commande publique; qu'ils n'utilisent pas tout le dispositif applicable aux contrats de la commande publique. La décision rendue par le CRD du Burkina Faso le 28 mai 2013¹³⁶⁸ permet d'illustrer ces propos. Le CRD est saisi par la société MEGA TECH SARL qui contestait les résultats provisoires d'un appel d'offres lancé par le ministère de la santé. Le requérant reprochait à l'autorité contractante d'avoir désigné un attributaire dont l'offre ne pouvait selon lui, être conforme. Il avance que le matériel de collecte de sang objet du marché revêt des caractéristiques que l'on ne retrouve que dans une marque précise et qu'il

¹³⁶⁷ A propos de l'office des organes de régulation, voir Marie-Anne FRISON-ROCHE, «Le pouvoir du régulateur de régler les différends, Entre office de régulation et office juridictionnel civil», Droit et économie de la régulation. 3, Paris, Presses de Sciences Po, 2005, pp. 269-287

¹³⁶⁸ ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2013-713/ARMP/CRD sur recours de MEGA TECH SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2013-0013/MS/SG/DMP/PADS pour la fourniture de deux (02) mini bus équipés pour la collecte mobile de sang au profit du Ministère de la Santé/PADS.

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_AOUT_2013/CONTESTATION/decision_713_armp_crd_22_08_2013.pdf

a l'accord du fournisseur qu'il lui en réserve l'exclusivité sur tout le territoire du Burkina Faso. La CRD constate lors de l'instruction que l'attributaire n'a pas fait de propositions techniques en tant que tel sur le matériel de collecte de sang mais, s'est juste contenté de recopier les spécifications figurant dans le dossier d'appel d'offres. Il décide alors d'annuler les résultats de l'appel d'offres.

Si la décision est conforme à la réglementation des marchés publics, elle reste incomplète. Elle soulève une question non négligeable qui est de savoir si on peut se prévaloir d'une entente présumée entre un fabricant et un fournisseur pour exiger l'annulation des résultats d'un appel d'offres. Lorsqu'au début de cette étude, ont été analysés les rapports entre le droit de la concurrence et celui des contrats de la commande publique, il est apparu que les faits rapportés par le requérant font partie des éléments constitutifs d'une entente. C'est-à-dire que l'accord que ce dernier a passé avec le fabricant peut être à la base d'une pratique concertée ayant pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. En effet, cet accord implique que sur le territoire national il est le seul capable de fournir le matériel demandé par l'autorité contractante autrement dit, il ne peut y avoir de concurrence pour l'acquisition de ce produit. Ce comportement est contraire tant à la loi relative à la concurrence¹³⁶⁹ qu'au droit communautaire de la concurrence. Donc, l'office du CRD dans une telle affaire c'est aussi de traiter la question sur le terrain du droit de la concurrence. Car en n'abordant pas la question de l'accord entre le requérant et le fournisseur, le CRD approuve implicitement des faits susceptibles de constituer une entente.

Des décisions rendues dans le cadre du contentieux de la passation des marchés publics peuvent toutefois être citées pour illustrer nos propos sur la nécessité d'inclure le droit de la concurrence dans les normes de référence des organes en charges de ces litiges. En guise d'exemple, le CRD du Sénégal a été interrogé par une entreprise sur le fait de savoir si l'insertion dans les dossiers d'appel d'offres d'une clause exigeant des candidats

¹³⁶⁹ En particulier Loi n°15/94/ADP du 5 mai 1994 modifiée par la loi 33-2001 du 4 décembre 2001, <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Burkina/Burkina%20-%20Concurrence.pdf>

l'autorisation du constructeur n'est pas de nature à entraver l'accès au marché aux candidats non liés aux fabricants par un accord de vente. Le CRD a répondu à cette question par la positive. Se basant sur le règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques commerciales anticoncurrentielles dans l'UEMOA, il a considéré que *«la clause relative à la production par les candidats aux marchés de véhicules neufs de l'autorisation du constructeur tend à ressusciter les accords croisés de répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement particulièrement restrictifs pour la concurrence et contraire aux objectifs de marché commun»* et *«que l'accès du marché est nécessairement entravé lorsqu'un grand nombre de distributeurs sur ce marché sont liés par l'obligation de ne vendre que les produits du fabricant avec lequel ils ont un contrat ou des accords verticaux ayant un effet similaire d'exclusion des tiers comme les revendeurs indépendants»*. Partant de là, le CRD en conclut que l'inclusion dans les DAO d'une clause relative à l'autorisation du constructeur à commercialiser son produit en matière d'achat de véhicules neufs est *«irrégulière et contraire aux règles de concurrence et de libre accès aux marchés publics»*. Ici l'entrave à la concurrence venait de l'autorité contractante, mais ce qui importe c'est que le CRD n'ait pas hésité à appliquer le droit de la concurrence¹³⁷⁰

Dans un second temps, il peut aussi être reproché aux organes de régulation de ne pas se positionner comme de véritables organes de contrôle de la légalité et de privilégier leur jugement en opportunité. Certes, la fonction de régulation peut justifier une telle attitude. Mais il y a des situations où il semble que l'organe de règlement des différends doive privilégier sa fonction de contrôle. Tel est le cas lorsque la violation de la

¹³⁷⁰ ARMP du Sénégal, Avis n° 017/10/ARMP/CRD du 11 août 2010 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la Société UNIVERSAL AUTO dénonçant la pratique qui consiste à exiger des candidats aux marchés de fourniture de véhicules neufs, l'autorisation du constructeur comme enfreignant les règles de la concurrence en ce qu'elle exclut les vendeurs d'automobiles indépendants du réseau des constructeurs: http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=233&Itemid=275. Voir aussi CS/CA (Sénégal), arrêt n° 47 du 22 août 2013 Société SARRE-CONS c/ARMP et Etat du Sénégal. Mamadou Yaya DIALLO, «Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal», *Afrilex*, mai 2015, p. 9 et s

règlementation est grave. La décision rendue par le CRD du Sénégal le 27 août 2014 en fournit une illustration¹³⁷¹.

Le délégué général de la francophonie avait saisi le CRD suite au refus de la DCMP d'émettre un avis de non objection sur le rapport d'analyse et le procès-verbal d'attribution provisoire du marché relatif à la sélection d'un prestataire pour la campagne de visibilité du XVe sommet de la Francophonie. A l'appui de son refus, la DCMP invoque la non inscription du marché sur le plan de passation des marchés de l'autorité contractante validée au titre de la gestion 2014.

L'autorité contractante, tout en précisant que quatre autres marchés en cours de passation se trouvaient dans la même situation que le marché litigieux, argue pour sa défense de l'inscription tardive des crédits des commissions chargées de les passer, de la mise en place tardive des commissions de passation et de l'urgence de la situation.

Le CRD commence par reconnaître que la DCMP est fondée à refuser de donner son avis sur la décision d'attribution d'un marché qui n'est pas inscrit sur les plans de passation. Il considère néanmoins que *«de façon générale, les marchés qui n'ont pas été inscrits dans le plan de passation des marchés publics sont déroulés suivant l'appel d'offres restreint en procédure d'urgence»*.

Par cette décision non seulement le CRD tranche en faveur de l'opportunité au détriment de la régularité mais en plus, il valide une pratique illégale au regard de la réglementation. La non inscription sur le plan de passation ne fait pas partie des conditions de recours à la procédure d'appel d'offres restreint. Cette affaire lui donnait l'occasion de sanctionner une pratique généralisée et irrégulière. Cependant, par son considérant de

¹³⁷¹ ARMP Sénégal, Décision n° 036/14/ARMP/CRD du 05 février 2014 du CRD statuant en commission litiges sur la demande d'AGEROUTE pour une dérogation sur la période de quinze (15) jours entre la publication de l'avis d'attribution provisoire et la signature du marché relatif aux travaux de construction de la voirie intérieure, de la bretelle de la façade et d'un héliport au centre international de conférence de Diamniadio (CICD), *op. cit.*

principe, le CRD reconnaît que les autorités contractantes s'adonnent à une pratique consistant à passer par appel d'offres restreint les marchés qui n'ont pu être inscrits dans le plan de passation et régularise cette pratique en s'y fondant pour trancher la question posée dans ce litige.

Un troisième facteur qui limite la portée des décisions rendues par les organes de règlement des différends est lié au fait que les autorités contractantes ne respectent pas le caractère non suspensif du recours contre les décisions des organes de règlement des litiges. Bien que ces décisions soient exécutoires¹³⁷² et ont force contraignante pour les parties¹³⁷³, elles peuvent faire l'objet d'un recours devant un organe juridictionnel et un tel recours n'est pas suspensif¹³⁷⁴. Mais lorsque la décision ne convient pas à l'autorité contractante, elle ne l'exécute pas et continue la procédure en attendant le jugement¹³⁷⁵.

Les décisions rendues par les organes de règlement des litiges sont considérées comme allant dans le sens d'une application conforme de la réglementation. Dès lors, si leur exécution peut être compromise, ce sont tous les principes qui fondent la réglementation des contrats de la commande publique qui s'en trouvent affectés.

¹³⁷² Décret n° 2009-849/PRED/PM/MEF du 24 décembre 2009, *op. cit.*, article 28. (Actuel art. 45 du décret n° 2014-554 du 27 juin 2014, *op. cit.*)

¹³⁷³ Décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 relatif à l'ARMP au Sénégal, *op. cit.*, art. 21. Arrêté n° 661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010, *op. cit.* art. 13.

¹³⁷⁴ *Ibidem.*, Décret n° 2009-849/PRED/PM/MEF du 24 décembre 2009, *op. cit.*, art 27 (Actuel article 42 décret n° 2014-554 du 27 juin 2014, *op. cit.*). La loi du 23 mai 2013 relative au contrat de partenariat public privé au Burkina Faso (article 31) et son décret d'application (article 36) prévoient également la possibilité d'un recours devant le tribunal administratif, contre les décisions rendues par l'ARMP dans le cadre des contestations liées à la procédure de passation des contrats de PPP.

¹³⁷⁵ Dans son rapport d'activité de l'année 2012, l'ARMP du Burkina Faso mentionne plusieurs cas de décisions inexécutées dont la Décision n° 2012-535/ARMP/CRD du 3 juillet 2012. L'autorité contractante a fait un recours contre cette décision le 5 juillet 2012 devant le tribunal administratif de Bobo-Dioulasso. La décision rendue par le tribunal le 11 octobre 2012, confirme les résultats provisoires de la Commission d'attribution des marchés et annule la décision du CRD. L'autorité contractante a justifié l'inexécution de la décision du CRD par le recours exercé contre elle. L'ARMP relève néanmoins et à juste titre que l'autorité contractante «avait largement la possibilité d'exécuter la décision avant le jugement rendu par le tribunal, d'autant plus qu'elle est exécutoire, dès sa signature et que la saisine du tribunal ne suspend pas la procédure de passation. En outre, le jugement rendu par le tribunal administratif a fait l'objet d'un appel. Au 31 décembre 2012, le CHUSS devrait mettre en œuvre la décision du CRD». ARMP du Burkina Faso, *Rapport d'activité 2012*, p. 43, Disponible sur le site de l'ARMP:

http://armp.bf/images/stories/docs/rapport_activites/rapport_activites_armp_2012.pdf

La violation du caractère non suspensif du recours contre les décisions des organes de règlement des litiges limite leur portée. Mais ce facteur ne doit pas conduire à sous estimer les répercussions de ce contentieux. En effet, les recours contre les décisions des organes de règlement des différends peuvent constituer un terreau fertile pour dynamiser le contentieux juridictionnel des contrats de la commande publique. Mais encore faut-il que l'intervention du juge ne soit pas un obstacle à la réalisation des objectifs visés par la mise en place des organes de régulation.

§ 2. LES DIFFICULTES SOULEVEES PAR L'INTERVENTION DU JUGE ADMINISTRATIF DANS LE CONTENTIEUX DE LA PASSATION

L'existence des organes de régulation chargés du règlement des différends nés de la passation s'est révélé être un terreau fertile au retour du juge dans le contentieux de la passation des contrats de la commande publique (A). Toutefois, l'intervention du juge soulève des difficultés qui, si elles restent non résolues, vont dévoyer les raisons qui ont présidé au recours aux organes de régulation pour le règlement des différends nés de la passation (B).

A. UN RETOUR A LA FAVEUR DU DEVELOPPEMENT DU CONTENTIEUX NON JURIDICTIONNEL DE LA PASSATION

Le retour du juge évoqué ici ne doit pas laisser penser qu'à un moment ou à un autre, le contentieux des contrats est sorti de son champ de compétence. Ce retour qualifie la fin d'une situation de léthargie. Le foisonnement des décisions des organes de règlement des litiges placés au sein des autorités de régulation ainsi que les contestations qu'elles soulèvent ont revivifié le contentieux juridictionnel des contrats.

En Côte d'Ivoire, l'attribution à la chambre administrative de la Cour suprême de la compétence pour connaître du recours contre les décisions rendues par la cellule recours

et sanctions de l'ANRMP s'est révélée être un véritable outil de relance du contentieux juridictionnel¹³⁷⁶. Le Professeur MESCHERIAKOFF justifiait les carences de la jurisprudence ivoirienne en matière de contrat par le fait que les litiges entre l'administration et ses cocontractants qui le plus souvent étaient des multinationales étrangères, étaient réglés à l'amiable en raison des intérêts en jeu et aussi et surtout parce que leur confiance dans les juges administratifs était très faible¹³⁷⁷. Lorsque le contractant de l'administration était une société d'Etat, le règlement des litiges se faisait suivant des modes informels. Pour des raisons politiques et psychologiques, les parties optaient toujours pour le contournement du prétoire.

La donne est en train de changer notamment parce qu'une certaine confiance envers l'organe de règlement des différends au sein de l'ANRMP se développe, d'où l'engouement que les acteurs de la commande publique ont pour cette procédure. Le foisonnement des recours devant cette instance apparaît alors comme un point d'appui pour relancer le contentieux devant les juridictions. Cela s'est confirmé lorsqu'une décision rendue par l'ANRMP a permis à la Cour suprême de rendre, aux dires du Président Pierre Claver KOBO, sa première décision en matière de marchés publics¹³⁷⁸.

¹³⁷⁶ Arrêté n° 661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la cellule recours et sanctions de l'ANRMP, *op. cit.*, article 13

¹³⁷⁷ Alain Serge MESCHERIAKOFF, *Le droit administratif ivoirien*, Paris, Economica 1982, p. 172.

¹³⁷⁸ Dans son rapport sur cette affaire, le président de la chambre administrative de la Cour suprême souligne que *« Cette affaire est importante, en ce qu'elle est la première d'une lignée, qu'on subodore, longue, et qui risque de transformer l'office de la Chambre Administrative. En effet, elle ouvre à la Haute Juridiction, un secteur d'activités de l'administration dans lequel elle n'avait eu, jusque là, l'opportunité d'intervenir : la commande publique au travers des marchés publics qui s'offrent comme les contrats passés par les collectivités publiques en vue de satisfaire leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services. Aussi étonnant que cela puisse paraître, la Chambre Administrative n'a pas eu à connaître de litiges relatifs aux marchés publics. Pourtant, ceux-ci cristallisent des enjeux économiques et financiers majeurs et posent de nombreuses questions juridiques délicates concernant non seulement la notion même de marchés publics, le champ d'application du code qui y est relatif, le choix des soumissionnaires, les modalités de passation et d'exécution de ces contrats, qui, sous d'autres cieux, nourrissent une abondante jurisprudence »*. Pierre CLAVER KOBO, *Rapport sur CS/Chambre administrative, Société DRAGON de Côte d'Ivoire dite DRACI c/ l'Autorité nationale de régulation des marchés Publics (ANRMP)*, publié sur le site de la Cour Suprême: http://www.consetat.ci/app/webroot/img/files/pdfs/RAPPORT_n2012-055_REP.pdf (dernière consultation décembre 2014).

Au Sénégal¹³⁷⁹, comme au Burkina Faso, l'intervention de plus en plus importante de la juridiction administrative dans le contentieux des contrats de la commande publique par le truchement des décisions des organes de règlement des différends peut aussi permettre l'émergence d'une véritable jurisprudence administrative relative au contrat de la commande publique.

La chambre administrative de la Cour suprême du Sénégal a, à son tour, eu plusieurs fois l'occasion d'intervenir dans le contentieux des contrats de la commande publique par le truchement des décisions rendues par l'ARMP. Elle a prononcé des sursis à exécution et des décisions d'annulation. Dans ce dernier cas, on peut citer son arrêt du 24 octobre 2013 annulant la décision de l'ARMP du 27 mars 2013¹³⁸⁰ par laquelle le CRD confirmait l'attribution d'un marché de fourniture, de transport et de pose de matériels de réseaux électriques. La Cour suprême se fondait dans cette décision sur le fait que l'expiration du délai imparti par un accord de financement ne saurait justifier des atteintes aux règles de passation des marchés publics.

Ces différentes affaires montrent qu'il existe des perspectives intéressantes de développement d'un contentieux juridictionnel relatif au contrat de la commande publique.

¹³⁷⁹ Ex: Cour Suprême du Sénégal, chambre administrative, arrêt n°10 du 25 septembre 2008 Etat du Sénégal c/ ARMP, CRD, Agence autonome des travaux routier (AATR): l'Etat avait demandé à la Cour suprême l'annulation pour excès de pouvoir de la décision n° 014/ARMP/CRMP/CRD du 27 juin 2008 du CRD statuant en commission de litiges entre le contrôle financier et l'Agence autonome des travaux routiers sur l'application de l'article 37-3 du décret du 25 avril 2007 portant code des marchés publics. Dans sa décision, le CRD a exclu le représentant du Contrôle financier de la commission des marchés de l'AATR jugeant cette présence contraire au principe de séparation des organes de contrôle et de passation posé par la directive communautaire n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005. Jugeant que le préjudice encouru par l'Etat en cas d'exécution de la décision de l'ARMP «serait difficilement réparable» la Cour suprême ordonne le sursis à exécution de la décision de l'ARMP. http://armp.sn/images/Arrets/arrete_cf.pdf. Voir aussi, CS/CA arrêt n° 35 du 12 juillet 2013, Société de distribution de matériels informatique et bureautique dite DISMAT c/ ARMP.

¹³⁸⁰ ARMP du Sénégal, Décision n° 072/13/ARMP/CRD du 27 mars 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de l'Agence sénégalaise d'électrification rurale (ASER) suite à l'avis défavorable de la Direction centrale des marches publics sur la proposition d'attribution du marché de fourniture, de transport et de pose de matériels de réseaux électriques dans différentes régions du Sénégal (AO N°01/2012/ASER-INDE).

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=452:decision-nd-07213armpcrd-du-27-mars-2013&Itemid=477

Toutefois, elles confortent aussi l'idée que la célérité qu'exige le règlement des litiges relatifs aux contrats ne peut être mise à la charge des juridictions administratives. Par conséquent, le développement du droit de la commande publique doit nécessairement être accompagné de celui des modes alternatifs de règlement des litiges. Si l'on prend l'exemple du marché de fourniture, de transport et de pose de matériels de réseaux électriques, la décision de la Cour suprême est intervenue le 24 octobre 2013¹³⁸¹ alors que la décision contestée était déjà exécutée car le marché qu'elle autorisait avait été signé et immatriculé depuis le 17 juillet 2013. Mais, malgré la lenteur de la procédure juridictionnelle, le juge administratif a toute sa place dans ce nouveau contentieux¹³⁸². Son rôle sera alors de développer une jurisprudence qui complète utilement ou corrige les jugements rendus pas les organes de règlement des différends.

Mais pour le moment le traitement par le juge administratif des contestations soulevées contre les décisions des organes de règlement des différends soulève des difficultés.

¹³⁸¹ CS/CA (Sénégal), Arrêt n° 55 du 24 octobre 2013, Société Angélique international Limited

¹³⁸² L'affaire du marché de fourniture, de transport et de pose de matériels de réseaux électrique confirme cet état des choses. Suite à la décision de la Cour suprême du 24 octobre 2013, l'ARMP a rendu une décision le 22 janvier 2014 dans laquelle elle dit clairement que dans sa décision annulée par la Cour suprême, «*le régulateur avait décidé en opportunité, comme il est habilité à le faire, en ordonnant la poursuite de la procédure suivant l'argumentaire tiré du risque de perte du financement; Qu'en retour, le juge de l'excès de pouvoir a considéré que l'expiration du délai imparti par l'accord de financement ne saurait justifier des atteintes aux règles de passation des marchés publics; Que dans ces conditions, le régulateur ne peut autoriser l'entente directe en se fondant, une nouvelle fois, sur le moyen tiré du risque de perte du financement sans être en conflit avec la réglementation*». Elle a toutefois autorisé le marché litigieux en se fondant sur l'article 76 du code des marchés publics qui donne la possibilité au Premier Ministre de certifier par notification écrite à l'ARMP et à la DCMP que, «*pour des raisons tenant aux circonstances exceptionnelles du cas concerné impliquant des motifs impérieux d'intérêt général, l'attribution du marché doit être poursuivie immédiatement*».

Décision n° 023/14/ARMP/CRD du 22 janvier 2014 du comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de l'Agence sénégalaise d'électrification rurale (ASER) pour passer par entente directe avec l'entreprise indienne Lucky Exports le marché relatif à la fourniture, le transport et la pose de matériels de réseaux électriques dans différentes régions du pays. http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=809:decision-nd-02314armpcrd-du-22-janvier-2014&Itemid=840

B. DES DIFFICULTES SOULEVEES PAR LE RETOUR DU JUGE DANS LE CONTENTIEUX DES CONTRATS

Le renouveau du contentieux de la passation de la commande publique soulève un problème majeur. Il peut se résumer en une question: les recours exercés contre les décisions des organes de règlement des litiges devant les juridictions administratives sont-ils des recours en cassation ou des recours en annulation?

La réponse de la Cour suprême de la Côte d'Ivoire à cette question est qu'il s'agit de recours en annulation. Elle s'est prononcée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision de l'ANRMP par laquelle cette dernière annulait l'attribution de deux lots d'un marché de service de gardiennage. Mais cette affaire a soulevé deux autres questions devant la Chambre administrative. La première avait trait à sa compétence pour connaître des décisions rendues par l'ANRMP et la seconde était de savoir si de telles décisions devaient faire l'objet d'un recours administratif préalable. A la première, la Cour ne répondit pas directement mais le fit par déduction à travers sa réponse à la seconde question. Par rapport à celle-ci, la Cour considéra que *«l'ANRMP est un organe administratif, il s'en suit que le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des ces décisions, contrairement à ce qu'elle soutient dans son mémoire en défense reste soumis à l'obligation du recours administratif préalable»*¹³⁸³.

En considérant que *«l'ANRMP est un organe administratif»*, la Chambre administrative établit d'office sa compétence car conformément à l'article 54 de la loi du 16 août 1994 sur la Cour suprême, elle a compétence pour connaître en premier et dernier ressort des recours en annulation pour excès de pouvoir dirigés contre les actes des

¹³⁸³ Arrêt n° 17 du 27 février 2013 Société Dragon-Côte d'Ivoire dite DRACI c/ Autorité nationale de régulation des marchés publics. La Cour n'eut cependant pas l'occasion de traiter du fond de l'affaire, puisque le soumissionnaire l'a saisi avant l'expiration du délai de 4 mois imparti à l'autorité à qui est adressé un recours administratif préalable, le recours a été déclaré irrecevable.

autorités administratives¹³⁸⁴. Par cette expression, la Cour exprime aussi la négation de toute spécificité à l'ANRMP, qui est «*un organe administratif*» tout court. Ce qui implique aussi qu'elle nie toute spécificité au recours contre les décisions de l'ANRMP et les soumet au régime de droit commun applicable en matière de recours pour excès de pouvoir en Côte d'Ivoire à savoir l'exigence d'une part, d'un recours administratif préalable et d'autre part, l'introduction du recours en excès de pouvoir dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'ANRMP. Pour reprendre les mots de son président, cette décision signe «*l'entrée en scène*» de la chambre administrative de la Cour suprême dans le contentieux des décisions de règlement des litiges de l'organe de régulation. Pour autant elle reste mitigée, dans la mesure où elle pose une difficulté majeure pour le contentieux de la passation des contrats de la commande publique.

Dans son rapport, le président de la chambre administrative pose lui-même la question: «*Recours pour excès de pouvoir ou recours en cassation?*». Son raisonnement le conduit à considérer que le recours exercé contre une décision de la cellule recours et sanction de l'ANRMP ne peut être autre chose qu'un recours pour excès de pouvoir. Quatre arguments considérés comme décisifs sont invoqués pour fonder cette décision. Le premier tient au fait que les décisions de l'ANRMP ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. Le second se fonde sur le fait que l'ARMP est un organe administratif, «*qui comme tel ne prend que des décisions administratives, lesquelles comme toute décision administratives sont susceptibles de recours d'excès de pouvoir*»¹³⁸⁵. Le troisième est que la cellule recours et sanctions, n'est pas une juridiction. Enfin, le dernier argument est un argument de droit comparé¹³⁸⁶. Il a consisté à l'invocation de la jurisprudence de la chambre administrative de la Cour suprême du Sénégal, qui analyse les recours portés

¹³⁸⁴ Loi n° 94-440 du 16 Août 1994 sur la Cour Suprême, modifiée et complétée par la loi n° 97-243 du 25 avril 1997.

¹³⁸⁵ Pierre Claver KOBO, *op. cit.*

¹³⁸⁶ Fabrice MELLERAY, (sous la dir. de), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 374 p.

devant elle et contre les décisions de l'ARMP comme des recours pour excès de pouvoir¹³⁸⁷.

Les Autorités de régulation ne sont pas des juridictions certes, mais elles ne sont pas non plus des organes administratifs ordinaires. Faut-il rappeler qu'elles ont la particularité d'être des organes participant à l'exercice du législatif, du pouvoir réglementaire et qu'elles disposent de pouvoir de sanction et tranchent des litiges. Devant ces organes se règlent des différends pouvant aboutir à des solutions acceptées par les parties. Les autorités de régulation constituent une solution à la nécessité de traiter les litiges dans des délais rapides (plus que raisonnables) pour garantir l'effectivité des principes de la commande publique. C'est donc dans un souci de transparence, de célérité du règlement des litiges et de bancabilité des projets qu'ont été mis en place ces organes. D'ailleurs, dans son mémoire de défense, l'ANRMP insiste sur le caractère *«superfétatoire et contraire à l'esprit des textes»*, s'il fallait soumettre les recours contre ses décisions rendues en matière de règlement des différends à l'exigence de recours administratif préalable sachant que les décisions dont elle est saisie ont fait l'objet d'un recours préalable obligatoire.

Concernant l'argument de droit comparé, si la Cour suprême du Sénégal considère que les recours contre les décisions des organes de régulation sont des recours pour excès de pouvoir, tel n'est pas le cas du Conseil d'Etat du Burkina Faso. Ce dernier a jugé en effet, *«que le recours à la commission d'arbitrage et de conciliation [remplacée successivement par la Commission de règlement amiable des litiges, le CRD et l'ORAD] peut être considéré comme un recours exercé devant un organisme qui a la charge, à la demande du cocontractant de l'administration, de rechercher des éléments de droit et de fait pouvant être équitablement adoptés en vue d'une solution amiable des litiges relatives à l'exécution des marchés passés par l'administration; qu'elle est une instance de*

¹³⁸⁷ CS/CA (Sénégal) arrêt n° 12 du 05 mai 2009 Etat du Sénégal contre Autorité de Régulation des Marchés Publics et Agence Autonome des Travaux Routiers (AATR), CS/CA, arrêt n° 24 du 12 avril 2012 Association Sénégalaise des Hémodialysés et Insuffisants rénaux (ASHIR) c/ ARMP, Pharmacie nationale d'approvisionnement (PNA), Société carrefour médical et Etat du Sénégal.

règlement des litiges et n'est donc pas une autorité devant laquelle on peut exercer un recours administratif gracieux ou hiérarchique, le recours préalable ayant déjà été introduit devant l'administration qui a opposé un refus, qui a ouvert cette phase de conciliation»¹³⁸⁸. Ce raisonnement est de loin celui qui sied à la réalité de la fonction des organes de règlement des différends. Comme le souligne le professeur YONABA, «les pouvoirs qu'exercent les organes de règlement des litiges sont «d'un type particulier, qui sont comparables en tout point à ceux de juge»¹³⁸⁹. Dès lors, leurs décisions doivent être considérées comme des décisions permettant la saisine de la juridiction administrative en cassation et non comme des décisions préalables obtenus dans le cadre d'un recours administratif hiérarchique et devant donner lieu à un recours pour excès de pouvoir¹³⁹⁰.

C'est toute la philosophie qui a présidé à la création des Autorités de régulation et des organes de règlement des litiges en leur sein qui serait remise en cause si les recours contre les décisions rendues par ces derniers ne sont pas considérés comme des recours en cassation, mais des recours pour excès de pouvoirs soumis au régime des recours exercés contre les autorités administratives ordinaires. De plus, les textes qui créent les autorités de régulation spécifient bien qu'elles sont différentes des organes administratifs ordinaires. Organe spécial indépendant en Côte d'Ivoire, Autorité administrative indépendante au Sénégal et au Burkina Faso, elles se présentent comme des structures autonomes de l'administration ordinaire, des structures originales.

Avec ce débat sur la nature des décisions rendues par les organes de règlement des différends, se pose aux Etats qui ont adopté un tel système, celui ayant opposé les Professeurs Guy BRAIBANT¹³⁹¹ et Yves GAUDEMET¹³⁹² sur la nature du Médiateur de

¹³⁸⁸ CE (Burkina Faso), 10 août 2004, Générale d'études et travaux (GET) c/ Assemblée nationale in Salif YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé*, 2^e éd., 2013, pp. 329-341, n° 31.

¹³⁸⁹ *Ibidem*, p. 338.

¹³⁹⁰ *Ibidem*.

¹³⁹¹ Guy BRAIBANT, «Les rapports du Médiateur et du juge administratif», *AJDA*, 1977, pp. 283-288

¹³⁹² Yves GAUDEMET, «Le Médiateur est-il une autorité administrative?», in *Service public et libertés: Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Edition de l'université et de l'enseignement

la République en France¹³⁹³. Dans le cas des organes de régulation dont il est question dans notre étude, la recevabilité de leurs actes par le juge ne se pose pas puisque les textes qui les créent, prévoient leur contestation devant ce dernier. Ce sont les conditions de recevabilité que ces textes n'ont pas déterminées. Le problème auquel sont confrontés les recours montrent qu'il s'agit là d'un vide qu'il urge de combler.

Il paraît alors nécessaire, pour donner à leurs décisions l'autorité qui sied, d'éclaircir le statut des organes de règlement des différends. L'idée est de leur conférer le statut de juridiction administrative spécialisée. Ce qui impliquerait de reconnaître sans ambiguïté que leurs décisions ne sont pas des décisions préalables mais des actes à caractère juridictionnel pouvant faire l'objet d'un recours en cassation devant la haute juridiction administrative du pays. Ainsi, au Burkina Faso par exemple, la compétence actuelle des tribunaux administratifs pour connaître des recours contre les décisions de l'ARMP devrait être transférée au Conseil d'Etat.

A travers ces analyses, il apparaît que la réorganisation du contentieux de la commande publique a été guidée par la nécessité de donner une effectivité aux principes de la commande publique qui forment le trépied sur lequel repose l'idée de concurrence. Pour le moment, les mécanismes mis en place dans les Etats de l'UEMOA¹³⁹⁴ sont de loin plus adéquats que le recours organisé devant le MINMAP même si ceux-ci méritent d'être perfectionnés.

moderne, 1981. pp. 117- 130. Voir aussi Benjamin BOUMAKANI, «Les médiateurs de la République en Afrique Noire francophone: Sénégal, Gabon et Burkina-Faso», *RIDC*, av.-juin 1999, Vol. 51 n°2, p. 325 et s.

¹³⁹³ Si pour le Professeur Guy BRAIBANT le Médiateur de la République ne relevait pas du pouvoir judiciaire mais du pouvoir exécutif, pour le professeur GAUDEMET, il ne saurait en être ainsi car cela entraînerait la subordination de son action au contrôle du juge administratif et un changement de nature de l'institution. Le Conseil d'Etat français a tranché ce débat en considérant dans l'arrêt Retail que le Médiateur en France est une autorité administrative. Toutefois les réponses qu'il donne suite au dysfonctionnement dont il est saisi, ne sont pas des décisions administratives susceptibles de recours CE (France), 20 juillet 1981, Retail, *Dalloz* 1981, p. 622, Note Yves GAUDEMET.

¹³⁹⁴ Signalons que certains Etats de la CEMAC ont repris ce système de règlement des litiges.

Le renouvellement des mécanismes de règlement de litiges relatifs à la commande publique s'est aussi manifesté à travers le contentieux de l'exécution. Toutefois, bien que consacré dans l'ensemble des législations étudiées, le règlement du contentieux de l'exécution selon les modes alternatifs (à l'exception de l'arbitrage) fait apparaître des modalités de mise en œuvre contrastées dénotant dans certains textes d'une réforme inachevée. Cela s'observe surtout dans le contentieux de l'exécution des marchés publics et des conventions de délégation de service public au Cameroun et en Côte d'Ivoire. Dans le cas du Cameroun, malgré la consécration à l'article 91 du Code des marchés publics de la possibilité de recourir au règlement amiable des litiges, les modalités de mise en œuvre de ce mécanisme n'ont à notre connaissance pas été précisées jusqu'ici. Thomas BIDJA NKOTTO note à cet égard que c'est à travers les désistements devant la chambre administrative que transparaît le reflet de certains modes alternatifs comme la transaction¹³⁹⁵. Lorsque les parties décidaient de recourir à la conciliation, elles pouvaient s'adresser à la Direction générale des grands travaux qui comptait parmi ses attributions, «*l'instruction des contentieux relatifs aux marchés publics*». Mais cet organisme a disparu avec l'avènement de l'ARMP. L'article 30 du décret du 23 février 2001 instituant l'ARMP a abrogé le décret n° 93/307 du 18 novembre 1993 portant réorganisation de la direction générale des Grands Travaux du Cameroun et l'article 31 a transféré le patrimoine de cet organisme à l'ARMP.

Le mécanisme de règlement des litiges résultant de l'exécution, prévu en Côte d'Ivoire, peut aussi manquer de lisibilité à certains égards. Les autorités ont fait le choix d'élaborer une seule procédure applicable au règlement des litiges liés à la passation et à celui des litiges nés de l'exécution. Ce qui fait qu'en application de l'article 7 de l'arrêté du 14 septembre 2010, la saisine de l'organe de règlement des différends a pour effet de suspendre la procédure d'exécution du marché ou de la délégation de service public. Cette solution paraît intenable à moins que l'autorité contractante ne recoure systématiquement à la dérogation prévue par la même disposition consistant pour elle, à adresser au président

¹³⁹⁵Thomas BIDJA NKOTTO, *op. cit.* p. 463 et s. Voir Aussi Joseph OWONA, *Le contentieux administratif de la République du Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 8 et s.).

de l'ANRMP une demande de levée de la suspension pour des raisons tenant à la nécessité de *«préserver les intérêts supérieurs de l'Etat»* ou à la nécessité *«de parer à une situation relevant d'un cas de force majeure»*.

Le règlement amiable ou la conciliation désigne respectivement au Sénégal et au Burkina Faso, le règlement des litiges relatifs à l'exécution par l'organe de règlement des différends au sein des organes de régulation. Mode privilégié, mais non obligatoire, le règlement amiable est de la compétence du Comité de règlement des différends statuant en commission des litiges dans la législation sénégalaise. Au Burkina Faso, il est de la compétence du CRD (actuel ORAD) qui siège en matière de conciliation.

Ainsi l'innovation la plus pertinente s'agissant du contentieux de l'exécution des contrats de la commande publique demeure la levée des obstacles au recours à l'arbitrage pour régler les différends nés de leur exécution.

SECTION II. LA LEVEE DES OBSTACLES JURIDIQUES A LA SOUMISSION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE A L'ARBITRAGE

En 1990, Roland DRAGO, affirmait que «tôt au tard, les marchés publics, (...) relèveront du juge ordinaire ou encore mieux de l'arbitrage sous réserve du contrôle parlementaire». Neuf années plus tard, l'OHADA¹³⁹⁶ posait les premiers éléments de concrétisation de cette vision par l'adoption de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage.

Ce texte, adopté le 11 mars 1999 et entré en vigueur le 11 juin 1999, constitue le droit commun de l'arbitrage dans les Etats membres de l'OHADA¹³⁹⁷. Son champ d'application s'étend «à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats-parties»¹³⁹⁸. En trente-six articles, l'Acte uniforme définit les principes ainsi que le droit applicable à l'arbitrage dans les 17 pays membres de l'organisation¹³⁹⁹.

Il offre aux Etats de l'OHADA parmi lesquels figurent le Sénégal, le Burkina Faso et la Côte d'Ivoire et le Cameroun, un cadre juridique relatif à l'arbitrage qui a inéluctablement fait évoluer les dispositions relatives au contentieux de la commande publique et en particulier ceux concernant le contentieux interne. En effet, dans ces Etats,

¹³⁹⁶ Institution d'intégration juridique créée par le traité signé à Port-Louis le 17 octobre 1993 et entré en vigueur le 15 septembre 1995. *J.O* de l'OHADA n°4 du 01 novembre 1997. Quinze ans après, les chefs d'Etats et de gouvernement des Etats membres ont signé au Québec un nouveau traité modifiant le traité de Port Louis. A propos de cette réforme, voir notamment Boris MARTOR et Aude-Marie CARTRON, «Eclairage sur la révision du traité de l'OHADA», *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, Janv.-Fév. 2010, p. 31-36. Laurent BEN KEMOUN, «L'OHADA, le temps et le diable: Réflexions sur le traité de Québec», *Penant*, n° 872, Juillet-sept. 2010, pp. 374-378.

¹³⁹⁷ Avant l'acte uniforme il y a d'abord le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique qui a jeté les bases de ce que l'on appelle communément «l'arbitrage OHADA». C'est sur la base de ce traité que le conseil des ministres de l'organisation a mis en place un système d'arbitrage caractérisée par sa dualité. L'acte uniforme n'est donc qu'un aspect de l'arbitrage OHADA. L'autre élément de ce dispositif est constitué par le mécanisme d'arbitrage institutionnel administré par la CCJA et régi à la fois par le Traité et le règlement d'arbitrage de la CCJA

¹³⁹⁸ Article 1^{er}, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999, *op. cit.*

¹³⁹⁹ Ses 7 chapitres traitent de son champ d'application, de la composition du tribunal arbitral, de l'instance arbitrale, de la sentence, du recours contre celle-ci, de sa reconnaissance et de son exécution. Les dispositions relatives à la publication de l'acte uniforme, à son entrée en vigueur et à son application dans le temps font l'objet du dernier chapitre.

les textes relatifs aux marchés publics, aux conventions de délégation de service public et aux contrats de partenariat public-privé reconnaissent aujourd'hui l'arbitrage comme modalité de règlement des litiges nés de l'exécution de ces contrats.

Cette consécration est loin d'être une évidence. En effet, elle n'a été possible que parce que deux obstacles ont été levés. L'intégration de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage a permis d'une part d'accepter la soumission des personnes publiques à l'arbitrage (§I) et d'autre part l'arbitrabilité de contrats de nature administrative (§II).

§ 1. LA SOUMISSION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC A L'ARBITRAGE

A travers le traité relatif à l'OHADA et l'Acte uniforme sur l'arbitrage, les Etats membres ont manifesté l'ambition de mettre en place un mécanisme de règlement des différends qui puisse satisfaire aux exigences des investisseurs et partant de là, les rassurer.

Les critiques envers l'arbitrage ne manquent pas.

Il est souvent reproché à cette procédure de règlement des litiges d'être une forme de privatisation de la justice, la manifestation d'une volonté «*d'externalisation de la fonction juridictionnelle à des fins d'économies budgétaires*»¹⁴⁰⁰. De même des cas de conflits d'intérêts ayant entraîné la mise en examen d'arbitres ou leur démission renforce les soupçons de partialité à l'endroit de cette procédure. A cela s'ajoute le fait que l'arbitrage a un coût, que ce soit pour la procédure ou la rémunération des arbitres. Enfin, un communiqué récent publié sur le site de l'OHADA intitulé «De grands dangers de l'arbitrage pour les Etats/ Recommandations du site www.ohada.com aux Etats» qui faisant suite à de lourdes condamnations d'Etats membres, informe des risques que présentent l'arbitrage pour les Etats et derrière eux, leurs populations¹⁴⁰¹.

¹⁴⁰⁰ Olivier CUPERLIER, «Arbitrage OHADA et personnes publiques», in Mathias AUDIT (sous la dir. de), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 81 – 97.

¹⁴⁰¹ <http://www.ohada.com/actualite/2411/de-grands-dangers-de-l-arbitrage-pour-les-etats-recommandations-du-site-www-ohada-com-aux-etats.html> (dernière consultation le 10 mars 2015.)

Mais cette procédure revêt aussi des avantages certains. En effet, la soumission des litiges inhérents aux transactions économiques, que sont les contrats de la commande publique, au juge de l'administration, rend inconfortable la position du cocontractant de l'administration dans la mesure où ce mode de règlement est souvent très long. L'arbitrage, purgé de ces «dangers» apparaît alors comme une garantie de neutralité, un moyen de soustraire les litiges nés du contrat, de la compétence des juridictions nationales de l'administration contractante. Cette procédure permet aussi à l'administration contractante, qui ne recourt pas à ses propres juridictions, de ne pas se soumettre non plus à des juridictions étrangères.

Et pourtant, plus d'une dizaine d'années après l'adoption de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, la soumission des personnes morales de droit public à l'arbitrage dans l'espace OHADA, fait toujours couler beaucoup d'encre¹⁴⁰². C'est dire que cette révolution dans l'univers des personnes morales de droit public est loin d'être une évidence. La prohibition qui leur était faite de recourir à l'arbitrage pour régler leurs différends est un principe profondément ancré dans la culture juridique de la plupart des Etats de l'OHADA (A). Toutefois, cette interdiction ne peut que céder face à la clarté de la consécration de la possibilité pour les personnes morales de droit public de soumettre des différends à l'arbitrage (B).

A. LA PROHIBITION TRADITIONNELLE FAITE AUX PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC DE REGLER LEURS DIFFERENDS PAR LA VOIE DE L'ARBITRAGE

¹⁴⁰² Voir par exemple: Dorothé C. SOSSA, «L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA: les mobiles d'une telle option», *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° spécial, fév. 2010, p. 110-120. Gérard MARCOU, «L'arbitrage des contrats de l'administration, les enseignements du droit comparé et de l'arbitrage commercial international pour la réforme du droit français», in Gérard MARCOU, Laurence FOLLIOU-LALLIOT, Daniel I. GORDON, Steven L. SCHOONER, Joshua SCHWARTZ et Christopher YUKINS (sous la dir. de), *Le contrôle des marchés publics*, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche juridique de la Sorbonne, Paris, Ed. IRJS, 2009, pp. 373-389.

L'interdiction faite aux personnes morales de droit public de soumettre leur litige à l'arbitrage était fortement ancrée dans les ordres juridiques nationaux des Etats membres de l'OHADA. Il s'agit d'une règle héritée de la métropole française (1). Cet héritage juridique a fortement marqué les législateurs nationaux et ce, même après les indépendances (2).

1. Aux origines de la contestation du recours à l'arbitrage par les personnes morales de droit public: le droit public français.

La prohibition du recours à l'arbitrage est clairement affirmée dans le droit français et repris par les pays de l'OHADA qui s'en sont inspirés pour bâtir leur propre système juridique. En droit français, le recours à l'arbitrage ne pouvait s'effectuer qu'en vertu d'une autorisation spéciale¹⁴⁰³.

La doctrine et la jurisprudence se sont très tôt opposées à l'utilisation de l'arbitrage par les personnes publiques. La source première de cette prohibition est cependant située dans la loi et plus précisément dans l'article 2060 du Code civil qui dispose qu' : *«on ne peut compromettre (...) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre»*. D'autres fondements légaux à cette prohibition ont été trouvés dans les textes qui posent le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives.

Dès 1896, Edouard Laferrière s'interrogeant sur la place du compromis dans les contrats de l'Etat, rejette toute idée de soumettre ces contrats à l'arbitrage. Son argument est qu' *«il est de principe que l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant en raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre public*

¹⁴⁰³ Article L .311-6 du Code de justice administrative

*qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par des juridictions instituées par la loi*¹⁴⁰⁴. Le commissaire du gouvernement Romieu a défendu la même idée en évoquant *«le principe selon lequel les ministres ne peuvent pas remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse, parce qu'ils ne peuvent pas se dérober aux juridictions établies»*¹⁴⁰⁵.

Dans ses conclusions sous l'arrêt Société nationale des ventes de surplus, le commissaire du gouvernement Gazier qualifiera les dispositions du Code de procédure civile de *«façades législatives»* préférant avancer à l'encontre de l'arbitrage pour les personnes publiques *«le principe traditionnel universellement reçu en doctrine en jurisprudence que, sauf exception, une administration publique n'est pas autorisée à compromettre»*¹⁴⁰⁶. Plus récemment, d'autres auteurs ont abondé dans le même sens en soutenant que l'arbitrage des litiges auxquels les personnes publiques sont parties entraînerait un dessaisissement de la juridiction administrative au profit d'un tribunal constitué de *«juges privés»* et donc ressenti comme étant plus proche de la juridiction judiciaire¹⁴⁰⁷.

Le Conseil d'Etat français considère, quant à lui, que la prohibition faite aux personnes publiques de compromettre découle d'un principe général du droit. Dans un avis émis à propos de la réalisation du parc d'Eurodisneyland, il a en effet jugé qu' *«il résulte des principes généraux du droit public français, (...) que, sous réserve des dérogations découlant des dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de*

¹⁴⁰⁴ Edouard LAFFERIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, Paris, LGDJ, 1989, p. 146.

¹⁴⁰⁵ Conseil d'Etat, 17 mars 1893 Compagnie du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la guerre, *Recueil Lebon*, pp. 245-246, Conclusions ROMIEU.

¹⁴⁰⁶ Conseil d'Etat, ass., 13 décembre 1957 Société nationale des ventes de surplus, *Recueil*, 1957, p.677-678, concl. GAZIER. Henri MOTULSIKY «Note sous Conseil d'Etat, ass., 13 décembre 1957 Société nationale des ventes de surplus» *JCP* 1958.II.10800. Cette décision a montré que pour le conseil d'Etat c'est la qualité de personne publique qui entraîne l'exclusion du système de l'arbitrage et non la nature des l'activité réalisée. Dans cette affaire, on était en présence d'un EPIC qui fonctionnait conformément aux règles de gestion financière, lesquelles étaient aussi d'usage dans les sociétés commerciales. Ce qui n'empêcha pas la haute juridiction que confirmer la prohibition du recours à l'arbitrage car en dépit de la nature de ses activités, l'EPIC restait un établissement public.

¹⁴⁰⁷ Bernard PACTEAU, «Arbitrage. – arbitrages spéciaux. – Arbitrage en droit administratif», *JurisClasseur procédure civile*, fascicule 1048.

conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne»¹⁴⁰⁸. Ainsi sauf exception expressément prévue par la loi, les personnes morales de droit public ne pouvaient recourir à l'arbitrage. Ces dérogations ont certes existé et subsistent encore en France, mais elles n'ont jamais été généralisées. En guise d'exemple, la loi du 17 avril 1906 autorisait l'Etat et les collectivités locales à recourir à l'arbitrage pour régler les différends nés de la liquidation des dépenses dans les marchés de travaux et de fournitures¹⁴⁰⁹. Peut également être cité l'article 19 de la loi du 15 juillet 1982 qui autorisait les établissements publics à caractère scientifique et technologique à recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherches passés avec des organismes étrangers. En dépit de ces quelques exceptions, force est donc de constater que le droit public français est, pendant longtemps, resté récalcitrant face à la soumission à l'arbitrage des litiges des personnes publiques.

La grande majorité des Etats membres de l'OHADA, ont intégré dans leur ordre juridique les textes de l'ancienne métropole et avec eux, la prohibition du recours à l'arbitrage par les personnes morales de droit public.

2. L'état du droit de l'arbitrage dans les Etats africains avant l'entrée en vigueur des textes de l'OHADA.

Héritiers du droit public français, les Etats membres de l'OHADA ont, pendant plusieurs décennies, été réfractaires à l'arbitrage, avant de s'ouvrir petit à petit à ce mode de règlement des litiges¹⁴¹⁰. Avant l'adoption de l'acte uniforme du 11 mars 1999, ils ne

¹⁴⁰⁸ CONSEIL D'ETAT, Section des travaux publics, avis n° 339710 du 6 mars 1986, *EDCE* 1987, n°38, p. 178-179.

¹⁴⁰⁹ Article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, *JORF* du 18 avril 1926, p. 2497.

¹⁴¹⁰ Voir en ce sens, Roland AMOUSSOU-GUENOU, «L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA» in Philippe FOUCHARD (sous la dir. de),

disposaient pas d'une législation complète en matière d'arbitrage. Le professeur Pierre MEYER explique que les lacunes de cette législation remontaient à l'époque coloniale en raison de la transposition incomplète du droit de l'arbitrage en vigueur dans la métropole¹⁴¹¹. En effet, alors que l'application du livre III du Code de procédure civile français, qui traitait de l'arbitrage, n'avait pas été étendue aux colonies d'Afrique, celles-ci se voyaient appliquer la loi française du 31 décembre 1925 qui consacrait la validité de la clause compromissoire dans les différends entre commerçants¹⁴¹².

En matière administrative, la loi française du 17 avril 1906 qui autorisait le recours à l'arbitrage dans les marchés publics de fournitures et de travaux publics avait été introduite dans les colonies¹⁴¹³. Le Burkina Faso par exemple, l'avait reprise dans son cahier des charges relatif aux marchés de travaux publics¹⁴¹⁴.

Les juges africains ont été réticents pour appliquer un droit de l'arbitrage qui était extérieur à leur ordre juridique interne. Un exemple est fourni par les juridictions maliennes. Interrogé à propos de la validité d'une clause compromissoire, le tribunal civil de Bamako, avait refusé de reconnaître la validité d'une telle clause en droit malien¹⁴¹⁵. Saisie en appel, la Cour d'appel confirma la décision de tribunal au motif que «(...) la juridiction malienne crée sa propre jurisprudence en fonction (...) de l'économie du pays, des lois et règles qui y prévalent et non par application servile de jurisprudences

L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 34. Robert DOSSOU, «La pratique de l'arbitrage en Afrique», *ibidem*, pp. 125-128.

¹⁴¹¹ Pierre MEYER, «Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après », *Revue de l'arbitrage* n°3, 2010, p. 3 et s.

¹⁴¹² C'est par le Décret du 15 mai 1889 portant réorganisation du service de la justice au Sénégal, (*Journal Officiel de la République Française* du 19 mai 1889, p. 2317) que les autres parties du code de procédure civile ont été transposées dans les colonies françaises d'Afrique. Voir aussi Roland AMOUSSOU GUENOU, *Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne*, Thèse de doctorat, Université Panthéon - Sorbonne Paris, 1995, 721. p. 43 et s.

¹⁴¹³ Alain BOCKEL, «Les contrats administratifs», *op. cit.* p. 265

¹⁴¹⁴ *Ibidem*.

¹⁴¹⁵ Tribunal civil de Bamako, 27 avril 1978, cité par Roland AMOUSSOU-GUENOU, «L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA», *op. cit.* p.33

extérieures qui, elles, ne tiennent compte que de leurs propres impératifs»¹⁴¹⁶. Bien qu'infirmé par la Cour suprême¹⁴¹⁷, cette décision montre l'incertitude dans laquelle évoluaient les juridictions africaines en matière d'arbitrage.

Les réformes entreprises après les indépendances n'ont pas remédié à la situation dans laquelle on était en présence de textes consacrant la validité de la clause compromissoire alors que les règles régissant la procédure d'arbitrage étaient inexistantes. Tel était le cas par exemple en Mauritanie¹⁴¹⁸, au Bénin¹⁴¹⁹, au Burkina Faso, en Centrafrique, en Guinée ou au Mali¹⁴²⁰.

Dans d'autres pays cependant, la réforme de la procédure civile après l'indépendance a été l'occasion d'introduire dans le droit interne, des mesures relatives à l'arbitrage. Cependant ces dispositions étaient incomplètes ou dépassées parce qu'inspirées du droit français de la procédure civile qui lui-même allait faire l'objet d'une réforme en 1981¹⁴²¹. Tel a été le cas notamment du Sénégal¹⁴²² du Tchad¹⁴²³, du Togo¹⁴²⁴, encore du Congo¹⁴²⁵. Mais il n'en demeure pas moins que cette œuvre législative était très élaborée et était complétée, comme le fait remarquer Roland AMOUSSOU-GUENOU, par «*un début*

¹⁴¹⁶ *ibidem*.

¹⁴¹⁷ Cour Suprême du Mali, 26 mars 1979, *ibidem*.

¹⁴¹⁸ Code de procédure civile, commerciale et administrative issu de la loi n°62-052 du 2 février 1962, cité par Roland AMOUSSOU-GUENOU, «L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA» *op. cit.* p.34

¹⁴¹⁹ Loi n°84-004 du 23 mars 1981 portant organisation judiciaire, JORPB n°7 du 1^{er} avril 1981

¹⁴²⁰ Code de procédure civile, commerciale et sociale issu de la loi n°101 du 18 août 1961, cité par ROLAND AMOUSSOU GUENOU, *Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne*, *op. cit.* , p. 49.

¹⁴²¹ Pierre MEYER, «Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après», *op. cit.* , p. 5.

¹⁴²² Au Sénégal, le code de procédure civile (art 795 à 820), reconnaissait la convention d'arbitrage mais ne faisait pas référence à la clause compromissoire. Décret n°64-572 du 30 juillet 1964 portant code de procédure civile, JORS n° spécial 3705 du 28 septembre 1964.

¹⁴²³ Articles 370 à 383, Ordonnance du 28 juillet 1967 portant promulgation d'un code de procédure civile au Tchad, JORT du 1^{er} août 1967.

¹⁴²⁴ Togo: article 275 à 290 du code de procédure civile du 15 mars 1982, cité par Pierre MEYER, *op. cit.* p.5

¹⁴²⁵ Congo: article 310 loi 51/83 du 21 avril 1983 réglant la procédure civile, commerciale et administrative, *Ibidem*

de création d'une jurisprudence africaine autonome et par les développements de la présence africaine dans l'arbitrage international»¹⁴²⁶.

La modernisation du droit de l'arbitrage sera réellement enclenchée à partir des années 90 avec des réformes intervenues dans quelques pays. C'est le cas notamment, de la Côte d'Ivoire¹⁴²⁷, du Mali¹⁴²⁸ ou du Sénégal. La Côte d'Ivoire et le Mali ont repris, quasiment, tout le dispositif français relatif à l'arbitrage. Ainsi des dispositions telles que la prohibition des clauses compromissoires sauf en matière commerciale et l'interdiction pour l'Etat de compromettre en matière interne, qui sont à la fois archaïques et critiquables ont été reprises¹⁴²⁹.

Certaines différences pouvaient néanmoins être relevées dans les textes élaborés par les deux pays. Ainsi, l'article 17 de la loi ivoirienne en plus de la prohibition relative à l'arbitrabilité de certaines matières civiles, excluait du domaine de l'arbitrage, les différends intéressant les collectivités et établissements publics¹⁴³⁰. Alors que la loi malienne s'est voulue plus libérale en admettant la clause compromissoire au-delà de la matière commerciale et en ne consacrant aucune prohibition quant à l'arbitrabilité des litiges concernant les personnes publiques. Le Sénégal s'est quant à lui inspiré de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage et du droit français pour réformer son droit interne et international en adoptant la loi du n° 98-30 du 14 avril 1998 et le décret n° 98 - 492 du 5 juin 1998¹⁴³¹. Contrairement à la législation malienne le Code des obligations civiles et

¹⁴²⁶ Roland AMOUSSOU- GUENOU, «L'Etat du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption de des instruments de l'OHADA», *op. cit.* p.34-35

¹⁴²⁷ Loi n° 93.671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage, JORCI du 14 septembre 1993. A propos de ce texte, voir notamment Laurence IDOT, «Loi ivoirienne n° 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, n°4, 1994, pp. 783-787. Voir aussi Narcisse AKA, «La pratique arbitrale et les institutions d'arbitrage en Afrique: le cas de la Côte d'Ivoire», *op. cit.*

¹⁴²⁸ Articles 879 à 942 du Code de procédure civile issue du Décret n° 94/226 P-RM du 28 juin 1994 portant code de procédure civile, commerciale et sociale au Mali.

¹⁴²⁹ Pierre MEYER, «Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après», *op. cit.* p. 5

¹⁴³⁰ Il s'agit en particulier des litiges relatifs à l'état et à la capacité des personnes, au divorce, à la séparation de corps

¹⁴³¹ A propos de cette réforme, voir Fatou CAMARA, «Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal: du libéral et de l'éphémère», *Revue de l'arbitrage*, n°1, 1999, pp. 45-55.

commerciales consacre expressément la capacité à compromettre des personnes morales de droit public sauf pour les contestations touchant à l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique.

Il faut aussi noter qu'à côté de cette législation étatique on retrouvait un droit international de l'arbitrage en vigueur dans les Etats de l'OHADA. Mais ce droit international avait cette particularité d'avoir été élaboré sans leur participation. Tel est le cas de la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958¹⁴³², de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'un autre Etat du 18 mars 1965¹⁴³³, de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 instituant l'Agence multilatérale de garantie des investissements qui prévoit l'utilisation du mécanisme CIRDI pour le règlement des litiges nés des investissements bénéficiant de sa garantie. D'autres textes internationaux plus consensuels étaient également appliqués dans les Etats de l'OHADA. Il s'agit notamment du Règlement de conciliation et d'arbitrage pour les marchés publics financés par le FED¹⁴³⁴, de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976¹⁴³⁵.

¹⁴³² COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Acte final et convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 20 mai-10 juin 1958*, New York, Nations Unies, 1958. 12p.

¹⁴³³ CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *ICSID basic documents*, Washington, D.C., International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1985, 107 p.

¹⁴³⁴ CONSEIL DES MINISTRES ACP-CEE, « Décision n°3/90 du Conseil des ministres ACP-CEE du 29 mars 1990 portant adoption de la réglementation générale, des cahiers généraux des charges et du règlement de procédures de conciliation et d'arbitrage, relatifs aux marchés de travaux, de fournitures et de services financés par le Fonds européen de développement (FED), et concernant leur application », *op .cit.* p. 97-107, Annexe V, Règlement de procédure de conciliation et d'arbitrage pour les marchés financés par le Fonds Européen de Développement»,

¹⁴³⁵ COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* adopté le 28 avril 1976 et *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, avec les amendements tels qu'adoptés en 2006: ces textes peuvent être consultés sur le site de la Commission:

www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html (consulté le 26 juin 2013)

Enfin, par le truchement des accords d'investissement signés entre les Etats africains et les investisseurs étrangers, les conventions d'investissement étaient devenues une source importante du droit de l'arbitrage en Afrique. En 2000, on dénombrait 1600 accords bilatéraux d'investissements passés entre les Etats du nord et les pays en voie de développement¹⁴³⁶. Tous ces accords contenaient une clause d'arbitrage.

A l'analyse, avant l'apparition des textes de l'OHADA, l'arbitrage était peu encadré dans ses Etats membres. Le recours à cette procédure dans les litiges intéressant les personnes morales de droit public, était prohibé dans la grande majorité des Etats. Avec l'avènement de l'OHADA, on va passer d'une prohibition de principe à une autorisation de principe.

B. LA CONSECRATION DE LA CAPACITE A COMPROMETTRE AU PROFIT DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

Lorsqu'ils ont adopté l'acte uniforme relatif à l'arbitrage, les Etats de l'OHADA ont adopté un texte au champ d'application englobant. Le deuxième article de ce texte prévoit en effet, que : *«toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage»*. L'acte uniforme ne fait pas de distinction entre la nature publique ou privée des requérants.

Par l'inclusion des personnes morales de droit public dans la catégorie des justiciables autorisés à soumettre leur différend à l'arbitrage, l'article second renverse le principe de la prohibition de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public qui était

¹⁴³⁶ Ahmed Sadek El-KOSHERI, intervention lors du débat sur «La pratique de l'arbitrage en Afrique», in Philippe FOUCHARD, (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.171

en vigueur dans la plupart de ses Etats membres. L'arrivée de l'OHADA marque ainsi une mutation du droit du contentieux public¹⁴³⁷. L'acte uniforme consacre une rencontre que certains auteurs ont qualifié d'«*inévitables en Afrique même si a priori contre nature*»¹⁴³⁸: celle entre les personnes publiques et l'arbitrage.

Le «*principe général de l'exécution de bonne foi du contrat*»¹⁴³⁹ est invoqué pour justifier l'extension du champ organique de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage. Pour les rédacteurs de ce texte, l'affirmation de la capacité des Etats et des établissements publics à être partie à un arbitrage n'est qu'une application de ce principe. L'argument tiré de la bonne foi des parties pour justifier leur soumission à l'arbitrage a également été utilisé par la Cour d'appel du Caire, juridiction située en dehors de l'espace OHADA. Dans l'affaire *Organisme des antiquités c/ G. Silver Night Company*, elle avait jugé contraire «*au principe général de l'exécution de bonne foi des obligations*» l'attitude du demandeur qui attend le prononcé d'une sentence et constatant que celle-ci lui était défavorable pour invoquer la nullité de la convention d'arbitrage au motif que le litige concernait un contrat administratif¹⁴⁴⁰.

Notons pour finir, que les textes qui mettent en place l'arbitrage institutionnel avec la CCJA, n'excluent pas expressément de leur champ d'application, les différends auxquels les personnes morales de droit public sont parties. Ni les dispositions du traité relatives à cette procédure devant la CCJA ni le règlement d'arbitrage de la Cour ne spécifient une exclusion des personnes morales de droit public. En disposant que «*toute partie à un contrat*» peut soumettre sous certaines conditions, un différend contractuel à la

¹⁴³⁷ Ndogo FALL, «Regional settlement of procurement award disputes' mechanism and its impact on the regional business environment», Communication à l'occasion du « forum de haut niveau: les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle », organisé à Tunis du 16 au 17 novembre 2009 par la Banque africaine de développement, <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283/> dernière consultation le 24/06/2013)

¹⁴³⁸ Olivier CUPERLIER, *op. cit.* p. 83

¹⁴³⁹ Alain FENEON «Historique de l'habilitation des personnes de droit public à compromettre dans l'espace OHADA», *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° spécial, février 2010, p. 108.

¹⁴⁴⁰ COUR D'APPEL DU CAIRE, 19 mars 1997, «Organisme des antiquités c/ G. Silver Night Company», *Revue de l'arbitrage*, n°2, 1997, pp. 283-296, note Philippe LE LEBOULANGER

procédure d'arbitrage mis en place sous l'égide de la CCJA, l'article 21 du traité n'exclut pas, du moins expressément, les personnes morales de droit public¹⁴⁴¹. Il reste toutefois à déterminer les conditions auxquelles il est fait référence. Cette interprétation de l'article 21 est confirmée par l'article 2.1 du règlement d'arbitrage de la CCJA dont l'objet est de délimiter les compétences de la Cour. Il résulte de cette disposition que la CCJA peut connaître de différends soumis par «*toute partie à un contrat*»¹⁴⁴².

Il apparaît ainsi que l'OHADA, ouvre aux personnes morales de droit public la possibilité de soumettre leurs litiges contractuels à l'arbitrage et leur offre un mécanisme institutionnel de règlement des différends.

La question est de savoir maintenant si toutes les personnes morales de droit public peuvent accéder à l'arbitrage ouvert par l'Acte uniforme. L'article 2 de ce texte cite expressément l'Etat, les collectivités territoriales publiques et les établissements publics comme rentrant dans le champ d'application organique du texte. Selon le professeur Joseph ISSA-SAYEGH, l'article 2 doit être interprété de façon stricte dans la mesure où il consacre «*une exception à un principe de droit public*»¹⁴⁴³. C'est la raison pour laquelle il estime que certaines entités comme les groupements d'intérêt public doivent en être exclues. Cette analyse est conforme à la lettre du texte.

Toutefois, elle s'éloigne des intentions des rédacteurs du texte. Le projet de texte présenté à la réunion des Commissions nationales qui s'est tenue les 15 et 16 juin 1998 à Yaoundé, ne faisait référence qu'à l'Etat et aux collectivités territoriales¹⁴⁴⁴. Il a été suggéré d'y ajouter les établissements publics. La raison avancée était la nécessité de saisir

¹⁴⁴¹ Voir en ce sens Paul Gérard POUGOUE, «Le système d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», in Philippe FOUCHARD (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 133.

¹⁴⁴² Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op. cit.

¹⁴⁴³ Joseph ISSA-SAYEGH, «Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA», *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° spécial, octobre 2001, pp. 22-28.

¹⁴⁴⁴ Alain Fénéon, op. cit. p. 108

la «*multiplicité des formes de l'intervention publique dans l'économie*»¹⁴⁴⁵. L'idée était donc moins d'appréhender les personnes morales de droit public que les modalités suivant lesquelles elles peuvent intervenir dans l'économie. Pour cette raison, les rédacteurs du texte ont estimé qu'«*il eût peut-être été préférable de retenir la notion initiale de personnes morales de droit public qui figurait dans les troisième et quatrième versions du projet*».

Mais l'assemblée plénière des Commissions nationales a opté pour une énumération des personnes morales de droit public. Partant de là, peut-on considérer qu'une entité publique, qui n'est pas citée dans le texte et qui exerce une activité économique puisse échapper à l'arbitrage au motif que l'acte uniforme ne s'adresse expressément qu'aux Etats, aux établissements publics et aux collectivités publiques territoriales? Ou bien alors une personne morale de droit public peut-elle, après avoir accepté une clause compromissaire, refuser l'arbitrage au motif que son droit, son statut l'exclut des entités énumérées. On voit là toute la difficulté qu'il y a de s'en tenir à la lettre du texte¹⁴⁴⁶.

A travers l'adoption de l'acte uniforme, les Etats de l'OHADA autorisent leurs entités publiques à soumettre leurs différends à l'arbitrage. En reprenant les dispositions de ces textes dans leurs réglementations relatives à la commande publique, ils signent un acte audacieux et envoient un signal fort aux investisseurs nationaux et étrangers. Ces dispositions s'inscrivent dans le cadre des garanties octroyées aux personnes privées face à la puissance publique et permettent de pallier les insuffisances d'une justice dont l'accès et l'impartialité ne sont pas toujours garantie¹⁴⁴⁷. Ce fait majeur peut contribuer au développement de la contractualisation de l'action publique. Mais encore fallait-il que les

¹⁴⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁴⁶ Pour une opinion allant dans le sens d'une interprétation extensive de la notion de personnes morales de droit public: Philippe FOUCHARD, Gaston Kenfack DOUAJINI et Jacques M'BOSSO «L'arbitrage OHADA, acte du Colloque de Paris du 2 février 2001», *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° spécial, octobre 2001 p. 65-66.

¹⁴⁴⁷ Voir en ce sens Philippe FOUCHARD, «L'arbitrage dans l'OHADA», *International Law Forum*, 2001, p.182 cité par Alain FENEON, *op. cit.* p. 108

litiges nés des contrats administratifs en général et des contrats de la commande publique en particulier, soient éligibles au rang des différends pouvant emprunter la voie de l'arbitrage.

§ 2. LA SOUMISSION DES DIFFERENDS NÉS DE CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE A L'ARBITRAGE:

L'argument à la base de notre réflexion est que l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage dans le cadre de l'OHADA, enrichit le contentieux de la commande publique en ouvrant l'arbitrage pour tout différend contractuel. Il reste à déterminer les conditions de l'extension des compétences de l'OHADA à la matière administrative (A). Seront étudiées ensuite les modalités de l'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de la commande publique (B)

A. LA POSSIBLE EXTENSION DES COMPETENCES DE L'OHADA A LA MATIERE ADMINISTRATIVE

L'expression «contrat public d'affaire» est de plus en plus répandue, lorsqu'il s'agit de nommer les contrats de la commande publique¹⁴⁴⁸. Il n'en demeure pas moins que ces contrats sont de nature administrative. Or le premier article du traité relatif à l'OHADA stipule que: «*le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties (...)*». C'est donc logiquement qu'il est interprété comme excluant du champ de compétence de l'organisation tout ce qui relève du droit administratif et en particulier

¹⁴⁴⁸ En guise d'exemple, les ouvrages consacrés au droit public des affaires donnent une place importante aux contrats et marchés publics: Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, , 2012, 778 p. Gabriel ECKERT, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2001, 215 p.

les contrats administratifs¹⁴⁴⁹. L'article 1^{er} complété par l'article deux du traité, fait du droit des affaires le cœur des compétences de l'OHADA.

Cependant plusieurs analyses ont été faites pour justifier l'extension du traité et de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage au domaine des contrats administratifs.

Certaines se fondent sur l'extension du domaine du droit des affaires qui devient le «*droit des activités économiques*»¹⁴⁵⁰. Partant de là, l'opération d'achat public et celle de gestion d'un service public, étant des activités économiques, pourraient intégrer le champ de compétence de l'OHADA et le champ d'application de ses actes uniformes. Le problème ici, est que les rédacteurs du traité ont pris le soin de citer les matières relevant du droit des affaires et la matière administrative n'en fait pas partie. Toutefois cet obstacle peut être levé si l'on considère que la liste des matières citées comme relevant du droit des affaires est «*indicative et non exhaustive et son contenu, comme le répertoire des matières constituant le noyau dur du droit des affaires qu'il était nécessaire et urgent d'uniformiser*»¹⁴⁵¹.

Le droit des affaires est défini comme englobant la réglementation des différentes composantes de la vie économique¹⁴⁵² à savoir ses cadres juridiques (ce qui peut se référer à la réglementation des achats publics, de la concurrence, de la vente etc.), ses acteurs (ce qui inclut les acheteurs publics, les entreprises prestataires de services, les fournisseurs, les entreprises de travaux) et les biens et services objet des transactions économiques ou

¹⁴⁴⁹ Voir par exemple Brigitte STERN, Intervention lors du débat sur «Les instruments adoptés par l'OHADA le 11 mars 1999», in Philippe FOUCHARD, (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.113

¹⁴⁵⁰ Aka Narcisse, Intervention lors du débat sur «Les instruments adoptés par l'OHADA le 11 mars 1999», *ibidem*, p. 118.

¹⁴⁵¹ Joseph ISSA-SAYEGH, «Quelques aspects techniques de l'intégration juridique: l'exemple des actes uniformes de l'OHADA», *op. cit.* p.9.

¹⁴⁵² Gérard CORNU, et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* p. 40

encore les activités qui animent cette vie économique (production d'eau ou d'électricité, vente de fournitures, achat de services ou de travaux).

Dans cette perspective, le droit des affaires rejoint le droit économique entendu comme l'ensemble de règles régissant l'organisation et le développement de l'économie industrielle relevant de l'Etat ou de l'initiative privée ou du concours de l'un et de l'autre¹⁴⁵³. Au regard de ces définitions, on peut considérer que l'harmonisation du droit des affaires peut aller au-delà des disciplines citées à l'article second du traité et qu'une attention particulière doit être consacrée aux ramifications de ces différentes matières. Ainsi, toutes les branches de l'activité économique sont susceptibles de se retrouver dans le vaste chantier d'harmonisation du droit des affaires¹⁴⁵⁴.

Si on focalise l'analyse sur la lettre du traité, l'on note que les matières qui relèvent du droit des affaires au sens de l'article deux sont « (...) *l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports (...)* ». L'objet du droit de l'arbitrage étant de définir l'ensemble des règles relatives à un mécanisme de règlement de différends, c'est donc d'une matière au carrefour de diverses branches du droit dont il s'agit. Parmi ces branches du droit pourrait figurer le droit administratif. Ce qui permet d'envisager l'arbitrabilité des litiges portant sur les contrats administratifs.

B. L'ARBITRABILITE DES LITIGES PORTANT SUR LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

¹⁴⁵³ *Ibidem*.

¹⁴⁵⁴ Larba YARGA, «L'OHADA, ses institutions et ses mécanismes de fonctionnement», *Revue Burkinabé de droit*, 2001, n° 39-40, p. 32.

L'absence de référence au droit administratif ou au contrat administratif dans le traité et l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, ne constituent pas un obstacle à l'extension de l'action législative du conseil des ministres de l'OHADA aux contrats administratifs. Les arguments qui ont pu être soulevés à l'encontre de la soumission des litiges relatifs aux contrats administratifs sont divers (1). Cela n'affecte pas l'existence de fondements à l'arbitrabilité des litiges portant sur les contrats administratifs (2).

1. Les problèmes soulevés par la soumission des contrats publics à l'arbitrage:

De par sa formulation, l'article second de l'acte uniforme ne fait aucune distinction entre le caractère civil ou commercial, national ou international, public ou privé du contrat à la base du différend. De ce fait, il bouleverse toutes les législations étatiques sur l'arbitrage qui établissaient une distinction entre les matières arbitrables et les sujets de droit pouvant recourir à une telle procédure. En reconnaissant expressément aux personnes morales de droit public la capacité à compromettre, alors que le traité préconisait l'arbitrage pour tout litige contractuel, le droit OHADA fait entrer l'arbitrage dans un domaine particulier: celui des contrats administratifs.

Les enjeux liés à l'exécution d'une mission de service public à la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, à la technicité des contrats administratifs, donnent aux litiges pouvant naître de leur exécution une singularité certaine. Concernant le cas particulier du contrat de concession, de nombreux arguments tenant à son objet, à la portée de ses clauses ou sa nature juridique sont allés à l'encontre de la soumission des différends entre l'administration et le concessionnaire à l'arbitrage. Selon les auteurs du traité des contrats administratifs, la soumission de la concession de service public, même international, à l'arbitrage est fort discutable en raison de l'incompatibilité des notions de commerce international et de contrat administratif¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵⁵ André de LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984. Tome 2, p.954.

Ils distinguent deux hypothèses.

La première est celle dans laquelle le contrat tire son «administrativité» de la présence de clauses exorbitantes du droit commun ou bien ne constitue qu'une modalité d'exécution du service public. Dans un tel cas, il peut être compatible avec la notion d'opération commerciale internationale.

La seconde, est celle dans laquelle le contrat est administratif parce que son objet est de confier au concessionnaire l'exécution d'une mission de service public. Il ne peut être considéré comme *«portant sur le commerce international»*. Ce qui dès lors exclut toute possibilité de soumettre la concession même internationale à l'arbitrage. Allant dans le même sens, d'autres auteurs soutiennent que les critères d'administrativité du contrat de concession comme l'exécution d'une mission de service public ou les prérogatives de puissance publique dont bénéficie l'administration contractante *«font apparaître la prédominance des intérêts publics, lesquels sont suffisants pour que la personne publique ne puisse renoncer au bénéfice de la compétence des juridictions administratives qui ont été spécialement instituées pour sauver ses intérêts»*¹⁴⁵⁶.

L'argument tiré de la nature du contrat de concession met en avant la valeur juridique de ses dispositions. Si l'acte de concession est un contrat entre l'administration et le concessionnaire, le cahier des charges qui y est annexé et qui en est une partie intégrante contient des dispositions de nature réglementaire. Partant de là, s'est posée la question de la soumission à l'arbitrage des litiges découlant de cet acte mixte¹⁴⁵⁷. Du point de vue de la doctrine cette soumission poserait un problème car la concession contient à la fois des clauses réglementaires et des clauses contractuelles.

¹⁴⁵⁶ Olivier FILLE –LAMBIE et Jean-Marc LONCLE, «L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public – Aspects de droit français et de droit OHADA», RDAI n°1, 2003, p 10.

¹⁴⁵⁷ A propos de la théorie de l'acte mixte voir par exemple: Yves Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, 390 p. Jean DUFAU, "La nature juridique de la concession de service public", in *Droit administratif, Mélanges René CHAPUS*, Paris, ed. Montchrestien 1992, p. 147- 157.

Par conséquent, avant de recourir à l'arbitrage, il serait nécessaire de bien distinguer les dispositions unilatérales de celles qui sont contractuelles. Ce qui ne facilite guère la tâche des partisans de l'arbitrabilité des différends nés d'une concession. Par contre, de l'avis de la jurisprudence, la question de l'arbitrabilité des litiges résultant de la concession se pose avec moins d'obstacle. Elle juge en effet que la relation entre le concessionnaire et l'administration est purement contractuelle par conséquent la nature réglementaire des clauses contenues dans le cahier de charge ne prévaut que pour les rapports entre le concessionnaire et les usagers¹⁴⁵⁸.

A ces considérations spécifiques à la concession, s'ajoute d'autres communes à tous les contrats de la commande publique. Il s'agit par exemple des prérogatives de puissance publique dont jouit l'administration contractante et auxquelles elle ne «*saurait renoncer régulièrement*»¹⁴⁵⁹.

Si toutes les spécificités tantôt évoquées conduisent à prohiber l'arbitrage des litiges résultant des contrats administratifs, ce sont ces mêmes caractéristiques qui amènent le cocontractant de la personne publique, à insister sur la mise en place d'une clause compromissoire ou d'un compromis. Il y'a comme une «obsession» des cocontractants de sortir du giron des juridictions nationales, réduisant ainsi ce que certains auteurs appellent «*l'irrésistible attraction du droit public*»¹⁴⁶⁰ dans les contrats de cette nature. D'ailleurs, les bailleurs de fonds, publics ou privés, font de l'existence dans les ordres juridiques nationaux de législations permettant la conclusion de convention d'arbitrage, un élément essentiel du financement du projet, voire une condition de bancabilité du projet.

¹⁴⁵⁸ André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 13^{ème} éd., 1994, p. 791-792.

¹⁴⁵⁹ Maurice KAMTO, «La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA», in Philippe FOUCHARD, (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 98.

¹⁴⁶⁰ Olivier FILLE-LAMBIE, «Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics de la zone OHADA», *RDAL*, n°8, 2001, p. 930.

Pour toutes ces raisons, la reconnaissance de l'arbitrabilité de tous les différends contractuels y compris ceux portant sur les contrats de la commande publique ne comportant aucun élément d'extranéité ne doit pas être exclue.

2. Les fondements de l'arbitrabilité des litiges portant sur les contrats de la commande publique en particulier

L'acte uniforme relatif à l'arbitrage autorise *«toute personne physique ou morale à recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition»*¹⁴⁶¹. Cette disposition est une application du traité qui ouvre la voie de l'arbitrage aux *«différends contractuels»*¹⁴⁶². Elle ne laisse entrevoir aucune exclusion des différends nés de contrats administratifs. Le professeur KAMTO note à cet égard que *«rien dans le traité ni dans l'acte uniforme relatif à l'arbitrage, ne permet de penser que l'on ait voulu exclure ces personnes [personnes morales de droit public] ou ces contrats [contrats administratifs] de l'arbitrage OHADA»*¹⁴⁶³.

Les dispositions consacrant l'arbitrage institutionnel n'établissent pas non plus de distinction entre les différends pouvant être soumis à la CCJA. Il résulte, en effet, de l'article 2.1 du règlement d'arbitrage de la Cour que la mission de cette dernière est d'organiser, lorsque certaines conditions sont réunies, l'arbitrage des différends *«d'ordre contractuel»*¹⁴⁶⁴.

Toutefois, s'agissant de personnes morales de droit public, on peut s'interroger sur la nature des *«droits dont elles ont la libre disposition»* et auxquels fait référence

¹⁴⁶¹ Article 2, Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage.

¹⁴⁶² Article 1er, Traité OHADA.

¹⁴⁶³ Maurice KAMTO, «La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA», *op. cit.* p. 98

¹⁴⁶⁴ L'article 2.1 dispose que : «la mission de la Cour est de procurer, conformément au présent règlement, une solution arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel, en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, lui est soumis par toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats-parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter, en tout ou partie sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats-parties».

l'article 2 de l'acte uniforme. Les biens faisant partie du domaine privé des personnes morales de droit public, ne soulèvent pas de difficultés particulières, car elles peuvent en disposer librement¹⁴⁶⁵. Concernant par contre les biens du domaine public, ils auraient pu prêter à discussion mais, ainsi que l'explique le professeur KAMTO la qualification des biens ne suffit pas pour exclure l'arbitrabilité des litiges nés d'un contrat administratif dans la mesure où ce n'est pas la nature des biens en cause qui fonde l'arbitrabilité mais plutôt l'objet du différend¹⁴⁶⁶. Autrement dit, dans un contrat même administratif, du moment que l'objet s'y prête, rien ne peut enfreindre la volonté des parties de compromettre.

En dehors des dispositions du texte de l'OHADA, d'autres éléments ont été évoqués comme pouvant constituer des obstacles à l'arbitrage de différends nés de contrats administratifs. L'utilisation par l'administration contractante de prérogatives de puissance publique en fait partie. Toutefois, il faut observer que le pouvoir des arbitres se limite à statuer sur les réparations dues à la personne privée cocontractante, suite aux préjudices que lui ont causés l'utilisation par la personne publique de ses prérogatives de puissance publique¹⁴⁶⁷. Il ne leur appartient pas de juger de la validité ou de l'opportunité d'une décision prise par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs démembrements.

L'acte uniforme sur le recouvrement de créance ne fait pas de distinction entre les créances auxquelles il s'applique. De même l'acte uniforme, sur les sûretés vise toutes les sûretés. Pour quelle raison devrait-on alors établir une distinction entre l'arbitrage des contrats de droit privé et les contrats de droit administratif ? De plus, comme dirait le professeur FOUCHARD, «*c'est dans le domaine contractuel qu'on peut arbitrer, et c'est*

¹⁴⁶⁵ Sur la question de la libre disposition des droits comme critère d'arbitrabilité d'un litige: Pierre MEYER, « Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage », in Joseph ISSA -SAYEGH, Paul-Gérard POUGOUE, Filiga Michel SAWADOGO, (sous la coord. de) *Ohada – Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 4^e éd., Futuroscope, Juriscope, 2012, p. 143 et s.

¹⁴⁶⁶ Maurice KAMTO, «La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA», *op. cit.* p. 98,

¹⁴⁶⁷ Pierre MEYER, « Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 144 et s. Alain FENEON, «Historique de l'habilitation des personnes de droit public à compromettre», *op. cit.* p. 109).

dans le domaine contractuel, y compris les concessions de service public que l'on trouvera des clauses compromissaires. Et ces clauses sont valables même en matière interne»¹⁴⁶⁸.

Aujourd'hui, dans la plupart des Etats membres de l'OHADA, les Codes nationaux des marchés publics et les législations relatives aux contrats de partenariat public-privé, consacrent la soumission des contrats administratifs à l'arbitrage. Des évolutions allant dans le sens de l'arbitrabilité des litiges nés des contrats administratifs et en particulier des contrats de la commande publique sont également observées dans les pays qui ont été les plus réfractaires face à cette procédure¹⁴⁶⁹.

En adoptant l'acte uniforme relatif à l'arbitrage, les Etats membres de l'OHADA ont très certainement introduit dans leurs ordres juridiques, des évolutions qui vont durablement marquer le contentieux national de la commande publique en particulier. Mais il ne s'agit là, que de la confirmation d'une pratique internationale bien établie. Les conventions internationales et le droit interne dans la plupart des Etats admettaient déjà la règle selon laquelle les Etats ainsi que les organismes qui relèvent de leur autorité, ne

¹⁴⁶⁸ Philippe FOUCHARD, «L'arbitrage OHADA, acte du Colloque de Paris du 2 février 2001», *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° spécial, octobre 2001 p. 65.

¹⁴⁶⁹ Ainsi en France, l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat public privé autorise le recours à l'arbitrage en cas de litige: Mathias AUDIT, « Le contrat de partenariat ou l'essor du droit de l'arbitrage en matière administrative », *Revue de l'arbitrage*, n°3, 2004, pp. 541-564. Cette évolution législative fait aussi écho à une partie de la doctrine française qui a toujours contesté «l'inarbitrabilité» des différends liés à l'exécution des contrats administratifs: Dominique FOUSSARD, «L'arbitrage en droit administratif», *Revue de l'arbitrage* 1990, p. 3-54. Yves GAUDEMET «L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français», in *Les collectivités locales: mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2002, pp. 165-175. Charles JARROSSON «L'arbitrage en droit public», *AJDA* 1997 p. 16-24) (Anne COURREGES et Célia VEROT, «L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques: quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux», *RFDA*, n°3, mai-juin 2007, p. 489 - 490). Pour ces deux auteurs, le rejet du recours à l'arbitrage par les personnes morales de droit public, repose sur un malentendu car il n'est fondé que sur un principe général auquel on peut déroger par dispositions législatives expresses. En mars 2007, un rapport remis au Ministre de la justice proposait d'étendre l'arbitrage aux contrats administratifs. Mais cette proposition n'a pas encore fait l'objet d'un texte généralisant le recours à l'arbitrage: Daniel LABETOULLE, (sous la dir. de) Rapport sur «L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques». Daniel LABETOULLE, «Offrir une facilité nouvelle aux personnes publiques et à leurs cocontractants pour régler leurs litiges», Propos recueillis par Séverine BRONDEL, *AJDA*, avril 2007, p. 772-773. Philippe TERNEYRE, «L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques: présentation du rapport », *Bulletin juridique des contrats publics*, n° 52, p. 170-171. Anne COURREGES et Célia VEROT, «L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques: quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux» *op. cit.*

pouvaient se prévaloir des «*dispositions restrictives de leur propre droit pour contester la validité d'une convention d'arbitrage librement consentie*»¹⁴⁷⁰

A côté des textes et de la pratique des contrats internationaux, s'est élaborée une jurisprudence qui progressivement va «*neutraliser*»¹⁴⁷¹ la règle de prohibition. Les arbitres internationaux considèrent en effet, qu'en consentant à l'arbitrage, l'Etat se libérait définitivement d'une obligation que lui imposait son propre ordre juridique, celle de ne pas compromettre¹⁴⁷². Bien qu'ayant un faible poids dans l'ordre juridique interne, la jurisprudence arbitrale internationale sera reprise par les juridictions étatiques, en particulier les juridictions judiciaires françaises¹⁴⁷³. La question de son application aux

¹⁴⁷⁰Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 338 et s. Les contrats financés par les bailleurs de fonds et les accords d'investissement ont été un terrain privilégié de mise en œuvre de cette procédure. Dans les faits, on note un réel engouement des Etats africains pour l'arbitrage CIRDI. Quasiment tous les Etats membres de l'OHADA ont eu recours à l'arbitrage CIRDI soit en tant que défendeur soit comme demandeur. De plus, les multiples traités de protection des investissements conduisent les Etats, en cas de litige, à recourir à l'arbitrage CIRDI. Le professeur Rambaud explique à cet effet que dans les actes conventionnels passés par les Etats africains, les parties recouraient fréquemment aux «*clauses CIRDI*». C'est-à-dire des clauses d'attribution de compétence au CIRDI. Voir Patrick RAMBAUD, «*Note sur l'extension du système CIRDI*», in *Annuaire français de droit international*, volume 29, 1983, p. 293. Pour ce qui est de l'arbitrage devant la Chambre de commerce internationale, il a été relevé que les Etats africains représentent entre 10 et 15% des litigants. Voir Simon GREENBERG, «*ICC Arbitration and Public Contracts*», in Mathias AUDIT (sous la dir. de), *Contrats publics et arbitrage international*, op. cit pp. 3-23.). La prohibition héritée du droit français, n'a pas pu tenir longtemps dans le cadre international dans la mesure où elle répondait à des considérations tenant à la configuration de l'ordre juridique interne français. Le professeur FRISON-ROCHE évoque à ce propos, un «*souci français de la défense de la dualité des ordres de juridictions qui (...) est peu universalisable et inopérant en arbitrage international*» (Marie Anne FRISON- ROCHE, «*Arbitrage et droit de la régulation*», in Marie-Anne Frison-Roche (sous la dir. de), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2005, pp. 223-240.

¹⁴⁷¹ Jean Michel JACQUET, «*L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage international*», *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° Spécial, Février 2010, p. 124.

¹⁴⁷² *Ibidem*.

¹⁴⁷³La Cour d'appel de Paris va juger dans l'affaire Myrtoon streamship, qu'il serait contraire «*aux intérêts de l'Etat de défendre à ses représentants d'accepter un mode de règlement de ses différends conformes aux usages du commerce international, alors que son refus entraînerait souvent la rupture des pourparlers*», CA de Paris, 10 avril 1957, Société Myrtoon Streamship c/ Ministre de la marine marchande», *JCP*, 1957, II. 10078, Note Henri MOTULSKY.

La Cour de cassation française, va consacrer en 1996 l'aptitude des personnes publiques à compromettre dans un contrat international lorsque celui-ci est «*passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international*»: CASS. CIV. 1^{ère}, 2 mai 1966, Trésor public c/Galakis, in Bertrand ANCEL et Henri BATIFFOL, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006, p. 391-401. Philippe LIGNEAU, «*Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, Trésor public c/Galakis*» *JCP* 1966.II. 14798. Cette jurisprudence sera reprise: Henri SYNDET, «*Note sous Cour d'appel de Paris, 17 décembre 1991, Société Gatoil c/ National Iranian oil company*», *Revue de l'arbitrage*, 1993, pp 281-299.

contrats administratifs internationaux sera posée¹⁴⁷⁴. Le Tribunal des conflits a mis fin à ces doutes en consacrant, dans sa décision du 17 mai 2010, un principe général d'arbitrabilité des contrats administratifs comportant un élément d'extranéité¹⁴⁷⁵.

L'égalité entre les cocontractants de l'administration voudrait alors que les différends contractuels évoqués dans le traité OHADA incluent les litiges nés de contrats passés entre l'administration et les entreprises nationales. Exclure les contrats administratifs internes du champ d'application de l'arbitrage OHADA reviendrait à refuser aux investisseurs nationaux un droit déjà acquis pour les opérateurs économiques étrangers. La sécurité juridique et judiciaire que promeut l'OHADA, ne saurait être limitée à une catégorie d'opérateurs économiques. Les Etats de l'OHADA ne peuvent se permettre une telle discrimination à rebours.

Eric LOQUIN, Jean-Claude DUBARRY, «Note sous Cour d'appel de Paris, 13 juin 1996, Société KFTCIC c/ Société Icori Estero et autres», *Revue Trimestrielle de droit commercial* 1997, pp. 236-238. Emmanuel GAILLARD, «Note sous Cour d'appel de Paris, 13 juin 1996, Société KFTCIC c/ Société Icori Estero et autres», *Revue de l'arbitrage* 1997, pp. 251-262. Philippe FOUCHARD, «Note sous Cass Civ 1^{ère} 5 janvier 1999 M. Janzi c/ J. De Coninck et autres», *Revue de l'arbitrage* 1999, pp. 260-271.

¹⁴⁷⁴ Jean-Michel JACQUET, «L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage international», *op. cit* p. 124. Selon cet auteur la jurisprudence des juridictions judiciaires est «mesurée». La référence à l'expression «*usages du commerce international*» à la place de celle plus extensive d'«*intérêts du commerce international*» semble signifier l'exclusion des contrats administratifs. La première expression ne visant que les contrats conclus dans les conditions de droit privé, alors que la seconde engloberait les contrats conclus dans un but d'intérêt général ou même contenant des clauses exorbitantes du droit commun

¹⁴⁷⁵ TC, 17 mai 2010, n° C3754, Institut national de la santé et de la recherche médicale c/ Fondation Letten F. Saugstad. Selon le Tribunal, «le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la Cour d'appel dans le ressort duquel la sentence a été rendue (...)». Toutefois le juge des conflits répartit les compétences entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire pour l'examen d'un tel recours. Selon le tribunal, un tel recours ne peut être dirigé vers la juridiction judiciaire lorsqu'il «(...) implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public (...)». Sur les implications de cette décision, voir notamment Mathias AUDIT «Arbitrage international et contrats publics en France», in Mathias AUDIT (sous la dir. de), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 118. Thomas CLAY, «Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage», *JCP*, 2010, n° 21, pp. 1045 - 1049. Emmanuel GAILLARD, «Le tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage» *JCP* 2010, n° 21 p. 1096.

Face à toutes ces évolutions, les textes relatifs aux marchés publics, aux contrats de PPP et aux conventions de DSP doivent aller au delà de l'énoncé de principe. *«L'immersion profonde des marchés publics, des délégations de service public ou des contrats de partenariat public-privé dans un environnement économique exigeant et de plus en plus élaboré»*¹⁴⁷⁶ nécessite la mise en place de système d'arbitrage opérant. Or pour développer un tel système, il revient aux administrations contractantes de proposer dans leur contrat de droit interne des clauses compromissoires ou de proposer la signature d'un compromis en cas de survenance d'un différend. Il faudrait également reconnaître aux centres nationaux d'arbitrage et aux cours d'arbitrage la compétence expresse pour connaître des litiges. Ce qui ne devra pas exclure le recours à l'arbitrage *ad hoc* ou à la Cour de justice de l'OHADA.

CONCLUSION TITRE SECOND

Le développement des contrôles et l'avènement d'une régulation organisée sont des marqueurs de l'émergence d'un droit de la commande publique. Certains parlent de «juridicisation» de la commande publique¹⁴⁷⁷. Mais la matière des contrats administratifs s'étant toujours caractérisée par l'importance quantitative des règles et procédures, on ne saurait soutenir que la «juridicisation» soit un phénomène nouveau. La mise en place des organes de contrôle et de régulation permettent d'assurer la stabilité et la pérennité des principes qui la fondent.

Les conséquences liées à la divergence des sources ayant inspiré l'édiction du droit de la commande publique au Cameroun et dans les Etats de l'UEMOA, rejaillissent

¹⁴⁷⁶ Stéphane BRACONNIER, «Arbitrage et contrats publics d'affaires: vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité», *Droit et patrimoine*, n°141, octobre 2005, p. 60.

¹⁴⁷⁷ Vincent BILE, «La régulation des marchés publics, un processus vers la juridicisation et la judiciarisation de la commande publique», publié sur le site de l'ANRMP de la Côte d'Ivoire, <http://anrmp.ci/actualites/contributions/17-contenu-dynamique/contributions/351-la-regulation-des-marches-publics-un-processus-vers-la-juridicisation-et-la-judiciarisation-de-la-commande-publique> (consulté le 20 février 2015).

au moment du contrôle. Elles se manifestent principalement par la centralisation des pouvoirs de contrôle entre les mains du MINMAP. Cette organisation est à l'opposé de la décentralisation et de la responsabilisation des organes de gestion de la commande publique sur laquelle se fondent les réglementations dans les Etats de l'UEMOA. Contrairement à ces derniers qui ont consenti au transfert d'une partie de leur souveraineté, l'Etat Camerounais, encore maître de ses choix institutionnels a vraisemblablement opté, avec le MINMAP, pour une solution aux antipodes du renouveau qu'incarne le droit de la commande publique. Ce qui montre la difficulté des autorités camerounaises à donner une effectivité aux principes pourtant énoncés dans tous les textes régissant les contrats de la commande publique.

La mise en place d'institutions de contrôle conformes à ce renouveau, dans les Etats de l'UEMOA est louable. Mais le contrôle de la commande publique reste tributaire d'un environnement économique et politique qui conduit bien souvent à substituer la légalité à l'opportunité. Or un tel procédé accroît le risque d'insécurité juridique pour la partie évincée et pourrait compromettre la consolidation de nouveau droit de la commande publique.

Celui-ci revendique aussi le mélange de mécanismes de contrôle classiques avec d'autres, nouveaux et attestant de son orientation libérale. L'institution d'organe de régulation, la consécration de l'arbitrage et le règlement des litiges par les Comités de règlement des litiges ou l'ORAD en attestent.

Bouleversant l'ordre établi, la difficulté des organes de règlement des litiges à être acceptés comme tel n'est en rien surprenante. Pour certaines juridictions et autorités administratives, l'existence d'un contentieux en dehors du juge étatique n'est pas envisageable. Alors que des deux côtés, l'on gagnerait en efficacité à laisser s'installer une telle magistrature et à la reconnaître comme telle.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Les procédures de passation et de contrôle des marchés publics, des contrats de délégation de service public et des contrats de PPP attestent d'une mutation véritable du droit des contrats administratifs. Ces nouvelles procédures de la commande publique donnent une cohérence aux systèmes nationaux de passation des marchés.

Mais, il a également été remarqué que les principes de transparence, de liberté et d'égalité sur lesquelles se fondent cette réglementation reçoivent une application limitée dans certains cas. Force est de constater que si dans les Etats de l'UEMOA les directives relatives aux marchés et aux délégations de service public ont été transposées avec très peu de réserve, au fil du temps, les textes de transposition sont réformés et des dispositions jugées plus adaptées au fonctionnement des administrations nationales sont insérées. Or ces nouvelles règles s'éloignent des objectifs et principes du droit communautaire.

Au Cameroun, la centralisation de l'activité de passation des contrats administratifs est redevenue très importante. Une situation non sans conséquences sur les procédures et les organes en dépit des recommandations extérieures en faveur d'une décentralisation de l'activité de commande publique et d'une séparation des organes de passation, de contrôle et de régulation.

Ces disparités et ces atteintes aux principes de la commande publique, peuvent être un frein au développement de la commande publique en Afrique.

CONCLUSION GENERALE

La disparité des textes régissant les divers contrats de la commande publique dans les Etats appartenant à une même organisation régionale, l'obligation d'intégrer dans les droits nationaux les exigences communautaires, la nécessité de mettre un terme aux régimes spéciaux sources de complexité¹⁴⁷⁸, le décalage entre les objectifs nationaux et internationaux dans la gestion des contrats, la lutte contre la corruption, la recherche de l'égal concurrence entre les opérateurs économiques, sont autant de facteurs qui ont directement influé sur les mutations du droit des contrats administratifs. Les nouveaux textes adoptés pour concrétiser ces évolutions sont à l'origine de l'émergence d'un droit de la commande publique. De là, notre interrogation de départ qui était de savoir quel est le sens des innovations qu'apportent le nouveau droit de la commande publique.

Du point de vue des procédures, l'idée à la base du droit de la commande publique à savoir que le régime de passation de ces contrats doit être fondé sur les principes de transparence, de liberté et d'égalité est bien admise et reçoit une traduction matérielle dans l'ensemble des Etats étudiés.

La transposition des directives communautaires de l'UEMOA a renforcé, pour ses Etats membres, la prise en compte de ces exigences qui d'ailleurs, avait commencé avant l'adoption des textes communautaires. Au Cameroun, les règles du Code des marchés publics de 2004 expriment aussi cette volonté de fonder les règles régissant les marchés et les contrats de concession sur des principes devenus, on peut le dire, universels. Les procédures tiennent mieux compte des exigences de transparence, de liberté et d'égalité.

Mais, il est apparu dans les analyses, qu'il existe une différence de degré dans la portée qui est donnée à ces principes suivant les Etats étudiés. Il s'est avéré en effet, que la transparence des procédures, la liberté et l'égalité entre les soumissionnaires, sont en l'état

¹⁴⁷⁸ Mais quelques uns de ces régimes dérogatoires subsistent, voir par exemple ARMP du Sénégal, Décision n° 291/13/ARMP/CRD du 25 septembre 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société CCBM industries portant sur le marché relatif à la fourniture de véhicules 4x4 station wagon et pick up double cabine, lancé par la Société anonyme (AIBD s.a), http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=679&Itemid=57.

actuel des textes et des décisions des organes de règlement des différends, mieux garanties au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire. Ce qui ne préjuge en rien d'un alignement de ces trois pays sur ces questions. L'on s'est rendu compte qu'en transposant les directives communautaires, les Etats de l'UEMOA se sont réservés une marge d'appréciation¹⁴⁷⁹ plus ou moins large entraînant sur certains aspects des disparités dans la mise en œuvre des principes de la commande publique.

Il n'en demeure pas moins que du régime juridique des contrats de la commande publique en vigueur dans ces Etats, ressortent suffisamment d'éléments de convergence permettant une systématisation.

Si les réformes à l'origine de l'émergence d'un droit de la commande publique ont pu donner l'impression, à certains égards, que les procédures importaient plus que les notions, un minimum de rationalisation de ces dernières a été nécessaire pour donner leur plein effet aux procédures. Ainsi, parmi les innovations résultant de l'apparition d'un droit de la commande publique, il faut compter la mise en cohérence des catégories notionnelles du droit des contrats administratifs. Elle s'est faite par une redéfinition des notions qui mettaient en exergue leur objet, critère le plus sûr d'identification d'un contrat.

Les marchés publics et les contrats de délégation de service public sont soumis ensuite à des principes et règles spéciales ou générales arrimés à des Codes. Ces principes et règles générales s'appliquent aussi aux contrats de PPP. Lorsqu'on réunit ces contrats sous l'appellation de contrats de la commande publique, la cohérence du système apparaît, sa lecture devient claire. L'on ne peut alors s'empêcher de faire une proposition simple à savoir, changer l'appellation des Codes des marchés publics et la remplacer par celle de Code de la commande publique.

¹⁴⁷⁹ Marie-Laure IZORCHE et Mireille DELMAS-MARTY, «Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52 / 4, 2000, p. 753-780

D'un point de vue matériel, ces Codes sont des Codes de la commande publique¹⁴⁸⁰. Les nommer ainsi, permet de mettre un nom sur une réalité. Les Codes des marchés publics vont au delà du régime applicable à la catégorie contractuelle des marchés publics. Ainsi qu'il vient d'être souligné, ces Codes posent les principes applicables à tous les contrats pouvant être réunis sous le nom de contrats de la commande publique. Ils posent aussi les règles et procédures générales applicables à ces dernières et enfin, ils édictent les règles spéciales applicables aux marchés publics et aux contrats de délégation de service public. Dans le cas du Cameroun, seuls les contrats de concession sont formellement concernés.

Un regard sur la pratique des administrations et l'analyse du contentieux devant les organes de règlement des litiges montre que l'appellation «Codes des marchés publics» entraîne un net rétrécissement du champ de la délégation de service public. En effet, parce qu'on applique les règles issues d'un «Code des marchés publics» et parce que les délégations de service public (et les contrats de concession dans le cas de Cameroun) sont soumis quasiment aux mêmes règles de passation, il y a une assimilation progressive des DSP aux marchés publics. Ceux-là se fondent ainsi dans la catégorie des marchés publics. Dénommer les «Codes des marchés publics», «Codes de la commande publique» permet de mettre un terme à cette confusion. L'usage de la notion de commande publique a pour mérite de permettre l'unification sous une même appellation de divers contrats ayant en commun d'être soumis à un régime établi sur la base des principes de transparence, de liberté et d'égalité tout en préservant leurs spécificités.

La modification du nom de l'ARMP du Burkina Faso, devenu depuis le mois d'octobre 2014, l'Autorité de régulation de la commande publique est très expressive quant à la clarification à opérer. Ce changement s'inscrit dans la démarche consistant à mettre un frein au mouvement d'assimilation des délégations de service public aux marchés publics. L'ARMP connaissait aussi de litiges portant sur des conventions de délégation de service

¹⁴⁸⁰ En guise de comparaison voir le débat actuel en France sur l'édiction d'un code de la commande publique: Guylain CLAMOUR, «Vers le code de la commande publique», *Contrats et marchés publics*, 2015, n° 2, comm.29.

publics. Mais son appellation faisait perdre de vue cette compétence et par là même, l'existence de ces contrats. Cette démarche mérite d'être étendue dans tous les Etats disposant d'un Code des marchés publics qui réunit les principes fondamentaux de la commande publique, les règles générales applicables aux marchés et au DSP et celles qui leur sont particulières. Elle mérite aussi d'être étendue aux organes compétents en matière de passation, de contrôle et de régulation.

Sur le plan institutionnel, les innovations qui ont accompagné l'émergence d'un droit de la commande publique sont notoires. L'institution des autorités de régulation étant sans doute la plus marquante. Pour autant, Ces institutions inédites, garantes de l'équilibre entre la concurrence sur le marché et la nécessaire protection des deniers et des services publics mérite que leur indépendance soit renforcée. Et pour cela, on ne saurait minimiser la charge qui leur incombe.

Il leur appartient en effet, à travers leur office, d'imposer leur présence dans le paysage institutionnel de la commande publique. Le nombre de plaintes qu'ils reçoivent, atteste du fait que pour les candidats comme pour les soumissionnaires, ces organes ont un rôle important à jouer pour l'effectivité du droit de la commande publique et pour la protection de leurs droits. Il revient alors aux organes de régulation de capitaliser cette confiance pour fonder leur légitimité sur la nécessité et sur la cohérence de leur jurisprudence. Mais pour cela, il leur faudra apporter des éclairages sur les normes de références dans leur contrôle de la régularité des procédures. S'il peut être admis, qu'il tranche les litiges en prenant parfois en compte des considérations tirées non pas des textes, mais du contexte de la procédure, comme par exemple de la nécessité de ne pas perdre un financement provenant d'un bailleur, une telle démarche doit être limitée à des portions congrues. En trouvant l'équilibre entre ces considérations factuelles et la place qui doit revenir au droit, les organes de régulation donneront à leur office la lisibilité nécessaire à sa pérennité. Car de cette clarté dépendra leur intérêt aux yeux des personnes habilitées à les saisir et leur légitimité auprès des pouvoirs publics.

Enfin, la nature véritable des organes de régulation doit être précisée. Il serait utile que les pouvoirs publics clarifient leur intention concernant les organes de régulation. Sont-ils des autorités administratives indépendantes remplissant une fonction de «quasi juridiction économique» comme dirait le professeur Mohamed SALAH¹⁴⁸¹ ou bien sont-ils des autorités administratives ordinaires. Dans le décret instituant l'Autorité de régulation de la commande publique le pouvoir règlementaire burkinabè a expressément qualifié les décisions rendues par l'organe de règlement amiable des litiges d'actes administratifs susceptibles de retrait dans un délai de quinze jours à compter de leur prononcé¹⁴⁸². Cette disposition, va clairement à l'encontre de la position du conseil d'Etat du Burkina Faso sur le statut des décisions rendues par l'organe de règlement des litiges placés au sein de l'autorité de régulation¹⁴⁸³.

Cette précision qu'apporte le décret sur l'ARCOP n'est à notre sens qu'un symptôme de la guerre de positionnement que se livrent les organes de régulation compétents en matière de règlement des litiges et les juridictions qui désormais partagent une partie de leur compétence. La bataille de positionnement entre les organes de régulation et les organes juridictionnels était inévitable. C'est au législateur qu'il appartient alors, dans l'intérêt de la bonne gestion des systèmes nationaux de passation de la commande publique, de fixer le rôle imparti à chacun. Il lui faudra garder à l'esprit la raison d'être des organes de règlement des litiges au sein des autorités de régulation. La garantie de la célérité des procédures et par là même la proposition aux opérateurs économiques d'un mécanisme de règlement des litiges qui participe à la bancabilité des projets font partie des principales raisons ayant présidé la mise en place de ces structures. Dès lors, les organes de règlement des litiges ne sauraient être réduits à des organes administratifs ordinaires dont les décisions sont soumises au régime du retrait des actes administratifs et du recours pour excès de pouvoir sans que ne soient remis en cause les fondements et les objectifs du droit de la commande publique.

¹⁴⁸¹ Mohamed M. M. SALAH, «La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, Réflexion sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation», *op. cit.* p. 276.

¹⁴⁸² article 42, Décret n° 2014-554 portant création de l'ARCOP, *op. cit.*

¹⁴⁸³ Cf *supra*. p. 672 et s.

La nécessité d'une intervention du législateur dépasse cependant la question du statut des organes de régulation et de la répartition des compétences dans le contentieux. Elle est aussi utile pour l'aménagement du contenu des textes. La transposition des directives aurait pu se faire par voie législative. Mais il n'est pas encore tard. Il pourrait être pertinent d'adopter, dans les Etats de l'UEMOA comme au Cameroun, par voie législative un texte fixant les principes applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique consacrant les compétences des organes de contrôle et de régulation de la commande publique ainsi que les principales procédures communes à ces contrats. Les Codes des marchés et des DSP et les textes relatifs au PPP se chargeront des règles particulières applicables à chacun de ces contrats. Cela peut être un outil efficace contre l'instabilité réglementaire qui n'a pas encore disparu dans le droit des contrats administratifs et peut permettre d'éviter une dépossession des organes de la commande publique, de leur compétence comme il a pu être observé avec l'ARMP du Cameroun face à l'apparition du MINMAP. Le Code des obligations de l'administration du Sénégal et la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et aux délégations de service public au Togo¹⁴⁸⁴ illustrent bien ce constat.

L'idéologie concurrentielle veut que le droit de la commande publique soit un droit de l'offre et un droit de la demande. Cette étude a permis de voir aussi que cet équilibre pouvait être fragile. Le droit de la commande publique en raison des enjeux qu'il cristallise, qu'ils soient nationaux ou internationaux, juridiques, économiques, ou politiques, sera toujours un droit sous tension. Pour sa consolidation et sa pérennité, il est nécessaire qu'à cette tension continue soit apportée une attention continue¹⁴⁸⁵. Cette tâche incombe à tous les acteurs publics et privés, nationaux et internationaux.

¹⁴⁸⁴ Loi n° 2009-013 du 30 juin 2009, relative aux marchés et délégations de service public, publié sur le site de l'ARMP du Togo:

http://www.arpmp-togo.com/index.php?option=com_content&view=article&id=88&Itemid=79

¹⁴⁸⁵ Les expressions «tension continue» et «attention continue» sont du professeur BRECHON-MOULENES cités par Laurent VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 1208.

L'on ne peut conclure sur un sujet aussi mouvant, sur une question aussi évolutive que celle de la commande. Cette étude n'a pas encore été présentée, que sont annoncés des projets de réécriture de certains textes et en particulier ceux de l'UEMOA. Il est toutefois permis de nourrir l'espoir, avant de l'achever, que le droit de la commande publique en Afrique noire francophone saura trouver les mécanismes nécessaires pour consolider sa caractéristique intrinsèque, c'es-à-dire pour demeurer à la fois un droit de l'offre et un droit de la demande. Car au fond quelles que soient les réformes dont il peut faire l'objet, c'est grâce à cet équilibre qu'il pourra être un outil efficace au service du développement

BIBLIOGRAPHIE

I. DROIT COMPARE: DROIT FRANÇAIS ET INTERNATIONAL

A. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, TRAITES

1. ASSOCIATION Henri CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question: à propos des rapports Doing business de la Banque mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006.
2. AUBY, Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010, 264 p.
3. AUBY, Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline, (sous la dir. de) *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007. 1 vol, 1222 p.
4. BALLEIX, Corinne, *L'aide européenne au développement*, Paris, la Documentation française, 2010, 221 p.
5. BANQUE MONDIALE, *le Guide de la Banque mondiale*, Bruxelles, De Boeck, 2005, 247 p.
6. BOUVIER, Michel, ESCLASSAN, Marie-Christine, LASSALE, Jean-Pierre, *Finances publiques*, 13e éd, Paris, L.G.D.J., 2014, 920 p.
7. BRISSON, Jean-François, *Les recours administratifs en droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, Paris, LGDJ, 1996.
8. CALANDRI, Laurence, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Tome 259, 2009.
9. CARRE de MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Tome premier, Sirey, 1920, rééd. Paris, CNRS, 1962.
10. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, 2 tomes, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001.

11. CHARNOZ Olivier et SEVERINO Jean-Michel, *L'aide publique au développement*, Paris, La découverte, 2010, 122 p.
12. CHEMILLIER-GENDREAU, Monique et MOULIER BOUTANG, Yann, (sous la dir. de) *Le droit dans la mondialisation : une perspective critique*, Paris, PUF, 2001, 216 p.
13. CHEVALLIER, Jacques, *Le service public*, Paris, Presses universitaires de France, 2012, 126 p.
14. CHEVALLIER, Jacques, (sous la dir. de) *Le droit administratif en mutation*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, 321 p.
15. CHÉROT, Jean-Yves, *Droit public économique*, 2e éd., Paris, Economica, 2007, 1032 p.
16. CLAMOUR, Guylain, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, 2006, 1044 p.
17. CNUDCI, *Le droit commercial uniforme au XXIe siècle: actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, New York, 18-22 mai 1992, New York, Nations Unies, 1995, 326 p.
18. COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 2011, 1028 p.
19. COLLINS Helen et MESETH, Christian (sous la coord. de), *Accords de partenariat économique UE-ACP: faits et questions fondamentales*, Parlement européen, OPPD, 2011, 57 p.
20. COMBACAU, Jean et SUR, Serge, *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Editions Lextenso- Montchrestien, 2014, 11e éd., 830 p.
21. CONSEIL D'ÉTAT (France),
 - *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, EDCE, Paris, la Documentation française, 1993, 163 p.
 - *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, Paris, la Documentation française, 2006, 412 p.

-
- *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52 Paris, la Documentation française, 2001, 471 p.
22. CONSTANTINESCO, Vlad, JACQUE, Jean-Paul et KOVAR, Robert (sous la dir. de), *Traité instituant la CEE: commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p.
23. CORNU, Gérard, et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France, 2014, 10e éd., 1099 p.
24. DEBBASCH, Charles, *La Transparence administrative en Europe*, actes du colloque à Aix-Marseille en octobre 1989 par le Centre de recherches administratives, Paris, Éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1990, 331 p.
25. DECOCQ, André et DECOCQ, Georges, *Droit de la concurrence: droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, France, LGDJ - Lextenso, 2014, 6e éd., 528 p.
26. DELMAS-MARTY, Mireille, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Ed. du Seuil, 2006, 303 p.
27. DESTOURS, Stéphane, *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*, Paris, Litec, 2000, 587 p.
28. DONY, Mariane, *Droit de la communauté et de l'union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, 338 p.
29. du BOIS de GAUDUSSON, Jean, *L'utilisateur du service public administratif*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1974, col. Bibliothèque de droit public, n° 115, 318 p.
30. du BOIS de GAUDUSSON, Jean et FERRAND, Frédérique, (sous la dir. de), *La concurrence des systèmes juridiques*, Actes du colloque de Lyon, 20 octobre 2006, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, 162 p.
31. du MARAIS, Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2004, 601 p.
32. du MARAIS, Bertrand, du BOIS de GAUDUSSON, Jean, BLANCHET, Didier et DORBEC, Anna, (sous la dir. de) *Des indicateurs pour mesurer le droit?: les*

- limites méthodologiques des rapports Doing business*, Etudes du programme de recherches sur l'Attractivité économique du droit, Paris, La Documentation Française, 2006, 155 p.
33. DUGUIT Léon , *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913
34. DURVIAUX, Ann Lawrence, *Logique de marché et marché public en droit communautaire: analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, 612 p.
35. ECKERT, Gabriel, *Droit public des affaires*, Paris, LGDJ, 2013, 2e éd., 204 p.
36. ESPLUGAS, Pierre, *Le service public*, Paris, Dalloz, 2012, 3e éd. 154 p.
37. FALLON, Marc, *Droit matériel de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2002, 2e éd., 902 p.
38. FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel et GOLDMAN, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, 1225 p.
39. FRISCH, Dieter et ECDPM (European centre for development policy management), *La politique de développement de l'Union européenne: un regard personnel sur 50 ans de coopération internationale*, Maastricht, ECDPM, 2008, 76 p.
40. FRISON-ROCHE, Marie-Anne (sous la dir. de), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2005, 334 p.
41. FRYDMAN, Benoît et CHEROT, Jean-Yves, (sous la dir. de) *La science du droit dans la globalisation* , Bruxelles, Bruylant, 2012, 302 p.
42. GALLETTI, Florence, *Le Juge pénal, nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus? Une manifestation d'un droit administratif en mutation*, Paris, l'Harmattan, 2000, 175 p.
43. GEMDEV (Groupement d'intérêt scientifique pour l'étude de la mondialisation et du développement) et EADI (Association européenne des instituts de recherche et de formation en matière de développement), *L'intégration régionale dans le monde, innovations et ruptures*, Paris, Karthala, 1994, 305 p.

-
44. GEMDEV, *La Convention de Lomé en questions: les relations entre les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) et l'Union européenne après l'an 2000*, Paris, Karthala, 1998, 600 p.
45. GENTOT, Michel, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, 1994, 2^e éd., 160 p
46. GEORGE, Susan et SABELLI, Fabrizio, *Crédits sans frontières la religion séculière de la Banque Mondiale*, Paris, éd La découverte, 1994, 279 p
47. GJIDARA, Marc, *La fonction administrative contentieuse: étude de science administrative*, Paris, LGDJ, 1972, 473 p.
48. GRANELL, Francesc, *La coopération au développement de la Communauté européenne*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2005, 475 p.
49. GROS, Manuel, *Droit administratif, L'angle jurisprudentiel*, Paris, L'Harmattan, 2014, 4^e éd., 368 p.
50. GUGLIELMI, Gilles J. et KOUBI, Geneviève, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2011, 3^e éd., 804 p.
51. HENRY, Claude, MATHEU Michel et JEUNEMAÎTRE, Alain, *Réguler les services publics en réseaux: l'expérience européenne*, Paris, La Documentation française, 2003, 308 p.
52. HOURQUEBIE, Fabrice, (sous la dir. de), *Quel service public de la justice en Afrique francophone?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 216 p.
53. ICARD, Philippe, *Droit matériel et politiques communautaires*, Paris, Éd. Eska, 1999, 774 p.
54. IONESCU (NÉE MOÏSE), Raluca Nicoleta *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 585 p.
55. KATZ, David, *Juge administratif et droit de la concurrence*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, 473 p.
56. LACHAUME, Jean-François, PAULIAT, Hélène, BOITEAU, Claudie, DEFFIGIER, Clotilde, *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, 2012, 722 p.

57. LAFFERIERE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, Paris, LGDJ, 1989, 675 p.
58. LAPORTE, Geert, (sous la dir. de), *L'accord de partenariat de Cotonou: quel rôle dans un monde en mutation? : réflexions sur l'avenir des relations ACP-UE*, Maastricht, Centre européen de gestion des politiques de développement, 2007, 128 p.
59. LARZUL, Tanneguy, *Les mutations des sources du droit administratif*, Lyon, l'Hermès, 1994, 445 p.
60. LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude et GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 15^e éd, 1999, 1107 p.
61. Le grand Larousse illustré, Paris, Larousse, 2014.
62. LINOTTE, Didier et ROMI Raphael, *Services publics et droit public économique*, 5e éd. Paris, Litec, 2003, 5e éd. 535 p.
63. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 7^e 2014, 712 p.
64. MARCOU, Gérard, (sous la dir. de),
- *Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences*, Paris, Éd. l'Harmattan, 1995, 351 p.
 - *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, L'harmattan, 2005, 2 tomes.
65. MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2010, 808 p.
66. MELLERAY, Fabrice, (sous la dir),
- *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, Université de Poitiers, LGDJ, 2004, 312 p.
 - *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 374 p.

-
67. MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, *Droit des services publics*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 2^e éd., 413 p.
68. MICHEL Valérie, *Recherches sur les compétences de la communauté européenne*, Paris, l'Harmattan, 2006, 704 p.
69. MORAND, Charles-Albert, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 477 p.
70. MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, 800 p.
71. MOREAU, Jacques, *Droit public*, Paris, Economica, 1995. 3^e éd., Tome 2, p. 575-1107.
72. NICINSKI, Sophie,
- *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2012, 778 p.
 - *Droit public de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2005, 230 p.
 - *L'utilisateur du service public industriel et commercial*, Paris, L'Harmattan, 2001, 564 p.
73. OCDE et BANQUE MONDIALE,
- *Harmoniser l'aide pour renforcer son efficacité. Volume 2: Le soutien budgétaire, les approches sectorielles et le développement des capacités en matière de gestion des finances publiques*, Paris, Editions OCDE, coll. Lignes directrices et ouvrages de référence du Comité d'aide au développement, 2006, 96 p.
 - *Harmoniser l'aide pour renforcer son efficacité, Volume 1: document sur les bonnes pratiques*, Paris, coll. Lignes directrices et ouvrages de référence du Comité d'aide au développement, Editions OCDE, 2003.
74. PATRIKIOS, Apostolos, *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, LGDJ, 1997, 339 p.
75. PERROT, Danielle (sous la dir. de), *Les relations ACP / UE après le modèle de Lomé: quel partenariat ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 533 p.
76. PERROUD, Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2013.

77. RAMBAUD, Romain, *L'institution juridique de régulation: recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, l'Harmattan, 2012, 930 p.
78. SALL, Babaly, *Contribution à l'étude des autorités administratives indépendantes*, Lille, Atelier national de reproduction des Thèses, 1990, 431f.
79. SCHAPIRA, Jean, TALLEC, Georges LE et BLAISE, Jean-Bernard, *Droit européen des affaires*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, 805 p.
80. SIMON, Denys,
- *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1990, 127 p.
 - *Le système juridique communautaire*, 3^e éd. Paris, PUF, 2001, 779 p.
81. STIRN, Bernard, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso, 8^e éd., 2014, 197 p
82. TENIER, Jacques, *Intégrations régionales et mondialisation, complémentarités ou contradiction*, Paris, La documentation française, 2003, 232 p.
83. TIMSIT, Gérard, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997, 252 p.
84. UNION EUROPEENNE - Direction générale du développement, *Accord de partenariat ACP-CE signé à Cotonou le 23 juin 2000 - Le Courrier ACP-UE, n° Spéciale*, Bruxelles, Direction générale du développement, 2000. 1 vol.

B. OUVRAGES SPECIALISES

1. AMILHAT, Mathias *La notion de contrat administratif, l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 678 p.
2. ARROWSMITH, Sue et ANDERSON, Robert D., *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2011, 858 p.

-
3. ARROWSMITH, Sue, LINARELLI, John & WALLACE, Don, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, 2000, 890 p.
 4. ARROWSMITH, Sue et UNCITRAL, *Reform of the UNCITRAL model law on procurement : procurement regulation for the 21st century*, Eagan, West, 2009. 503 p.
 5. ARROWSMITH, Sue & ANDERSON, Robert D, (sous la dir. de) *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 3e éd.
 6. ARROWSMITH, Sue & TRYBUS, Martin, (sous la dir. de) *Public procurement: the continuing revolution*, The Hague, New York, Kluwer Law International, 2003, 286 p.
 7. ARROWSMITH, Sue & DAVIES, Arwel, (sous la dir. de) *Public procurement: global revolution*, London-The Hague- Boston, Kluwer Law, 1998, 283 p.
 8. AUDIT, Mathias (sous la dir. de), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 234 p.
 9. BERGEAL, Catherine et LENICA, Frédéric, *Le contentieux des marchés publics*, Paris, Ed. du Moniteur, 2010, 2e éd., 405 p.
 10. BETTINGER, Christian, *La gestion déléguée des services publics dans le monde: concession ou BOT*, Paris, Berger-Levrault, 1997, 287 p.
 11. BEZANÇON, Xavier, CUCCHIARINI, Christian, COSSALTER, Philippe et DESTOT, Michel, *Le guide de la commande publique: marchés publics, contrats de partenariat public-privé, délégations de service public*, Paris, Le Moniteur, 2009, 358 p.
 12. BEZANÇON, Xavier, DERUY, Laurent, FISZELSON, Roger et FORNACCIARI, Marc, *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé: analyses juridiques, problèmes financiers, conseils pratiques*, Paris, Le Moniteur, 2005, 248 p.

13. BEZANÇON, Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, 1999, 639 p.
14. BLONDEAU, Ange, *La concession de service public*, Paris, Dalloz, 1933, 282 p.
15. BRACONNIER, Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, 2012, 4e éd., 567 p.
16. BRÉCHON-MOULÈNES, Christine (sous la dir. de), *Réglementation et pratique des marchés publics*, Paris, Dalloz, 1985, 223 p.
17. BRENET, François et MELLERAY, Fabrice, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004: une nouvelle espèce de contrats administratifs*, Paris, Litec, 2005, 278 p.
18. BRISSON, Jean-François, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie Nationale, 2004, 451 p.
19. CABANES, Christophe, et NEVEU, Benoît, *Droit de la concurrence dans les contrats publics: pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions*, Paris, Ed. Le Moniteur, 2008, 356 p.
20. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Comment participer aux marchés financés par le Fonds européen de développement*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1981, 43 p.
21. CONSEIL D'ÉTAT (France), *Le contrat mode d'action publique et de production de normes*, EDCE n° 59, Paris, La Documentation française, 2008, 397 p.
22. FERNANDEZ MARTIN, José Maria, *The EC public procurement rules: a critical analysis*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 321 p.
23. FROT, Olivier, *Marchés publics, comment choisir le mieux disant? La détermination des critères et leur pondération*, Paris, AFNOR, 2008, 370 p.
24. GAUDIN, Jean-Pierre
 - *Gouverner par contrat*, Paris, Presses de Science Po, 2012.

-
- (sous la dir. de), *La négociation des politiques contractuelles*, Paris, Montréal, L'Harmattan, 1996.
25. GUETTIER, Christophe, *Droit des contrats administratifs*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, 3^e éd. 640 p.
26. GUIBAL, Michel et CHARREL, Nicolas, *Code commenté des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, 2006, 420 p.
27. HOEPFFNER, Hélène, *La modification du contrat administratif*, Paris, L.G.D.J. col., Bibliothèque de droit public, t. 260 2009, 586 p.
28. JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*. Première partie. Théorie générale des contrats de l'administration. Formation, exécution des contrats, Paris, M. Giard, 1934, 3^e éd. 464 p.
29. LAUBADÈRE, André de,
- *Traité théorique et pratique des contrats administratifs. La distinction des contrats administratifs et des contrats de droit commun, la formation des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1956, n° 1 à 422.
 - *Traité théorique et pratique des contrats administratifs. L'exécution des contrats administratifs : principes généraux, Les obligations des parties et leurs sanctions, La rémunération du cocontractant, Les interventions de l'administration dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1956, n° 423 à 891
 - *Traité théorique et pratique des contrats administratifs. Les incidents d'exécution, la fin des contrats administratifs, le contentieux des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1956, n° 892 à 1302
30. LAUBADÈRE, André de, MODERNE, Franck et DELVOLVÉ, Pierre
- *Traité des contrats administratifs : La notion de contrat administratif, la formation des contrats administratifs, l'exécution des contrats administratifs : principes généraux*, Paris, LGDJ, 1983, Tome premier, n° 1 à 796,
 - *Traité des contrats administratifs: Les obligations du cocontractant et de l'administration, les interventions de l'administration, l'incidence des faits*

nouveaux, la fin des contrats, le contentieux des contrats, Paris, LGDJ, 1984,
Tome second, n° 797 à 1865

31. LICHÈRE, François (sous la dir. de), *Partenariats public-privé: rapports du XVIIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2011, 532 p.
32. LICHÈRE, François, MARTOR, Boris, PEDINI, Gilles, THOUVENOT, Sébastien, *Pratique des partenariats public-privé, choisir, évaluer, monter et suivre son PPP*, 2^e éd., Litec, Paris, 2009, 268 p.
33. MADIOT, Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, 390 p.
34. MARCOU, Gérard, FOLLIOT-LALLIOT, Laurence, GORDON, Daniel I., SCHOONER Steven L., SCHWARTZ Joshua et YUKINS, Christopher (sous la dir. de), *Le contrôle des marchés publics*, Paris, Ed. IRJS, 2009, 440 p.
35. MICHEL, Nicolas, *Les marchés publics dans la jurisprudence européenne: exposé systématique des arrêts et ordonnances de la Cour de justice des Communautés européennes*, Fribourg, éditions universitaires, 1995, 147 p.
36. MOREAU, David, *Les marchés de service public: un nouveau mode de gestion des services publics*, Paris, Éditions du Moniteur, 2005, 222 p.
37. MULLER, Étienne, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Paris, L'Harmattan, 2011, 2011, 693 p.
38. NOGUELLOU, Rozen, STELKENS, Ulrich (sous la dir. de), *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 1012 p.
39. OCDE
 - *Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics*, Paris, OECD Publishing, 2011, 152 p.

-
- *Les unités consacrées aux partenariats publics-privé, une étude des structures institutionnelles et de gouvernance*, Paris, Editions OCDE, 2010. 131p.
40. OCDE et BANQUE MONDIALE, *Harmoniser l'aide pour renforcer son efficacité, Volume 3 : renforcer les pratiques de passation des marchés dans les pays en développement*, Paris, Editions OCDE, coll. Lignes directrices et ouvrages de référence du Comité d'aide au développement, 2005, 77 p.
41. PÉQUIGNOT, Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 1944, 625 p.
42. PEZ, Thomas, *Le risque dans les contrats administratifs*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, 950 p.
43. RAPP Lucien, TERNEYRE Philippe, SYMCHOWICZ Nil, *Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, 2014, 2547 p.
44. RICHER, Laurent,
- *L'Europe des marchés publics: marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009, 393 p.
 - *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2014, 9e éd. 668 p.
45. SCHMIDT, Philippe, *La personne responsable du marché*, Paris, Editions du Moniteur, 2004, 249 p.
46. SCHMIDT, Philippe et THIERRY, Laure, *Les marchés à procédure adaptée*, Paris, Berger-Levrault, 2011, 3^e éd., 357 p.
47. SCHUILTZ, Patrick, *Eléments du droit des marchés publics*, Paris, LGDJ, 2002, 2e éd. 192 p.
48. SYMCHOWICZ, Nil et PROOT, Philippe, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes: analyse et aide à la décision*, Paris, Le Moniteur, 2012, 628 p.
49. SYMCHOWICZ, Nil, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, Impr. nationale, 2003, 353 p.

50. VIDAL, Laurent, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 1392 p.
51. ZIEGEL, Roland, *Les marchés publics dans les pays en voie de développement*, éd. Institut international d'administration publique, Paris, A. Colin, 1968, 322 p.

C. THESES

1. ACCOCE, Jean-Vincent, *Globalisation et politique économique nationale dans les pays en développement*, Thèse de doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2006, 442 p.
2. BRENET, François, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, 2002, 2 vol. 695 p.
3. BREUIL, Lise, *Renouveler le partenariat public-privé pour les services d'eau dans les pays en développement: comment conjuguer les dimensions contractuelles, institutionnelles et participatives de la gouvernance ?*, Thèse de doctorat, Ecole nationale du génie rural, des eaux et des forêts, 2004, 306 p.
4. De CASTRO MEIRELES, Marta, *The World Bank procurement regulations, A critical analysis of the enforcement mechanism and of the application of secondary policies in financed projects*, Thesis submitted to the University of Nottingham, February 2006, 368 p.
5. DELACOUR, Eric, *La notion de convention de délégation de service public. essai de définition d'une nouvelle catégorie de contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université Paris II, 1997, 2 vol., 662 p.
6. DELZANGLES, Hubert, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, Thèse, Bordeaux IV, 2008, 930 p.

-
7. GUÉZOU, Olivier, *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, Thèse de doctorat, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 1998, 729 p.
 8. HUBRECHT, Hubert-Gérald, *Les contrats de service public*, Doctorat d'Etat, Université de Bordeaux I, 1980, 611 p.
 9. JIMENEZ BERGON, Claudia, *Les pouvoirs préventifs et répressifs des autorités administratives indépendantes françaises et des superintendances colombienne*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris 2, 1999, 581 p
 10. KALFLECHE, Grégory, *Des marchés publics à la commande publique: l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse de doctorat, Université Paris 2, 2004, 2 vol., 971 f.
 11. LEFEBURE, Jose, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, Thèse de doctorat, Université d'Amiens, 1997, 546 p.
 12. LICHÈRE, François, *Les contrats administratifs entre personne privées: représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université Montpellier I, 1998, 513 p.
 13. MANKOU, Martin, *Les marchés publics dans le cadre de l'aide financière et technique du Fonds européen de développement aux Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique*, Thèse de doctorat, Université Toulouse 1, 1998, 562 p.
 14. PÉQUIGNOT, Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 1944, 625 p.
 15. POIROT-MAZERES, Isabelle, *La notion de représentation en droit administratif français*, Thèse de doctorat, Université Toulouse 1, 1989, pp. 532 p.
 16. SANTOS FERREIRA, Kaline, *Le contentieux administratif en dehors du juge, Étude comparée des Droits Français et Brésilien*, Thèse de doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, 342 p.
 17. SEE, Arnaud, *La régulation du marché en droit administratif. Etude critique*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Strasbourg, 2010, 794 p.

18. SIMARD, Patrick, *Le Contrat international de génie civil, Conditions FIDIC*, Thèse 3e cycle, Université Paris 1, 1980, 299 p.
19. SYMCHOWICZ, Nil, *La mutation des procédés contractuels des personnes publiques: le recours aux «montages contractuels complexes»*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2002, 404 p.
20. TOURKI, Monhom, *Les contrats internationaux de concession de service public et de partenariat public privé dans les pays en voie de développement*, Thèse de doctorat, Institut du droit de la paix et du développement, Université de Nice, 2007, 496 p.
21. VALLUY, Jérôme, *Le gouvernement partenarial*, Thèse pour le doctorat de science politique, IEP Paris, 1999.

D. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

1. ALIBERT, Thierry, «L'*intuitus personae* dans la concession de service public: un principe en mutation», *Revue administrative*, 1990, pp. 507-512.
2. ALOUPI, Niki, «La représentation extérieure de l'Union européenne», *Annuaire française de droit international*, n° 56, 2010, pp.737-766
3. APELBAUM, Raphaël,
 - «Les contrats conclus dans le cadre des opérations financés par la Banque Mondiale », *Contrats Publics*, janvier 2006, p. 41-50.
 - «Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger», *AJDA*, 2004, n°32, pp. 1759-1766
4. ARROWSMITH, Sue, «National and international Perspectives on the regulation of public procurement: harmony or conflict? », in ARROWSMITH, Sue et DAVIES, Arwel, (sous la dir. de) *Public procurement: global revolution*, London-The Hague-Boston, Kluwer Law, 1998, pp. 3-26

-
5. ARNAUD, André-Jean, «De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation», *Droit et société*, 1997, n° 35, pp. 11-35
 6. ARNOULD, Joël « Les contrats de concession, de privatisation et de services «in house» au regard des règles communautaires. Les instruments de type marché» à l'épreuve du droit européen de la commande publique», *RFDA*, 2000, n° 1, pp.2-23.
 7. AUBY, Jean-Bernard,
 - «La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif», *AJDA*, 2001, pp. 912-926.
 - «Les autorités administratives indépendantes: une rationalisation impossible?, Remarques terminales», *RFDA*, 2010, n° 5, pp. 931-933.
 8. AUBY, Jean Bernard et MAUGÜE, Christine «Les contrats de délégation de service public», *JCP. G* 199, n° 9, pp. 115-124
 9. AUBY, Jean-François,
 - «A propos des contrats d'exécution du service public», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.I, pp. 797-808.
 - «Le cas des Contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires», *RFDA*, 2004, n° 6, pp. 1095-1102.
 10. AUBY, Jean-Marie,
 - «Autorités administratives et autorités juridictionnelles» *AJDA*, 1995, numéro spécial p. 91-98.
 - «Les recours administratifs préalables», *AJDA*, 1997, n° 1, pp. 10-15
 11. AUDIT, Mathias,
 - «Arbitrage international et contrats publics en France», in Mathias AUDIT (sous la dir. de), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 115-132.
 - « Le contrat de partenariat ou l'essor du droit de l'arbitrage en matière administrative», *Revue de l'arbitrage*, n°3, 2004, pp. 541-564.

12. AUGUET, Yann, «L'équilibre, finalité du droit de la concurrence», in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Dalloz, 2006, pp. 29-58.
13. AURIOL, Karine, «Le traité de Lisbonne et ses conséquences sur l'administration des institutions de l'Union européenne», *Revue Française d'Administration Publique*, n° spécial, *Où en est l'administration de la Commission européenne*, 2010/1, n° 133 pp. 119-122.
14. AUTIN, Jean Louis
 - «Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public», in Michel MIAILLE (sous la dir. de), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 43-56.
 - «Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation», *RDP*, 1988, pp.1213-1227.
15. AYACHE, Laurent,
 - «Passation des délégations de service public: existe-t-il une obligation d'allotir?», *AJDA*, 2009, pp. 1240-1244.
 - «Doit de la concurrence et secteur public – Applicabilité et compétence», *JurisClasseur Concurrence et consommation*, Fascicule 120, 61 p
16. BABIN, Ludovic et AMBLARD, Étienne, « Dialogue compétitif», *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 64-10, mise à jour au 1^{er} Janvier 2014.
17. BAZEX, Michel,
 - «Les droits de la concurrence : l'exemple des marchés publics», *Contrats Concurrence Consommation* n°11, Novembre 2006, repère 10, p.1
 - « Le Conseil de la concurrence et les marchés publics», *AJDA*, 1994, n°7, pp. 103-108.
18. BEN ACHOUR, Rafaâ, «Démocratie et Bonne gouvernance», in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic: démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 728-738.

-
19. BEN KEMOUN, Laurent, «L’OHADA, le temps et le diable: Réflexions sur le traité de Québec», *Penant*, n° 872, Juillet-sept. 2010, pp. 374-378.
20. BENAVIDES, José-Luis «Colombie», in Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS (sous la dir. de) *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 519-542.
21. BERGEAL, Catherine,
- «Le contrôle de la passation des marchés des assemblées parlementaires, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale», *RFDA*, 1999, n° 2, pp. 333-344.
 - «Conclusions sur CE, 7 avril 1999, Commune de Guilhaumand-Granges», *AJDA*, 1999, p. 517- 520.
 - «Conclusions sur CE, 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais», *Cahiers Juridiques de l'électricité et du gaz*, 1999, n° 558, pp. 344-356.
22. BERKANI, Elias, «Droit de la concurrence et commande publique: état des lieux d’un vieux couple», *Concurrences*, n°1, 2007, pp. 58-67.
23. BILAL, Sanoussi, «Les accords APE, tremplin ou pierre d'achoppement?», *Eclairage sur les négociations* (publication de l'ECDPM), fév. 2008, vol. 7, n° 1, pp. 1-3.
24. BLEMONT, Patrice, «Le partenariat public- privé «à la source», *BJCP*, n°38, pp 14-15.
25. BLUMANN, Claude, «Quelques variations sur le thème du service public en droit de l’Union européenne», in *Le droit administratif: permanences et convergences. Mélanges en l’honneur de Jean-François LACHAUME*, Paris Dalloz, 2007, pp. 45-69.
26. BORELLA, François, «L'Union des Etats d'Afrique centrale», *AFDI*, volume 14, 1968. pp. 167-177.

27. BORREUX, Henri-Charles «La nouvelle réglementation des marchés publics financés par le FED», *Le moniteur du commerce international*, Août 1973 pp. 10-17
28. BOULOUIS Jean, «Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les "directives"», in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, éd. Cujas, 1975, pp. 191-203.
29. BOY, Laurence «Régulation et sécurité juridique», in Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE, Fabrice SIIRIAINEN (sous la coord. de), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 335-353.
30. BRACONNIER, Stéphane
- «L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique», *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, novembre 2004, pp. 2134-2142.
 - «Arbitrage et contrats publics d'affaires: vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité», *Revue Droit et Patrimoine*, n°141, octobre 2005, pp 59-69.
 - «Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique?», *RDP*, n° 2, 2014, pp. 261-275.
31. BRACONNIER, Stéphane, MOREL, Jean-Baptiste, «Regards sur les partenariats publics privés internationaux», *Contrats et marchés Publics*, n° 51, janvier 2006, pp 6-13.
32. BRAIBANT, Guy, «Les rapports du Médiateur et du juge administratif», *AJDA*, 1977, pp. 283-288
33. BRARD, Yves, «Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privées», *JCP* 1981, I, 3032,
34. BRECHON-MOULENES, Christine,
- «Marchés publics», *Répertoire Dalloz Droit International*, 1998, 19 p.
 - «Caractéristiques générales de la réglementation communautaire des marchés publics», *Jurisclasseur Europe*, fascicule 2400.

-
- «Faire face à la complexité du droit des marchés», *Le Moniteur*, 25 février 2000, pp 68-70.
35. BRENET, François, «Contrat administratif par détermination de la loi», *JurisClasseur administratif*, fascicule 602, 2009.
36. BRISSON, Jean François «Les pouvoirs de sanction des autorités et régulation et l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme», *AJDA*, 1999, n° 11, pp. 847-859.
37. BROWN, Neville, «Is there a general principle of abuse of rights in European Community Law?», in Niels BLOKKER et Sam MULLER, *Towards more effective supervision by international organizations: essays in honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, Nijhoff 1994, p. 511-525.
38. BRUETSCHY, Chantal, «L'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire», in *Les marchés publics et la Communauté européenne: journée d'étude de la CEDECE*, Toulouse le 26 mai 1989, *Revue du marché commun*, n° 332, décembre 1989 pp. 593-596.
39. CAILLAUD, Bernard, «Ententes et capture dans la commande publique», *Concurrence et consommation*, n° 129, Septembre-octobre 2002, pp 8-13.
40. CAILLOSSE, Jacques
- «Interrogations méthodologiques sur le tournant contractuel de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.I, pp. 469-492
 - «Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration», *ADJA*, 2003, n° 17, pp. 880-887.
41. CAMPBELL, Bonnie, «Débat actuel sur la reconceptualisation de l'Etat par les organismes de financement multilatéraux et l'USAID», in GEMDEV, *Les avatars de l'État en Afrique*, Paris, Éd. Karthala, 1997, pp.79-94

42. CANEDO, Marguerite, «L'exorbitance du droit des contrats administratifs», in MELLERAY, Fabrice, (sous la dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, Université de Poitiers, LGDJ, 2004, pp. 125-177.
43. CARANTA, Roberto, «Transparence et concurrence» in Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS (sous la dir. de) *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010 pp. 145-172.
44. CAROLI CASAVOLA, Hilde, «Global Rules for public procurement», in NOGUELLOU, Rozen, STELKENS, Ulrich (sous la dir. de), *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 27-61
45. CARTIER-BRESSON, Jean,
 - «La Banque mondiale, la corruption et la gouvernance», *Revue Tiers Monde*, janv.-mars 2000, n° 161, pp. 165-192
 - «Corruption, libéralisation et démocratisation», *Revue tiers monde*, 2000, n°161, pp 9-22
46. CARTOU, Louis, «Les marchés publics dans le Communauté Economique Européenne», in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales Toulouse I, 1978, pp 267-289
47. CASSIA, Paul, «Contrats publics et principes communautaires d'égalité de traitement, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2002, n°38(3) p. 413-449
48. CATTIER, Rachel, «Le régime des marchés relevant des articles 28 et 30 du Code des marchés publics», *Contrats et marchés publics*, n° 84, janvier 2009, pp. 52-55.
49. CHAMPAUD, Claude, «Régulation et droit économique», *RIDE*, 2002/1, pp.23-66
50. CHANLAIR, Marie-Pierre, «Réflexions sur les contrats de service public avec mise à disposition d'ouvrages appartenant à la collectivité», *AJDA*, n°5, 2005, pp. 241-247
51. CHARVIN, Robert, «Régulation juridique et mondialisation néolibérale, droit «mou», droit « flou » et non droit», *Actualité et droit international, Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, janvier 2002, www.ridi.org/adi

52. CHEVALLIER, Jacques,

- «Vers un droit post moderne? Les transformations de la régulation juridique», *Revue du Droit Public*, n°3, 1998, pp 659-690.
- «Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation?», in MORAND, Charles-Albert, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 37-61.
- «Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel» in Jacques CHEVALLIER (sous la dir. de) *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, pp. 11- 40.
- «La politique française de modernisation administrative», in *L'État de droit: mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 69-87.
- «Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes», *JCP G*, 1986, n° 3254.
- «Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle», in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel STASSINOPOULOS: problèmes de droit public contemporain*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 275-290

53. CLAMOUR, Guylain,

- «Esquisse d'une théorie générale des contrats publics», *Contrats publics, mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.II, pp 637-689.
- «Vers le code de la commande publique», *Contrats et marchés publics*, 2015, n° 2, comm.29.
- «Loi MURCEF: les enjeux de «l'administrativisation» des marchés publics», *JCP La Semaine Juridique éd. générale*, n° 13, 27 mars 2002, pp 593-599

54. CLAMOUR, Guylain, DESTOURS, Stéphane «Droit de la concurrence – Droit public de la concurrence» *JurisClasseur Collectivités territoriales*, fascicule 724-20, 61 p.

55. CLAY, Thomas,

- «Arbitrage des personnes morales de droit public, le grand bazar! », *Les Petites Affiches*, mars 2008, p. 3-5.
 - «Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges», *Recueil Dalloz*, 2008, n°3 pp. 180-191.
 - «Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage», *JCP*, 2010, n° 21, pp. 1045 - 1049
56. CNUCED, (Secrétariat de la) «Politique de la concurrence et marchés publics», Document GE.12-50650 (F), Communication à l'occasion de la Douzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, Genève 9-11 juillet 2012, Disponible également sur le site de la CNUCED: http://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciclpd14_fr.pdf (consulté 7/4/2014)
57. COPPOLANI, Charles, «La conception française du service public: défaite ou conquête», *JCP La semaine juridique, éd. Administrations et collectivités territoriales*, n°16-18, 2007, pp 33-34.
58. COUDEVYLLE, Andrée, «La notion de mandat administratif», *AJDA* 1979, n° 9, pp. 7-22.
59. COURIVAUD, Henri, «La concession de service public confrontée au droit européen», *RIDE*, 2004, pp. 395-434.
60. COURREGES, Anne et VEROT, Célia, «L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux», *AJDA*, juin 2007, p. 489-493.
61. CRAIG, Paul et TRYBUS, Martin, «Angleterre et Pays de Galles», in Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS (sous la dir. de) *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 339-366.
62. DAL FARRA, Thierry «Nécessaire adaptation du modèle de la concession», *JCP administration et collectivités territoriales*, n°16-18 du 16 avril 2007, pp. 29-34.
63. de GRAAF, Gérard et KING, Mike «L'accord sur les marchés publics dans le cadre de l'Uruguay Round», *RMUE*, 1994, pp. 67-82.

-
64. de CAZALET, Bruno «Le contrat de construction dans le cadre des projets en Build Operate Transfer (BOT)», *Revue de droit des affaires internationales-International Business Law Journal (RDAI)*, n° 4, 1er juillet 1998, pp. 405 – 416.
65. de CAZALET, Bruno, CROTHERS, John D., «Présentation du guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé», *RDAI*, n°6, 2001, pp 699-710.
66. de la MARDIERE, Christophe, «Notion de service public et droit communautaire, Note sous Conseil d'Etat, 13 juin 1997, Société des transports par pipeline, B.P. France et autres, *LPA* 1999, n° 22, p. 7.
67. DEBBASCH, Charles,
- «Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun?» in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 127-133.
 - «Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française», in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 343-354.
68. DEBEVOISSE, Eli Whitney & YUKINS, Christopher, «Assessing the World Bank proposed revision of its procurement guidelines», *The Government contractor*, vol. 52, n° 21, May 2010, pp. 1-5 (Disponible sur le site du Social Science Research Network:
<http://ssrn.com/abstract=1616763>) (Consulté le 18/02/2013)
69. DEBOUZY, Olivier et GUILLOT, Pierre, «Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public», *Recueil Dalloz Sirey*, 2005, n°5, Chron. pp. 319-328
70. DEGOFFE, Michel et DREYFUS, Jean-David, «Critères d'identification du mandat en droit administratif, note sous Tribunal des conflits, 23 sept. 2002, Sté Sotrame et Metalform c/ GIE SESAM-Vitale, *RDI* 2003 p. 72-74
71. DELACOUR, Eric,
- «Les évolutions du droit des délégations de service public depuis dix ans», *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2003, chron. 6.

- «Les contrats publics des personnes privées en droit français», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.I, pp. 633-656
- «Les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique, Du marché public à l'achat public», *Contrats et Marchés publics*, mai 2005, pp. 4-11.
- «Les organes de l'achat public» *Contrats et marchés publics*, 2004, n° 2, p. 3.
- «La personne responsable du marché», *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2004, p. 14.

72. DELELIS, Philippe,

- «Calcul des seuils», *JuriClasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 60-20
- «Contrat de partenariat et exploitation du service public: Huit questions et un appel à la raison», *AJDA* n°40, 2010, pp. 2244-2248.
- «Partenariats public-privé», *JurisClasseur, Administratif*, fasc. 670, n° 44, 117 p.

73. DELMAS-MARTY, Mireille, La mondialisation du droit : chances et risques, *Dalloz*, 1999, n° 5, pp. 43-48.

74. DELVOLVE, Pierre,

- «Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique», Actes du colloque sur les «grands enjeux du partenariat public-privé», organisé par le centre d'études et de recherches sur la construction et le logement, *Revue de droit immobilier*, nov.-déc. 2003, pp 481-497
- «Vers l'unification du droit des marchés publics», in *L'unité du droit: mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, France, Economica, 1996, pp. 225-239.
- «Les contradictions de la délégation de service public», *AJDA*, 1996, n°9, pp. 675-691.
- «Constitution et contrats publics», in *Mouvement du droit public: du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits:*

Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE., Paris, Dalloz, 2004, pp. 469-499.

75. DENOIX de SAINT MARC, Renaud «La question de l'administration contractuelle», *AJDA*, 2003, n° 19, pp. 970-972.
76. Pascal DEVILLERS, «Jurisprudence Peyrot, une page se tourne», *Contrats et Marchés publics* n° 5, mai 2015, comm. 110.
77. DEZOBRY, Guillaume, «L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés», *RFAP*, 2012/3, n° 143, pp. 645- 654.
78. DERUY, Laurent, «Adapter le droit administratif pour le rendre plus attractif», *JCP administration et collectivités territoriales*, n°16-18 du 16 avril 2007, p. 18.
79. DIDIER, Pierre, «Le code sur les marchés publics du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté», *Cahiers de droit européen*, 1996, vol 32, n° 3-4, pp. 257-328.
80. DIRICQ, Noël, «Commande publique et concurrence, propos conclusifs» Atelier de la concurrence, Commande publique et concurrence du 05 juin 2002, *Revue Concurrence et Consommation*, n°129, septembre-octobre 2002, p. 30.
81. DON WALLACE, Jr «The Changing World of National Procurement Systems: Global Reformation», *PPLR*, 1995, n° 2, p. 57-62.
82. DONZELOT, Jacques et Gordon, COLIN, «Governing Liberal Societies – the Foucault Effect in the English-speaking World», *Foucault studies*, 2008, 5, pp. 48-62.
83. DOUENCE, Jean-Claude,
 - «Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle», in *Mouvement du droit public: du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits: Mélanges en l'honneur de Franck Moderne.*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 501-520.
 - «La gestion du service public», in Jacques MOREAU, (sous la dir. de), *Droit public*, Paris, Economica, 1995. Tome 2, pp. 943-1011.

- «Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération», *RFDA*, 1999, n° 6, p. 1134-1146.
84. DRAGO, Roland, «Paradoxes sur les contrats administratifs», in *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 151-162.
85. DU MARAIS, Bertrand, «Les délégations de service public au service du développement: expérience et approche de la Banque Mondiale», *RFDA* n°3, juin 1997, pp 101-113
86. DUFAU, Jean, «La nature juridique de la concession de service public», in *Droit administratif, Mélanges René CHAPUS*, Paris, ed. Montchrestien 1992, p. 147- 157.
87. ECDPM (European centre for development policy management),
- «Do procedures hamper policy ambitions», *InfoCotonou* 2003, n° 3, 4 p. http://ecdpm.org/wp-content/uploads/InfoCotonou_3E.pdf (dernière consultation 26/02/2015).
 - «Vue d'ensemble des négociations régionales des APE», *EnBref*, nov. 2006, n° 14 A, pp. 1-6.
88. ECKERT, Gabriel,
- «Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics», *RFDA*, n°2, janvier-février 2006, pp. 238-244.
 - «Notion et choix du contrat », *JurisClasseur Contrats et marchés publics*, Fasc. 400, 1^{er} avril 2009, 49 p.
 - «Passation du contrat», *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 4, Mise à jour au 28 avril 2014.
 - «L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique», *RFAP*, 2012/3, n° 143, pp. 629-643
89. ECKERT, Gabriel et KOVAR, Jean-Philippe, «L'indépendance des autorités de régulation économique et financière: une approche comparée, Introduction», *RFAP*, 2012/3 n° 143, pp. 621-628

-
90. EMERY, Cyrilles , «Les nouveaux marchés à procédures adaptée», *Le Moniteur*, 11 août 2006, pp. 46-47.
91. EPRON, Quentin, «Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs», *RFDA*, 2011, n° 5, pp.1001-1018.
92. ERSTEIN, Lucienne, «Le recours préalable obligatoire, un signe de bonne administration?», *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2014, n° 14, pp. 37-39
93. ETRILLARD, Claire, «Commande publique et développement durable», *LPA*, 8 mars 2007, n°49, pp. 3-11.
94. FATÔME, Etienne et RICHER, Laurent, «La commande publique» et le domaine public devant le Conseil constitutionnel», *Revue française de droit constitutionnel*, n° 56, 2003, pp. 772-788.
95. FAVOREU, Louis, «la constitutionnalisation du droit administratif», in *Etat, loi, administration: Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Athènes, éd. Ant. N. Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 97-114.
96. FERAL, François, «Contrat public et action publique»: au cœur d'une administration régulatrice», in *Contrats publics: Mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 1, pp. 527-545.
97. FETZE KAMDEM, Innocent, «Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique», *Revue Juridique Thémis*, n° 43-3, 2009 pp. 605-649.
98. FIEDLER, Franz «L'indépendance des institutions supérieures de contrôle des finances publiques», *Revue internationale de la vérification des comptes publics*, n° spécial, INTOSAI: 50 ans (1953-2003), 2004, pp. 120- 134
99. FINCK, François «L'évolution de l'équilibre institutionnel de l'UE sous le prisme des relations extérieures depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 594-1

- 100.FLAESCH-MOUGIN, Catherine, «Les nouvelles logiques de la coopération financière», in Daniel PERROT. *Les relations ACP / UE après le modèle de Lomé: quel partenariat ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 313-370.
- 101.FLAMME, Philippe et FLAMME, Maurice-André,
- «La panoplie des directives «marchés publics» se complète: les secteurs hier exclus (eau, énergie, transports et télécommunications) ne le seront plus demain (analyses de la directive 90/531 du 17 septembre 1990)», *Revue de Marché Commun de l'Union Européenne*, pp. 346-382.
 - «Enfin l'Europe des marchés publics», *AJDA*, 1989, n°11, pp. 651-678
- 102.FLORY, Thiébaut, «Les marchés de fournitures et les accords du GATT», *Revue du marchés commun*, 1989, n° 332, pp. 654-657.
- 103.FOLLIOT-LALLIOT, Laurence,
- «La globalisation du droit des marchés publics», *BJCP*, n° 39, mars 2005, pp. 94-100
 - «Vers une approche unifiée de la convention de délégation de service public - Etat d'avancement des travaux de la Commission des Nations Unies pour le Droit International sur les projets d'infrastructure à financement privé», *RFDA*, septembre-octobre 2003, pp 893-902
- 104.FOUCHARD, Philippe, «La C.N.U.D.C.I. et la défense des intérêts du commerce international», *LPA*, n° 252 du 18 décembre 2003, pp. 36 - 42.
- 105.FOUSSARD, Dominique, «L'arbitrage en droit administratif», *Revue de l'arbitrage* 1990, p. 3-54
- 106.FRILET, Marc,
- «Le Projet Ilmenite à Fort Dauphin, Madagascar: recherche de sécurité juridique à long terme pour les grands projets d'infrastructure en financement privé en Afrique», *Revue de droit des affaires internationales*, n°6, 1999, pp 609-628

-
- «Un nouvel outil essentiel pour l'investissement et le développement économique: le régime du partenariat public-privé», Actes du XXXI Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression Française, *RJP*, 2009, n° 3, pp. 653-659.
107. FRISCH, Dieter, «La dimension politique dans les rapports avec les partenaires de Lomé», in GEMDEV, *La Convention de Lomé en questions: les relations entre les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) et l'Union européenne après l'an 2000*, Paris, Karthala, 1998, p. 55-64.
108. FRISON-ROCHE, Marie-Anne,
- «Définition du droit de la régulation économique», in Marie-Anne FRISON ROCHE (sous la dir. de), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 7-15.
 - «Le droit de la régulation», *Dalloz*, 2001, n° 7, p. 610-616.
 - «Le pouvoir du régulateur de régler les différends, Entre office de régulation et office juridictionnel civil», *Droit et économie de la régulation. 3*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005, pp. 269-287.
 - «Arbitrage et droit de la régulation», in Marie-Anne Frison-Roche (sous la dir. de), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2005, pp. 223-240.
109. FROMONT, Michel «L'évolution du droit des contrats de l'administration, différence théorique et convergences des faits» in Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS (sous la dir. de) *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp 263-278.
110. GAILLARD, Emmanuel, «Le tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage» *JCP 2010*, n°21 p. 1096
111. GAUDEMET, Yves,
- «Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français», in *Nonagesimo anno: mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, pp. 613-637.

- «Les contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique», *BJCP*, 2004, n°6, pp. 331-339.
 - «La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction», *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 13-16.
 - «Le Médiateur est-il une autorité administrative?», in *Service public et libertés: Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Edition de l'université et de l'enseignement moderne, 1981. pp. 117- 130.
 - «L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français», in *Les collectivités locales: mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2002, pp. 165-175.
- 112.GAUTRON, Jean- Claude, «Rapport de synthèse», in *Les marchés publics et la Communauté européenne: journée d'étude de la CEDECE*, Toulouse le 26 mai 1989, *Revue du marché commun*, pp. 661- 664.
- 113.GAZIER, François et CANNAC, Yves, «Les autorités administratives indépendantes», in Conseil d'Etat, *Rapport public, Etudes et documents* 1983-1984, n° 35 pp. 13-38
- 114.GIRI, Jacques, «Quelques réflexions à propos du livre vert sur les relations entre l'Union européenne et les pays ACP à l'aube du XXI siècle», in *La Convention de Lomé en questions: les relations entre les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) et l'Union européenne après l'an 2000*, Paris, Karthala, 1998, p. 554-559.
- 115.GLENN, Patrick, «Droit mondial, droit mondialisé ou droit du monde?», in *De tous horizons, mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 259-269.
- 116.GODFRIN, Philippe, «Quelques aspects récents de la politique des marchés publics», *AJDA*, 1970, pp 209-219.
- 117.GRAND, Rémi, «La non-séparation des fonctions de poursuite et de sanction de l'ARCEP est contraire à la Constitution» note sous Décision n° 2013-331-QPC du 5 juillet 2013, *AJDA* 2013, n° 25, p. 1421.

-
118. GRANGEREAU, Pascal, «Les projets privés d'infrastructures dans les pays émergents, l'approche des prêteurs», *RDAL*, n°2, 2001, pp 115-132.
119. GRANJON, Romain, «Le contrat de mandat rattrapé par le droit administratif», *Contrat et marchés public*, 2004, n° 29, Dossier spécial, pp. 22-24
120. GRARD, Loïc «Le service public en environnement de concurrence. L'Union Européenne à la croisée des chemins jurisprudentiel et législatif», in *Espaces du service public: mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, vol. I, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 299-320.
121. GREENBERG, Simon, «ICC Arbitration and Public Contracts», in Mathias AUDIT (sous la dir. de), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2011 pp. 3-23.
122. GUEZOU, Olivier,
- «Droit des marchés publics et droit de la concurrence» fasc. III-130 mise à jour n° 66 in Olivier GUEZOU (sous la dir. de), *Droit des marchés publics*, Paris, Ed. Le Moniteur, avril 2011, 19 p.
 - «Droit de la concurrence et droit des marchés publics: vers une notion transversale de mise en libre concurrence», *CP-ACCP*, mars 2003, p. 43 - 47.
 - «Sous-traitance et droit de la concurrence», *CP-ACCP*, juillet-août 2005, pp. 57-61.
123. GUGLIELMI, Gille J., «La concession française et l'émergence de nouvelles formes contractuelles», Actes du colloque, *Le droit administratif français est-il encore exportable? JCP administration et collectivités territoriales*, n° 16-18 du 16 avril 2007, pp. 23-25.
124. GUIBAL, Michel,
- «Commentaire de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence», *AJDA* 1991, n°4, pp. 296-321.

- «L'autorité du code des marchés publics», in Christine BRECHON-MOULENES (sous la dir. de), *Règlementation et pratique des marchés publics*, Actes du 3^e colloque de l'Association pour le droit public de l'entreprise, Nanterre -1984, Paris, Dalloz, 1985. p.20-29.
- 125.GUILLOU, Yves-René et BENCHIKH, Lila, «Comment les contrats de mandat doivent-ils être mis en concurrence?», *Contrat et marchés public*, 2004, n° 29, Dossier spécial, pp. 25-30.
- 126.GUILLOU, Yves-René et GLATT, Jean-Mathieu, «Négociation, discussion, échange: des leviers pour l'efficiencia de la commande publique», *Contrats Publics*, n° 84, Janvier 2009, Dossier Marchés publics et négociation, pp. 38-43
- 127.HACHE, Olivier, «Le mandat de maîtrise d'ouvrage», *Contrat et marchés public*, 2004, n° 29, Dossier spécial, pp. 34-36.
- 128.HAGUENAU-MOIZARD, Catherine et MONTALIEU, Thierry, «L'évolution du partenariat UE-ACP: de l'exception à la normalisation», *Monde en développement*, 2004/4, vol. 32 n° 128
- 129.HARVEY, Gordon, RIMMER, Shane, ARROWSMITH, Sue, «The economic impact of the European Union regime on public procurement: lessons for the WTO», in ARROWSMITH Sue & DAVIES, Arwel, *Public Procurement Global Revolution*, London-The Hague- Boston, Kluwer Law, 1998, pp. 27-55.
- 130.HEINTZ, Mathieu, «La commande publique, outil d'interventionnisme», *RFDA*, 2010, pp. 760-763.
- 131.HERVOUËT, François, «Les relations entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux, De la primauté à la sphère de compétence», in *Le droit administratif, permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean François LACHAUME* Paris, Dalloz, 2007, pp. 649-665.
- 132.HUBRECHT, Hubert-Gérald et MELLERAY, Fabrice, «L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.I, pp. 809-823,

-
133. HUNJA, Robert, «The UNCITRAL model law on procurement of goods, construction and services and its impact on procurement reform», in Arrowsmith (Sue), Davies (Arwel), *Public Procurement Global Revolution*, London-The Hague-Boston, Kluwer Law, 1998, pp. 97-109
134. IDOT, Laurence, «Commande publique et droit de la concurrence: un autre regard», *Concurrences*, n° 1, 2008, pp. 52-63
135. IWANOW, Tomas, et KIRKPATRICK, Colin, «Marchés publics et APE», *Eclairages sur les négociations*, (publication de l'ECDPM et du Centre international pour le commerce et le développement durable), fév. 2009, vol. 7, n° 1, p.
136. IZORCHE, Marie-Laure et DELMAS-MARTY, Mireille, «Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52 / 4, 2000, pp. 753-780.
137. JAIDANE, Riad, «La gestion internationale des contrats de concession», *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2005, pp 289-336.
138. JANIN, Patrick, «Sécurité juridique et contractualisation de l'action publique», communication au colloque *La sécurité juridique en question*, journée d'études organisées par le centre de recherche Droit, Libertés et Territoires de l'Université Lumière Lyon-2, mars 2004.
139. JARROSSON, Charles, «L'arbitrage en droit public», *AJDA* 1997 p. 16-24.
140. JOUGUELET, Jean-Pierre, «Remarques sur la passation des délégations de service public et les atteintes au droit de la concurrence», *Revue juridique de l'économie publique*, Août-septembre 2007, pp. 288-292.
141. KARL, Kenneth, «De Georgetown à Cotonou, Le Groupe ACP face aux nouveaux défis », in *Accord de partenariat ACP-CE signé à Cotonou le 23 juin 2000*, Le Courrier. Afrique - Caraïbes-Pacifique - Union européenne, n° Spéciale, 2000, Bruxelles, pp. 20-23.

- 142.KARYDIS, Georges «Le principe de l' «opérateur économique privé», critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87-1 du Traité CE», *RTDE*, 2003, n° 3, pp. 389-413
- 143.KIRAT, Thierry, «L'exorbitance du droit du contrat administratif: une perspective d'analyse économique», in MELLERAY, Fabrice, (sous la dir), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Université de Poitiers, Paris, LGDJ, 2004, pp. 61-69.
- 144.KIRAT, Thierry, MARTY, Frédéric et VIDAL, Laurent, «Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », *Revue internationale de droit économique*, vol. 19, 2005, p. 291-318.
145. KOVAR, Robert
- «Compétence des communautés européennes», *JurisClasseur Europe*, Vol.2, fascicule 420, 28 p.
 - «Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée», *RTDE*, 1996, n°2, pp. 215-242 (1^{er} partie) et n° 3, pp. 492-533 (2^e partie).
- 146.KOVAR, Jean-Philippe, «L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique», *RFAP*, 2012/3, n° 143, pp. pp. 655-666.
- 147.LABAYLE Henri, «Les contrats dans l'Europe des marchés publics: les voies de l'harmonisation», *LPA*, mai 1992, pp. 13-21,
- 148.LABETOULLE, Daniel,
- «Offrir une facilité nouvelle aux personnes publiques et à leurs cocontractants pour régler leurs litiges, propos recueillis par Séverine Brondel », *AJDA*, avril 2007, p. 772-773.
 - « L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction », *JCP G. Semaine juridique*, n°16, avril 2007, p. 11-14.
- 149.LAFFERIERE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, Paris, LGDJ, 1989.

-
- 150.LAGARDE, Xavier, «Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats», *Recueil Dalloz*, 2005, n°39 pp 2745-2747.
- 151.LAGET, Stéphane, «Les conditions dans lesquelles un exécutif local doit être habilité à signer un marché public par une délibération de l'exécutif», *LPA*, 2005, n° 30, pp. 17-20.
- 152.LAJOYE, Christophe,
- «Offre économiquement la plus avantageuse», *JurisClasseur contrats et marchés publics*, fasc. 61-15, Mise à jour du 27 av. 2011, 24 p.
 - «Organes de l'achat public», *JurisClasseur contrats et marchés publics*, Fascicule 60-10, décembre 2007, 30 p.
- 153.LASCOURMES, Pierre et VALLUY, Jérôme, «Les activités publiques conventionnelles (APC) un nouvel instrument de politique publique? L'exemple de la protection de l'environnement industriel», *Revue sociologie du travail*, 1996, n° 4, pp. 551-574.
- 154.LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, «L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard des opérateurs régulés », *RFAP*, 2012/3, n° 143, pp. 667- 676.
- 155.Le BOUËDEC, Pierre, «Publicité et information des candidats», *Jurisclasseur Contrats et Marchés publics*, mise à jour au 2 juin 2014.
- 156.Le GALES, Patrick, «Aspects politiques et idéologiques du partenariat public-privé», *Revue d'économie financière*, Hors-série, Partenariat public-privé et développement territorial, 1995, pp. 51-63.
- 157.LEBOULANGER, Philippe, «l'arbitrage international Nord-Sud» in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 323-340.
- 158.LENAERTS, Annekatrien «The general principle of the prohibition of abuse of rights: a critical position on its role in a codified european contract law», *European Review of Private Law*, n° 6, 2010, pp. 1121 à 1154.
- 159.LEMAIRE, Sophie, JARROSSON, Charles et RICHER, Laurent, «Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif», *AJDA*, mars 2008, p. 617-621.

160.LICHERE, François,

- «Code des marchés publics: faut-il réformer la réforme de la réforme?», *AJDA*, 2005, p. 1.
- «L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics», in AUBY, Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007. 1 vol, pp.945- 968
- «Les contrats de partenariat, Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique?» *Revue du Droit public*, 2004, n° 6, pp. 1547-1568.
- «La définition contemporaine du marché public», *Revue du Droit public*, 1997, n° 6, pp. 1753-1781.
- «L'évolution des concessions en droit communautaire», http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/francois_liche.re.pdf (consulté le 20-04-14).
- «L'évolution du critère organique du contrat administratif», *RFDA*, 2002, n°2, pp. 341-251.

161.LIGNIERES, Paul,

- «Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'Etat», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 1, pp. 575-584.
- «Le droit communautaire et la distinction des activités régaliennes et non régaliennes», in Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007. 1 vol. I, pp. 983-996.
- «La frontière entre les délégations de service public et les contrats de partenariat, *Droit administratif*, Juillet 2005. Prat. 7.

162.LINARELLI, John, «Corruption in developping countries and in countries in transition: legal and economic perspectives», in ARROWSMITH, Sue, & DAVIES,

Arwel, *Public Procurement Global Revolution*, London-The Hague- Boston, Kluwer Law, 1998, pp. 125-137

163.LINDITCH, «Ententes et marchés publics», *JurisClasseur, Contrats et marchés publics*, Fascicule 36, 38 p.

164. LINOTTE, Didier « Existe-t-il in principe général du droit de la libre concurrence? *ADJA*, 2005, n° 28, pp. 1549-1553.

165.LLORENS, François

- «Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public», in *Gouverner, administrer, juger: liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, pp.301-318
- «Typologie des contrats de la commande publique», *Contrats et Marchés publics*, n° 5, mai 2005, pp. 12-25.
- «Mandat et code des marchés publics», in *Mouvement du droit public: du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits: mélanges en l'honneur de Franck MODERNE.*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 557-590.
- «Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel?», in *Mélanges offerts à Max Cluseau*, Toulouse, Presses I.E.P., 1985, 1985, p. 377.
- «La mission de maîtrise d'ouvrage délégué», *Revue de droit immobilier*, 1996, n° 4, pp. 463- 482.
- « La CJCE adopte une conception extensive de la notion de marché public de travaux», *Contrats et Marchés publics*, 2001, n° 9, comm. 154, pp. 10-12.
- « Unité et pluralité des délégations de service public », *Contrats et marchés publics*, 2003, n° 5, pp. 9-16.
- «La réglementation communautaire des marchés publics et le droit des concessions», *Revue du marché commun*, n° 332, décembre 1989, pp. 603-624.

- «Les contrats de partenariat (commentaire de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat), *Revue Juridique de l'Economie Publique*, 2004, n° 615, pp. 511-542.
- «Principe de transparence et contrats publics», *Contrats et marchés publics*, janv. 2004, pp. 4-18

166.LLORENS, François et SOLER-COUTEAUX, Pierre,

- «Feue la jurisprudence Société Entreprise Peyrot», *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2015, repère 4.
- «Les dérives de la notion de marché public», *Contrats et marchés publics* n° 12, décembre 2012, repère 11.
- «La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des directives marchés publics?», *Contrats et marchés publics*, n°10, 2013, pp. 1-2.

167.LOGOSSAH, Kinvi, SALOMON, Jean-Michel et SOLIGNAC LECOMTE, Henri
«L'Accord de Cotonou et l'ouverture économique: un partenariat modèle entre l'UE et les pays ACP», *Revue Région et Développement*, n°14, 2001, pp 13- 36.

168.LOMBARD, Martine, «L'impact du droit communautaire sur le service public», », in Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007. 1 vol. I, pp. 969-982.

169.LONG, Marceau, «Service public et réalités économiques du XIXème au droit communautaire», *RFDA*, 2001, n° 6, pp. 1161-1168.

170.LOUVARIS, Antoine, «Les organes et les procédures des contrats d'achat public», *Contrats et marchés publics*, 2005, n° 5, pp. 26-30

171.LUCIANI, Massimo, «L'anti-souverain: mutation de la société internationale et décision économique nationale», in A.I.D.C. (Académie internationale de droit constitutionnel) et al. (sous la coord. de), *Droit constitutionnel et mutations de la société internationale*, Tunis, Faculté de droit de Tunis, coll. Recueil des cours, 2003, pp. 111-155.

-
- 172.MACKIE, James, «Gestion et performance du FED », in Geert LAPORTE, (sous la dir. de) *L'accord de partenariat de Cotonou: Quel rôle dans un monde en mutation? Réflexions sur l'avenir des relations ACP-UE*, Maastricht, Centre européen de gestion des politiques de développement, 2007, pp. 95-103
- 173.MAHIOU, Ahmed, «Droit international et droit constitutionnel: de la non intervention à la bonne gouvernance», in *Droit constitutionnel et mutations de la société internationale, Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Tunis*, 2003, pp. 157-228.
- 174.MARCOU, Gérard,
- «L'arbitrage des contrats de l'administration, les enseignements du droit comparé et de l'arbitrage commercial international pour la réforme du droit français», in MARCOU, Gérard, FOLLIOT-LALLIOT, Laurence, GORDON, Daniel I., SCHOONER Steven L., SCHWARTZ Joshua et YUKINS, Christopher (sous la dir. de), *Le contrôle des marchés publics*, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche juridique de la Sorbonne, Paris, Ed. IRJS, 2009, pp. 373-389.
 - «La notion juridique de régulation», *AJDA* 2006, p. 347-353.
- 175.MARGUE, Tung-Lai MARGUE, «L'ouverture des marchés publics dans la communauté», 2e Partie, *Revue du marché unique*, p. 177-221.
- 176.MARTOR, Boris, THOUVENOT, Sébastien, «Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public-privé à la française», *RDAI*, n°2, 2004, pp 111-149.
- 177.MARTOR, Boris et DEGENNE, Véronique, «L'évaluation préalable des PPP: un passage obligé pour la réussite du partenariat», *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°4, juillet-août 2006, pp. 21-31
- 178.MARTOR, Boris et CARTRON, Aude-Marie, «Eclairage sur la révision du traité de l'OHADA», *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, Janv.-Fév. 2010, p. 31-36.

- 179.MARTY, Frédéric, VOISIN, Arnaud, «Le contrat de partenariat constitue-t-il une Private Finance Initiative à la française? Le périmètre du recours au contrat de partenariat à l'aune de l'expérience britannique», *RIDE*, 2006, n°2, pp. 131-153
- 180.MARTY, Frédéric, VOISIN, Arnaud, «les partenariats public-privé dans les pays en développement: Déterminants, risques et difficultés d'exécution», 2e journées de développement des GRES: Quel financement pour le développement, Université Montesquieu – Bordeaux 4, Bordeaux, novembre 2006.
<http://www.infotheque.info/cache/9183/beagle.u-bordeaux4.fr/jourdev/Programme.html> (dernière consultation le 26/02/2015).
- 181.MATTERA, Alfonso
- «La politique communautaire des marchés publics: nécessité ou souci de perfectionnisme? Quelques réflexions sur le livre de la Commission européenne», *Revue du marché unique européen*, n°4/1999 pp 9-53.
 - «Les marchés publics derniers rempart du protectionnisme des Etats», *RMUE*, 1993, pp. 5-12.
 - «Subsidiarité, reconnaissance mutuelle, hiérarchie des normes européennes», *R.M.U.E*, 1991, pp. 7-10.
- 182.MAUGÜE, Christine, «La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics», in *Mouvement du droit public: du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits: Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 609-624
- 183.MAUGÜE, Christine et TERNEYRE, Philippe, «Les délégations de service public en questions», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1997, n° 531, pp.131-146.
- 184.MBAYE GAHAMANYI, Bibiane, «Investissement, concurrence et marchés publics: chassés par la porte à l'OMC, les thèmes de Singapour reviennent par la fenêtre dans les APE», *Passerelles* (Publication du Centre international pour le commerce, l'intégration et le développement), mai-juin 2007, pp. 6-7.

-
- 185.MC CRUDDEN, Christopher, «Social policy issues in public procurement, a legal overview» in Sue ARROWSMITH, et Arwel DAVIES, *Public Procurement Global Revolution*, London-The Hague- Boston, Kluwer Law, 1998, pp. 219-239
- 186.MELLERAY, Fabrice,
- «Retour sur les lois de Rolland», in *Le droit administratif: permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, Paris Dalloz, 2007, pp. 709-722.
 - «Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel», *AJDA*, 2005, n° 12, pp. 637- 643
- 187.MENEMENIS, Alain,
- «L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?», *AJDA* 2004, pp.1737-1754.
 - «Les bases constitutionnelles du droit des marchés publics», *Droit administratif*, 2003, comm. n° 188.
- 188.MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, «La nouvelles délégation de service public», *Revue Générale des Collectivités Territoriales*, 2002, n° 23, pp. 225-233
- 189.MIALOT, Camille, «L'intégration du droit européen des marchés publics, les exemples de la France et de l'Espagne» in Mireille DELMAS-MARTY (sous la dir. de.), *Critique de l'intégration normative: l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, P.U.F, 2004, pp.113-138
- 190.MICHEL AMSELLEM, Valérie, «Les ententes entre soumissionnaires: les leçons de la jurisprudence», *Revue Concurrence et Consommation*, n°129, septembre-octobre 2002, pp. 14-20
- 191.MICHEL Louis, «L'accord de Cotonou profite au plus pauvre», in COMMISSION EUROPEENNE, Direction générale du développement et des relations avec les Etats ACP, *Accord de partenariat ACP-CE, signé à Cotonou le 23 juin 2000*,

- Révisé à Luxembourg le 25 juin 2005*, Luxembourg, office des publications officielles des communautés européennes, 2006, pp. 3-5.
- 192.MODERNE, Franck, «Faut-il «administrativiser» l'ensemble des marchés publics?», *AJDA*, 20 septembre 2001, pp 707-708
- 193.MONTI, Mario, «Marchés publics et marché unique», *Revue du marché unique européen*, n°4/1996 pp 5-8
- 194.MORAND, Charles-Albert, «La contractualisation du droit dans l'Etat providence», in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (sous la dir. de), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 139-158
- 195.MOREAU, David,
- «Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public», *AJDA*, n°27, 2003, pp.1418-1425
 - «Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de service public», *AJDA*, 2002, n°13, pp. 902-907.
- 196.MOREAU, Françoise, «L'Accord de Cotonou, genèse et architecture», in Daniel Perrot. *Les relations ACP / UE après le modèle de Lomé: quel partenariat?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 29-40.
- 197.MOREAU, Jacques « Les «matières contractuelles» », *AJDA* 1998, n° 10, pp. 747-752.
- 198.MOREAU, Luc «La contractualisation de l'exercice de la police administrative», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol.II, pp. 171-190
- 199.MULLER-QUOY, Isabelle, «Que reste-il des «transformations du droit public» de Léon Duguit?» in Geneviève KOUBI et Isabelle MLLER-QUOY (sous la dir. de), *Sur les fondements du droit public – De l'anthropologie au droit*, Bruylant, Bruxelles, 2003. pp. 135-150.

-
200. NGUYEN QUOC, Vinh, «L'argent public et le droit des contrats: essai sur l'unité du droit des contrats face à l'argent public», in *L'unité du droit: mélanges en hommage à Roland DRAGO*, Paris, Economica, 1996, pp. 293-313.
201. NIVAULT, Sébastien, «Les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence», *Contrats Publics*, n° 84, janvier 2008, pp. 47-50.
202. NOGUELLOU, Rozen,
- «Champ d'application organique», *JurisClasseur contrats et marchés publics*, fasc. 40, .
 - «L'office du juge de la régulation économique», *RDP*, n°2, 2014, pp. 329-339.
203. OCDE, «Huit problèmes particulier concernant les «économies de petites tailles»», *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2004/1, Vol. 6, pp. 99-103
204. OLIVA, Eric, «L'autonomie budgétaire et financière des autorités de régulation économique», *RDP*, 2014, n° 2, pp. 340-357.
205. OLIVIER, Frédérique
- «Le partenariat public-privé en pratiques... nouvelles ! Ou lecture guidée et essai de synthèse», *Contrat Marchés publics*, n° 3, 2005, pp. 5-14. Etude 3.
 - «Accès aux marchés publics», *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 60-40 Actualisé par Joseph Bon, 5 Septembre 2014.
206. Organisation internationale de droit du développement, «Les marchés publics dans les pays en développement, leçons apprises des activités récentes de l'IDLO», *Actualité de droit du développement*, n°1, 2007, pp 1-11.
207. PACTEAU, Bernard « Arbitrage. – arbitrages spéciaux. – Arbitrage en droit administratif», *JurisClasseur procédure civile*, fascicule 1048.
208. PAITRE, Jean-Pierre, Concl. sur CAA Paris, 11 oct. 1994, SARL EditorTennog c/ Commune de Houilles», *AJDA* 1994, n°12, pp. 901-903.
209. PEREON, Patrick, «La délégation des services publics administratifs», *AJDA* 2004, n° 27, pp. 1449-1459.

- 210.PESCATORE, Pierre, «L'Effet des directives communautaires, une tentative de démythification», *Dalloz* 1980, Chronique XXV, pp. 171-176.
- 211.PETIT, Bernard, « Le nouvel accord de partenariat ACP-UE », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2000, p. 215-219.
- 212.PETIT Jacques, «Nouvelles d'une antinomie: contrat et police», in *Les collectivités locales: mélanges en l'honneur de Jacques MOREAU*, Paris, Economica, 2002, pp. 345-360.
- 213.PETIT, Yves, «Fonds européen de développement », *Répertoire communautaire Dalloz*, 2005, 36 p.
- 214.PEYRICAL, Jean-Marc,
- «L'émergence du droit de la commande publique», *Le Moniteur-Contrats publics*, 2010, n°100, pp. 29-32.
 - «Note sous CE, 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais», *AJDA*, 1999, pp. 723-724.
- 215.PISIER, Evelyne, «Vous avez dit indépendantes? Réflexions sur les AAI», *Pouvoirs*, 1988, n° 46, pp. 71-83.
- 216.PIVETEAU, Denis, «Quelles portée doit être donnée à l'article 2 de la loi MURCEF?», Conclusion sur CE, Avis du 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisseries de Pantin, req. n° 246.921, *Bulletin juridique des Contrats Publics*, n° 25, 2002, pp. 427- 432.
- 217.PIWNICA, Emmanuel, «La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes», *RFDA*, 2010, n° 5, pp. 915-919.
- 218.PLATON, Sébastien, «Délégation de service public et concession de services en droit de l'Union européenne», *AJDA* 2013, n° 25, pp. 1448-1455
- 219.POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine, «les méthodes de la CNUDCI, le choix de l'instrument», *LPA* n° 252, du 18 décembre 2003, pp. 43- 53.
- 220.PONTHOREAU, Marie-Claire, «Trois interprétation de la globalisation juridique, Approche critique des mutations du droit public», *AJDA*, 2006, pp. 20-25

-
- 221.PREBISSY-SCHNALL, Catherine «Abus de position dominante», *JurisClasseur Contrats et marchés publics*, Fasc. 37, 19 p.
- 222.PREVOST, Jean-François «A la recherche du critère du contrat administratif (La qualité des contractants)», *RDP* 1971 pp. 817-842
- 223.QUILICHINI, Paule, «Réguler n'est pas juger», *ADJA*, 2004, n° 20, pp. 1060-1069.
- 224.RABU, Gaylor, «La mondialisation et le droit: éléments macrojuridiques de convergence des régimes», *Revue internationale de droit économique*, 2008/3, t. XXII, 3, pp. 335-356
- 225.RAMBAUD, Patrick, «Note sur l'extension du système CIRDI», in *Annuaire français de droit international*, volume 29, 1983. pp. 290-299.
- 226.RAPP, Lucien,
- «Les marchés des entreprises publiques et les accords du GATT», *AJDA* 1995, n°1, p. 9-19.
 - «La prise en compte du critère économique et financier dans les contrats publics: le risque d'exploitation», *Bulletin juridique des contrats publics*, n°9, mars 2000, pp. 82-91
- 227.RASMUSSEN, Vibeke et SCOTT, Jason, «Gestion du FED: sur le terrain », in Geert LAPORTE, (sous la dir. de). *L'accord de partenariat de Cotonou: Quel rôle dans un monde en mutation? Réflexions sur l'avenir des relations ACP-UE*, Maastricht, Centre européen de gestion des politiques de développement, 2007, p. 104-114.
- 228.RATRA, Shivani «Inde», in Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS (sous la dir. de) *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 701-713.
- 229.RAUX, Jean,
- « Afriques-Caraïbes-Pacifique», *Répertoire communautaire Dalloz*, 2003, pp. 1 à 33.
 - «Les principes structurants de la nouvelle politique envers les Etats ACP », in Daniel PERROT (sous la dir. de) *Les relations ACP / UE après le modèle de Lomé*:

quel partenariat?, *Les relations ACP / UE après le modèle de Lomé: quel partenariat ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 41-80.

230.REYNAUD, Thierry, «Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public», *BJCP* 2010, n° 70, p. 166-168.

231.RICHER, Laurent,

- «Le code du silence. A propos du code des marchés publics de 2004», *Revue du droit public*, n°6, 2004, pp. 1569-1592.
- «Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif», *AJDA*, 1997, n°1, pp. 3-9.
- «L'article 1er du Code des marchés publics doit-il être révisé?», *AJDA* 1993, n° spécial, pp. 13-17.
- «Hiérarchisation et pondération des critères: aperçu documentaire», *Contrats publics-ACCP*, 2004, n°12, pp. 49-55.
- «Que reste-t-il de la délégation de service public?», *AJDA* 2007, pp. 2225-2227
- «Remarques finales: les fins et les moyens» in Gérard MARCOU, Laurence FOLLIOT-LALLIOT, Daniel I. GORDON, Steven L. SCHOONER, Joshua SCHWARTZ et Christopher YUKINS (sous la dir. de), *Le contrôle des marchés publics*, Paris, Ed. IRJS, 2009, pp. 427- 433.

232.RIFFARD, Jean-François, «Les mutations de la norme: l'avènement d'un droit nivelé? Ou retour sur quelques aspects de la globalisation des droits», in Nathalie MARTIAL-BRAZ, Jean-François RIFFARD, Martine BEHAR-TOUCHAIS (sous la dir.de), *Les mutations de la norme: le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, 2011, pp 93-115 p.

233.RIVERO, Jean,

- «Existe-t-il un critère du droit administratif?», *RDP* 1953, pp. 279- 296
- «L'administré face au droit administratif», *AJDA*, 1995, n° spécial, pp. 147-150

-
- «Apologie pour les faiseurs de système», *Dalloz* 1951, Chronique, p. 99-102.
234. ROUQUETTE, Rémi, «Les marchés semi-publics», *AJDA* 1994, n° spécial, juillet-août, pp. 18-33.
235. RUELLAN, Aymeric «Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et le code des marchés publics», *Contrats publics-ACCP*, décembre 2004, n°12, pp. 36-39.
236. SABOURIN, Paul,
- «Les autorités administratives indépendantes dans l'État», in Claude-Albert COLLIARD et Gérard TIMSIT (sous la dir. de), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988. pp. 93-116.
 - «Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle», *AJDA*, 1983, p. 275-295.
237. SADRAN, Pierre, «Le Partenariat public-privé en France, catégorie polymorphe et inavouée de l'action publique», *Revue Internationale de sciences administratives*, 2004, n° 2, pp. 253-270.
238. SALAH, Mahmoud Mohamed,
- «La problématique du droit économique dans les pays du sud», *RIDE*, vol. 12 n°1, 1998, pp. 19-33.
 - «La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, Réflexion sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation», *RIDE*, 2001, n° 3, pp. 251-302.
 - «Les transformations de l'ordre public économique, vers un ordre public régulateur?», in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, pp. 261-289
239. SALOMON, Renaud, «Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière. Conformité aux garanties fondamentales» *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 1, 2001, pp. 40-47.

- 240.SANCHEZ GRAELLS, Albert «Public Procurement and State Aid: reopening the Debate?», *PPLR*, avril 2012, pp. 205-212.
- 241.SAULNIER, Frédéric, «Essai sur la gouvernance et les transformations actuelles du droit public», *Revue de la recherche juridique*, 2007, n°1, pp. 305-326
- 242.SCHWARZE, Jürgen, «La ratification du traité de Maastricht en Allemagne, l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe», *RMCE*, 1994, pp. 293-303.
- 243.SESTIER, Jean-François «Urgence et mise en concurrence dans les contrats publics», in *Contrats publics: mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, pp. 379-397.
- 244.SITBON, Patrick, «Choix du délégataire: que reste-t-il de l'*intuitus personae*?», *Contrats publics*, n° 100, juin 2010, pp. 121-123.
- 245.SOREL, Jean-Marc, «L'implication des conditionnalités économiques des institutions financières internationales sur les relations ACP-UE: modèle en crise ou crise des modèles», in Daniel PERROT (sous la dir. de). *Les relations ACP / UE après le modèle de Lomé: quel partenariat?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 462-491.
- 246.SORIEUL, Renaud, «Le mandat de la CNUDCI: une lecture évolutive», *LPA*, n° 252 du 18 décembre 2003, pp. 5-18
- 247.SOUBELET, Laurent, «Le clivage actes publics/actes privés à la lumière du droit communautaire: l'exemple de la distinction entre contrats publics et contrats privés», *LPA*, n° 54, mars 2005, pp 15-17
- 248.STAHL, Jacques-Henri, «L'application, par le juge administratif, de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence» Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 3 novembre 1997, Sté Yonne Funéraire, Sté Intermarbres, Sté Million et Marais, *RFDA*, 1997, pp. 1228-1243.
- 249.SYMCHOWICZ, Nil,

-
- «La notion de délégation de service public, critique des fondements de la jurisprudence « Préfet des Bouches-du-Rhône»», *AJDA*, n° 3, 1998, pp. 195-213.
 - Pour un code des contrats de la commande publique, *Contrats et marchés publics*, 2007, n°4, étude 4.
 - «Paradoxes sur les contrats de partenariat», *Contrats et marchés publics*, 2004, n° 12, pp. 8-16.
- 250.TAXIL, Bérangère, «Méthodes d'intégration du droit international en droit internes», in *Internationalisation du droit – Internationalisation de la justice*, Actes du 3e congrès de l'AHJUCAF, 21-23 juin 2010 à Ottawa, pp. 104-115
- 251.TEITGEN-COLLY, Catherine, «Les autorités administratives indépendantes, Histoire d'une institution», in Claude-Albert COLLIARD et Gérard TIMSIT (sous la dir. de) *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, pp. 21-73.
- 252.TERNEYRE, Philippe,
- «L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques: présentation du rapport», *Bulletin juridique des contrats publics*, n° 52, pp. 170-171.
 - «Marchés d'entreprise de travaux publics: marchés publics ou délégations de service public?» Note sous Conseil d'Etat, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, *RFDA*, 1996, n° 4, pp.718-722.
 - «L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs», *AJDA*, 1996, n° 6, pp. 84-91.
 - «Les montages contractuels complexes», *AJDA*, n° spécial *Transparence, financement, exécution: unité et diversité d'un droit en mutation*, 1994, pp. 43-58.
 - «Les nouveaux contrats de partenariat et la typologie des instruments du partenariat public-privé», *Revue de droit immobilier*, 2003, n° 6, pp. 520-522.

253. TERNEYRE, Philippe et VEROT, Célia, « Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », *AJDA*, n°17, mai 2008, p. 905-910.
254. TIMSIT, Gérard,
- «Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation», *RFAP*, 1996, n° 78, pp. 375-394
 - «La régulation, la notion et le phénomène», in *La régulation, Nouveaux modes? Nouveaux territoires?* *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 5-12
255. TRIANTAFYLLOU, Dimitris,
- «Les règles de la concurrence et l'activité économique y compris les marchés publics», *RTDE* 1996, n°1, pp. 57-75.
 - «Évolutions de la notion de concession de service public sous l'influence du droit communautaire - À l'occasion de l'arrêt du 12 janvier 1996 de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), *British Telecom*», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1997, n° 411, pp. 558-566.
256. TROSA, Sylvie, MARTY, Frédéric et VOISIN, Arnaud, « Le « chaînon manquant » des contrats publics : les partenariats public-privé, entre marchés publics et délégation de service public », *Pouvoirs locaux* 59,, 2003, p. 10-20.
257. TUCKER, Tim, « A critical analysis of the procurement procedures of the World Bank », in ARROWSMITH, Sue & DAVIES, Arwel, *Public Procurement Global Revolution*, Kluwer Law, London-The Hague- Boston, , 1998, pp 1998, pp. 139-157.
258. TUSSEAU, Guillaume «Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de «notion fonctionnelle», *RFDA*, 2009, pp. 641-656.
259. UBAUD-BERGERON, Marion, «Loi MURCEF, la définition législative des délégations de service public» *JCP Générale*, 2002, n° 14, I, pp. 649-656.
260. ULLRICH, Hanns, «La mondialisation du Droit économique: vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif», *RIDE*, 2003, PP. 291-311

261. VEDEL, Gorges,

- «Les bases constitutionnelles du droit administratif», *Etudes et Document du Conseil d'Etat*, n° 8, 1954, pp. 21-53.
- «De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires)», *JCP G*, 1948, I, n° 682.

262.«La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative», *JCP G*, 1950, I, n° 851

263.VERDEAUX, Jean Jacques, «La lutte contre la corruption dans les marchés financés par la Banque mondiale» *Contrats Publics*, 2006, n°51 pp. 50-53.

264.VIAUD, Pierre, «Union européenne et Union économique et monétaire de l'ouest africain: une symétrie raisonnée», *RMCUE*, n° 414, 1998, p. 15-25

265.WALINE, Marcel, «Elément d'une théorie de la juridiction constitutionnelle», *RDP*, 1928, pp. 441-462.

266.WEIL, Prosper,

- «Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés», in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel STASSINOPOULOS: problèmes de droit public contemporain*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 217-227.
- «Le critère du contrat administratif en crise», in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, vol. 2, pp. 831-848,

267.YUKINS, Christopher R. et FOLLIOT-LALLIOT, Laurence, « Révision de la loi type sur les marchés publics de la CNUDCI», *Contrats publics*, n°51, 2006, n° 51, pp. 36-40.

268.ZAVOLI, Philippe, «Appel d'offres», *JurisClasseur Contrats et Marchés Public*, Fasc. 61-10

269.ZIEGLER, Andreas. R., «De l'inévitable internationalisation de la procédure administrative: l'exemple des marchés publics», in *Mélanges en l'honneur de Pierre MOOR*, Berne, Staempfli, 2005, pp. 623-636.

E. RAPPORTS ET DOCUMENTS DE TRAVAIL

1. AFRIQUE-CARAÏBES-PACIFIQUE (groupe des Etats) et Conseil de l'Union européenne, *Résultat des travaux de la 32e session du Conseil des ministres ACP-CE du 25 mai 2007*, Bruxelles, 23 mai 2008, (ACP/21/004/07), 61 p.
2. AGENCE FRANÇAISE de DEVELOPPEMENT
 - *L'agence française de développement partenaire du développement durable : à propos des partenariats publics privés*, <http://www.afd.fr/webdav/shared/PUBLICATIONS/THEMATIQUES/paroles-d-acteurs/03-paroles-d-acteurs.pdf>
 - Le partenariat public-privé à l'agence française de développement: une approche renouvelée», Paris, 2002, <http://www.afd.fr>
 - Le partenariat public-privé un instrument incontournable de développement et de croissance durable, <http://www.afd.fr>
3. AUGENBLICK, Mark et CUSTER, B. Scott, *The build, operate, and transfer (« BOT ») approach to infrastructure projects in developing countries*, Washington, D.C., World Bank Legal Dept., 1990, 46 p.
4. BANQUE MONDIALE,
 - Rapport annuel 2005, Vol. 1. , Washington, DC., World Bank. <http://hdl.handle.net/10986/7537>
 - Rapport annuel 2010, Washington, DC., World Bank <http://go.worldbank.org/IXIFBBWE40>
 - Rapport annuel 2011, Washington, DC., World Bank <http://go.worldbank.org/TM7ZCAFF60>.
 - Banque mondiale et Mécanisme consultatif pour le partenariat public-privé en infrastructure (PPIAF), *Public-Private Partnership Units: Lessons for their Design and Use in Infrastructure*, Banque mondiale, Washington DC, 2007, 106 p.

-
5. BANQUE MONDIALE et Mécanisme consultatif pour le partenariat public-privé en infrastructure (PPIAF), *Public-Private Partnership Units: Lessons for their Design and Use in Infrastructure*, Banque mondiale, Washington DC, 2007, 106 p.
 6. BILAL, Sanoussi, HOUEE, Sophie et SZEPESEI, Stefan *Rexpaco- La dimension commerciale du partenariat ACP-UE: l'Accord de Cotonou et les APE*, Document de réflexion ECDPM, n° 60, Maastricht, ECDMP, 61 p.
 7. CHASSIN, Youri et JOANIS, Marcelin, *Détecter et prévenir la collusion dans les marchés publics en construction- Meilleures pratiques favorisant la concurrence - Rapport de projet*, Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations, Montréal, CIRANO, 2010, 60 p.
 8. CNUDCI, CPI/Groupe de travail infrastructures, *Projets de textes relatifs au cadre juridique des B.O.T, observations et éléments de discussions*, 7 p.
 9. COMMISSION EUROPEENNE, *Réforme de l'aide extérieure: quatre ans après (2000–2004)*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés Européennes, 2004, 8 p.
 10. COMMISSION EUROPEENNE - Direction Générale du Développement, *20 questions réponses sur la convention de Lomé entre la Communauté Européenne et les pays de l'espace Afrique-Caraïbes-Pacifique*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés Européennes, 1996, 27 p.
 11. COMMISSION EUROPEENNE, OFFICE DE COOPERATION EUROPEAID, *La mise en œuvre de l'Aide extérieure de la Commission européenne situation au 1er janvier 2001*, Document de travail , 197 p Disponible sur le site de la Direction générale Développement et Coopération–EuropeAid (Consulté le 10/05/2013)
http://ec.europa.eu/europeaid/multimedia/publications/index_fr.htm,
 12. COUR DES COMPTES EUROPEENNE,
 - Rapport spécial n° 11/2010, *La gestion, par la Commission, de l'appui budgétaire général dans les pays ACP, ainsi que dans les pays d'Amérique latine et d'Asie*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, 77 p.

- Rapport spécial n° 8/2003 relatif à l'exécution des travaux d'infrastructures financés par le FED, accompagné des réponses de la Commission, (2003/C181/01), Journal officiel de l'Union européenne, n° C181 du 31 juillet 2003, pp. 1-28.
- 13. DIRECTION GENERALE DEVELOPPEMENT ET COOPERATION - EUROPEAID: *EU, the largest donor in the world*, 2011, publié sur le site d'EuropeAid:
http://ec.europa.eu/europeaid/infopoint/publications/europeaid/259a_en.htm .
- 14. DUFAU, Jean-Pierre et SQUARE, Alioune, *Les accords de partenariat économique (APE) entre l'Union européenne et 79 Etats d'Afrique, Caraïbes, Pacifique*, Rapport présenté lors de la Session parlementaire de la francophonie, Kinshasa 5-8 juillet 2011.
- 15. ELLMERS, Bodo et PEREIRA, Javier, *Comment mieux dépenser l'aide, des marchés publics pour une aide efficace*, Rapport EURODAD, septembre 2011, 27 p.
- 16. FARRUGIA, Christine, REYNOLDS, Tim et ORR, Ryan J. «Public-Private Partnership Agencies: A Global Perspective», Working Paper, n° 39, août 2008.
- 17. MARTY, Frédéric, VOISIN, Arnaud, «Les partenariats public-privé dans les pays en développement: les enjeux contractuels», Groupe de recherche en économie, droit et gestion Document de travail n° 2005-9, Nov. 2005,
- 18. MAVROIDIS, Petros et HOEKMAN, Bernard, *The World Trade Organization's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership?*, Policy research paper 1429, Word Bank, 1995, 21 p.
- 19. MBAYE GAHAMANYI, Bibiane, DANSOKHO, Mamadou et DIOUF, Mamadou, *Explique moi l'accord de partenariat ACP- CE*, Manuel de facilitation à l'intention des acteurs non étatiques de l'Afrique de l'Ouest, Document édité par la Fondation Friedrich Ebert et Enda Tiers-Monde., Publié sur le site de la Fondation: (consulté le 10/05 2013)

[www.fes.de/cotonou/downloads/fesdownloads/userguides/COTONOUMANUELFRV
ERS.PDF](http://www.fes.de/cotonou/downloads/fesdownloads/userguides/COTONOUMANUELFRV
ERS.PDF)

20. OCDE,

- Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, *Les économies de petite taille et la politique de la concurrence: document de référence*, n° CCNM/GF/COMP (2003) 4, disponible sur le site de l'OCDE <http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP%282003%294&docLanguage=Fr> (consulté le 18/04/2014).
- Enquête 2011 de suivi de la mise en œuvre de la Déclaration de Paris
- Enquête 2008 de suivi de la mise en œuvre de la Déclaration de Paris
Rendre l'aide plus efficace d'ici 2010, janvier 2009, 160 p.

21. ORGANISATION MONDIALE du COMMERCE,

- *Examen des politiques commerciales, Bénin, Burkina Faso et Mali*, 30 août 2010, WT/TPR/236/, www.wto.org/french/tratop_f/tpr_f/tp336_f.htm
- *Examen des politiques commerciales, Pays de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), Rapport du secrétariat*, 24 juin 2013, WT/TPR/S/285, Annexe I Cameroun,

22. WOOD Bernard, KABELL Dorte, SAGASTI Francisco et MUWANGA Nansozi, *Évaluation de la mise en œuvre de la déclaration de Paris, première phase, rapport de synthèse*, juillet 2008.

23. WOOD Bernard, BETTS Julia, ETTA Florence, GAYFER Julian, KABELL Dorte, NGWIRA Naomi, SAGASTI Francisco et SAMARANAYAKE Mallika, *Évaluation de la mise en œuvre de la déclaration de Paris, Phase 2, Rapport Final*, Copenhague, juin 2011.

24. WORLD BANK, *Adjustment in Africa, Reforms, Resultats, and the road ahead*, Oxford University Press, 1994

II. DROIT AFRICAIN

A. BIBLIOGRAPHIE GENERALE

1. Ouvrages, Manuels, Traités

1. ABWA, Daniel, (sous la dir. de) *Dynamiques d'intégration régionale en Afrique centrale: intégration - Afrique Centrale, Actes de Colloque, Yaoundé, 26 - 28 avril 2000*, vol. 1, Yaounde, Presses Universitaires de Yaoundé, 2001, 467 p.
2. ARROWSMITH, Sue et QUINOT, Geo, (sous la dir.), *Public procurement regulation in Africa*, Cambridge, UK, Royaume-Uni, 2013, 429 p.
3. BOCKEL, Alain, *Droit administratif*, Dakar, Nouvelles éditions africaines, 1978, 541 p.
4. BOYE, Abd-el Kader (sous la dir. de), *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan Dakar, Lomé, Nouvelles éditions africaines, 1982, 458 p.
5. BRETON, Jean-Marie, *Droit public congolais*, Paris, Economica, 1987, 802 p.
6. CONAC, Gérard et DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean, *Les Cours suprêmes en Afrique*, vol. 10, éd. Centre d'études juridiques et politiques du monde africain, Paris, Economica, 1988, 388 p.
7. CONAC, Gérard, *Les Grands services publics dans les Etats francophones d'Afrique noire*, Economica, 1984, 442 p.
8. CORREA, Joseph Jean-Louis, *L'OMC à l'épreuve des Accords de Partenariat Economique et de l'intégration économique africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 304 p.
9. FAU-NOUGARET, Matthieu (sous la dir.) *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Actes du colloque organisé par le Centre d'Etudes et de Recherches sur les Droits Africains et le Développement institutionnel des pays en développement et l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, à Bordeaux les 28 et 29 septembre 2009, Paris, l'Harmattan, 2012, 477 p.

-
10. GALLETTI, Florence, *Les transformations du droit public africain francophone: entre étatismisme et libéralisation*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 682 p.
 11. GEMDEV (Groupement d'intérêt scientifique pour l'étude de la mondialisation et du développement), *Les avatars de l'État en Afrique*, Paris, Éd. Karthala, 1997, 338 p.
 12. HOURQUEBIE, Fabrice, (sous la dir. de), *Quel service public de la justice en Afrique francophone?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 216 p
 13. LAVERGNE, Réal, (sous la dir. de), *Intégration et coopération régionale en Afrique de l'Ouest*, Paris, Ottawa, éd. Karthala et CRDI, 1996, 406 p.
 14. REMONDO, Max, *Le droit administratif gabonais*, Paris, LGDJ, 1987, 303 p.
 15. SALAMI, Ibrahim, *La protection de l'Etat de droit par les cours constitutionnelles africaines: analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, Lille, ANRT, 2006, 445 p.
 16. SANI YAYA, Hachimi, *Les privatisations en Afrique occidentale, entre mythes et réalités, promesses et périls: l'administration publique africaine à la croisée des chemins*, Presse de l'Université de Laval, Collection Nord-Sud, Québec, 2007, 325 p.
 17. SOGLOHOUN, Comlanvi Prudent Tchihoungnan, *Le juge constitutionnel dans le processus de démocratisation en Afrique, Analyse comparée des cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo*, Paris, Presse Universitaire francophone, 2013, 656 p.
 18. TONYE, Arlète, *Pratique juridique des financements structurés en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2012, 304 p.
 19. VUNDUAWA TE PEMAKO, Félix, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2007, 1 vol. 958 p.
 20. WODIE, Francis, *Les institutions internationales régionales en Afrique occidentale et centrale*, Paris, LGDJ, 1970, 274 p.

2. Thèses

1. AMOUSSOU GUENOU, Roland, *le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1995, 2 vol. 721 p.
2. CHITOU, Ibrahim, *La privatisation des entreprises du secteur moderne en Afrique subsaharienne: Bénin, Côte d'Ivoire, Sénégal, Togo*, Thèse de doctorat en Sciences économiques, Université Paris 1, 1991, 440 p.
3. EPOMA, François, *L'intégration économique sous-régionale en Afrique: l'exemple de l'Afrique centrale*, Thèse de doctorat, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2005, 392 p.
4. FISCHER, Bénédicte, *Les relations entre l'administration et les administrés au Mali: contribution à l'étude du droit administratif des Etats d'Afrique subsaharienne de tradition juridique française*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Grenoble, 2011, 701 p.
5. GBEOU-KPAYILE, Nadjombé, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes dans les Etats d'Afrique noire francophone Les cas du Bénin, du Niger et du Togo*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers-Université de Lomé, 2011, 487 p.
6. GOUNOU SALIFOU, Abdoulaye, *Droit et pratique des marchés publics en Afrique de l'ouest francophone: cas de la République du Bénin*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Lomé, 2007.
7. KAWME-MOUAFFO, Marie-Colette, *Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence: Union européenne (U.E.) et Communautés d'Afrique subsaharienne (UEMOA et CEMAC)*, Thèse de doctorat, Université Montpellier I. UFR Droit, 2007, 581 p.
8. NACH MBACH, Charles, *Genèse et dynamiques des réformes décentralisatrices dans les Etats d'Afrique subsaharienne (1900-2000): une approche comparée: Bénin, Burkina Faso, Gabon, Cameroun, Mali, Niger*, Thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 2000, 2 vol., 283 p et 253 p

-
9. NSALOU NKOUA, Lewis, *Les marchés publics et le développement économique au Congo*, Thèse de doctorat, Université Paris-Sud, 2012.
 10. SOURANG, Moustapha, *La technique contractuelle dans les rapports Etats-entreprises étrangères : contribution à l'étude des conventions d'établissement conclues par les Etats africains*, Doctorat d'Etat, Droit public, Université Bordeaux 1, 1980.

3. Articles et contributions

1. AFEIKHNA Jérôme, «La participation du secteur privé aux infrastructures en Afrique» in Banque africaine de développement et Nations-Unis (Commission économique pour l'Afrique), *Mondialisation, institutions, et développement économique en Afrique*, Actes de la conférence économique 2008, Paris, Economica, 2010 pp. 301-327
2. AHOUTOU, Koffi «Understanding the political economy of procurement reforms for better results in Africa», Actes du *Forum de haut niveau: les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle*, Banque africaine de développement, Tunis 16-17 novembre 2009, Disponible sur le site de la BAD: <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283/>
3. AMOUSSOU GUENOU, Roland, « Les investissements étrangers en Afrique et l'arbitrage international », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, septembre 1998, p. 7-10.
4. ASSOGBAVI, Komlan, « L'arbitrage international et le traité OHADA », *Revue togolaise de droit des affaires et d'arbitrage*, mars 2000, p. 13-24.
5. BIKOUMOU, Bienvenu Roland Michel, «La réglementation des marchés publics au Congo: aspects préjudiciables aux entreprises», *Revue juridique et politique*, 2006, n°3, pp. 391-411

6. BITJOCA, Lebris Gustave, «L'élection comme mode de (re)fondation du pouvoir d'Etat en Afrique», Actes du colloque sur Pouvoirs et Etats en Afrique francophone, *Droit Sénégalais*, 2010, n° 9, 145-184,
7. BIPELE KEMFOUEDIO, Jacques «Droit communautaire d'Afrique centrale et constitution des Etats membres: la querelle de primauté», *Annales de la faculté des sciences juridiques et politique de l'Université de Dschang*, tome 13, 2009, pp. 109-134.
8. BOCKEL, Alain, « Les contrats administratifs », in BOYE, Abd-el Kader (sous la dir. de), *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, vol. 9, Abidjan Dakar, Lomé, Nouvelles éditions africaines, 1982, pp. 213-272.
9. BOUMAKANI, Benjamin
 - «La régulation des services publics en réseau en Afrique», in *Espaces du service public: mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, vol. I, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 71-110.
 - «Les médiateurs de la République en Afrique Noire francophone: Sénégal, Gabon et Burkina-Faso», *RIDC*, av.-juin 1999, Vol. 51 n°2, pp. 307-329
10. BOURENANE, Naceur, «Des fondements théoriques et stratégiques de la construction communautaire», in LAVERGNE, Réal, (sous la dir.), *Intégration et coopération régionale en Afrique de l'Ouest*, Paris, Ottawa, éd. Karthala et CRDI, 1996, pp. 63-80
11. CABANIS, André, «Dire le droit en Afrique francophone, Rapport de synthèse», in Mamadou BADJI, Olivier DEVAUX et Babacar GUEYE, (sous la dir. de), *Droit sénégalais*, 2013, n° 11, pp. 303-318.
12. CONAC, Gérard,
 - «Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone», in *L'État de droit: Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 105-119
 - «Le développement administratif des Etats d'Afrique noire», in Gérard

CONAC (sous la dir. de), *Les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique noire*, Paris Economica, 1979, pp. V-LXIV

13. DEGNI-SEGUI, René, «L'accès à la justice et ses obstacles», in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, Éditions AUPELF-UREF, 1994, pp. 241-256.
14. DIARRA, Abdoulaye, «Les autorités administratives indépendantes dans les Etats francophones d'Afrique noire – Cas du Mali, du Sénégal et du Bénin, *Afrilex*, 2000/00, 25 p.
15. DIENG, Françoise «L'harmonisation en question», Les droits communautaires africains, Actes du colloque organisé par le CREDILA et LEJPO les 27 et 28 avril 2006 à Saly (Sénégal), *Nouvelles annales africaines, Revue de la faculté de droit et de science politique*, n°1, 2007, pp. 38-41
16. DIMA EHONGO, Paul, «L'intégration juridique des économies africaines à l'échelle régionale et mondiale», in DELMAS Marty, (sous la dir. de), *Critique de l'intégration normative: l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, PUF, 2004, 330 p.
17. du BOIS de GAUDUSSON, Jean,
 - «Soutien au processus démocratique et conditionnalité de l'aide internationale: question sur les dangers d'une liaison fatale», in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, pp. 665
 - «Trente ans d'institutions constitutionnelles et politiques, Points de repère et interrogations», *Afrique contemporaine*, n° spécial, 1992, pp. 50-58
 - «Crise de l'Etat interventionniste et libéralisation de l'économie en Afrique», *RJPIC*, 1984, vol. 38 / 1, pp. 1-11.
 - «Le juriste français et l'institution des autorités administratives indépendantes en Afrique», in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs: Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 65-76.

- «Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone», *Afrique contemporaine*, 1990, n° spécial, pp. 6-12.
 - «La justice en Afrique: nouveaux défis, nouveaux acteurs», Introduction thématique, *Afrique contemporaine*, 2014/2 n° 250, pp. 13-28
18. ECO FINANCE, «Le volume des marchés publics en Afrique dépasse 50 milliards de dollars» Publication du 10 juillet 2012: <http://www.agenceecofin.com/gestion-publique/1007-5705-le-volume-des-marches-publics-en-afrique-depasse-50-milliards>
19. FALL, Alioune Badara,
- «Réflexion sur quelques procédés non juridictionnels de règlement des litiges administratifs», in Dominique DARBON, Jean du BOIS de GAUDUSSON, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 421- 44.
 - «Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics, pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique» Afrilex, 2003, <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/le-juge-le-justiciable-et-les.html>.
20. FAU-NOUGARET, Matthieu, «Originalité et convergence des phénomènes de décentralisation en Afrique subsaharienne», *Afrilex*, 2009.
21. FENEON, Alain, «Le nouveau code des marchés publics Gabonais», *RJP*, 2003, n° 4, pp. 59-69.
22. FILLE-LAMBIE, Olivier, « Aspects juridique des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA», *Revue de droit des affaires internationales*, n° 8, 2001, pp 925-968
23. FOUDA, Guillaume, «L'accès au droit : richesse et fécondité d'un principe pour la socialisation juridique et l'Etat de droit en Afrique noire francophone», *Afrilex*, 2000/1, 11 p.
24. GNAHOUI David R., «Bilan critique de l'action du Fonds Monétaire International et de la Banque Mondiale à l'égard des pays en voie de développement dans les

-
- dernières années (1982-2002)», Première partie, *Revue Africajuris*, n° 53-54 du 23 janvier au 5 fév. 2003, pp 4-9, Deuxième partie, *Revue Africajuris*, n° 53-54 du 06 au 19 fév. 2003, pp. 9-12
25. GOBERT, Romuald Bienvenu, «De la conditionnalité économique à la conditionnalité politique: les vicissitudes de la démocratie en Afrique subsaharienne francophone», *RJP*, n°2, 2007, p-p. 149-179
26. HIBOU, Béatrice, «Contradictions de l'intégration régionale en Afrique centrale », *Politique africaine*, 1994, pp. 66-73.
27. HUGON, Philippe «Marginalisation et intégration en Afrique dans un contexte d'unification européenne», in MAPPA, Sophia (sous la dir. de), *L'Europe des douze et les autres, intégration ou auto-exclusion?*, Publication du Forum de Delphes, Paris, Karthala, 1992, pp. 331 à 362.
28. HUNJA, Robert, «Obstacles to public procurement reform in developing countries», in ARROWSMITH Sue & TRYBUS, Martin, *Public procurement: the continuing revolution*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2003, pp. 13-22.
29. KAMTO, Maurice, «Les rapports Etats société civile en Afrique», *RJPIC*, n° 3, octo-déc 1994, pp 285-291.
30. KANTE, Babacar «Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique», in *Constitutions et pouvoirs, mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Monchrétien-Lextenso, 2008, pp. 265-276.
31. LATH, Sébastien Y. «Les caractères du droit administratif des États africains de succession française. Vers un droit administratif africain francophone?», *RDP*, 2011, n° 5, pp. 1255-1288.
32. LICHERE, François, MARTOR, Boris, «Eessor des partenariats publics privé en Afrique: Réformes en cours et perspectives d'avenir», Dossier Droit des contrats publics: un enjeu économique majeur, *RDAI*, n°3, 2007, pp 297-311.
33. MANCUSO, Salvatore, «Le nouveau droit africain : au delà des différences entre la common law et le droit civil», Actes du XXXI Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression Française, *RJP*, 2009, n° 3, pp. 417- 437

34. MATHIS, Jean, *Gestion et finances publiques en Afrique francophone*, avril 2011, <http://blog-pfm.imf.org/pfmblog/2011/04/gestion-et-finances-publiques-en-afrique-francophone.html>
35. MEBIAMA, Guy Jean Clément, «L'évolution du droit administratif congolais», *RJP*, 2008, n° 2, pp. 209-266.
36. Médard, Jean-François «L'Etat patrimonialisé », *Politique Africaine*, 1990, n° 39, pp. 25-36
37. MOMO, Claude, «L'évolution du modèle de justice administrative en Afrique subsaharienne francophone», *RJP*, 2013, n° 3, pp. 314-361
38. MOUDOUDOU, Placide,
- «Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone», *Revue juridique et politique*, 2010, n° 1, pp. 43-97
 - «Le droit administratif: source partielle du droit des organisations internationales africaines», *Revue EDJA*, 2006, n° 68, pp. 51-79.
39. NIANDOU SOULEY, Abdoulaye, «Ajustement structurel et effondrement des modèles idéologiques : Crise et renouveau de l'État africain», *Études internationales*, 1991, n° 2, vol. 22, pp. 253-265.
40. ONDOA, Magloire, «Le droit administratif français en Afrique francophone: contribution à l'étude de la réception des droits étrangers en droit interne», *RJPIC*, 2002, n° 3, pp. 287-333.
41. PAGNOU, Sasso D., «Les récentes évolutions de la gestion publique financière au Togo», *Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, juin 2012, 15 p.
42. PLANE, Patrick, «Les services publics africains à l'heure du désengagement de l'Etat», *Problèmes économiques*, n° 2.587 du 21 octobre 1998, pp 21-27
43. SAMB, Moussa, «Privatisation des services publics en Afrique Subsaharienne», *Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, juin 2009, 39 p.

-
44. SAKHO, Abdoulaye, «Méthodologie et contenu d'une harmonisation des règles du marché des télécommunications dans le CEDEAO», Les droits communautaires africains, Actes du colloque organisé par le CREDILA et LEJPO les 27 et 28 avril 2006 à Saly (Sénégal), *Nouvelles annales africaines, Revue de la faculté de droit et de science politique*, n°1, 2007, pp. 24-36.
 45. SY, Demba, «Justice administrative et droit administratif en Afrique. Un bilan», in *Espaces du service public: mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, vol. I, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 653-670
 46. TALL, Saïdou Nourou, «L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers: les Etats d'Afrique subsaharienne devant le tribunal CIRDI », *Revue EDJA*, mars 2003, p. 53 83.
 47. Jean-Marie TCHAKOUA, «Pouvoir normatif, régionalisation et mondialisation en Afrique», *L'Afrique politique*, 2002, pp. 343-358
 48. TREMOLET, Sophie, «Un point sur les privatisations de l'eau en Afrique», *Annales des mines*, avril 2006, pp. 59-68.
 49. WILLIAMS-ELEGBE, Sope, «The World Bank's Influence on Procurement Reform in Africa », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 21 / 1, février 2013, p. 95-119.

4. Rapports

1. BANQUE AFRICAINE DE DEVELOPPEMENT, FAD (Fonds africain de développement), «Politique en matière de coopération économique et d'intégration régionale», in Publications de la BAD, février 2000 disponible sur le site de la BAD www.afdb.org.
2. BANQUE AFRICAINE DE DEVELOPPEMET, FAD, Rapport d'évaluation du projet d'appui à la réforme des systèmes des marchés publics dans l'espace UEMOA-Phase II, Disponible sur le site de la BAD:
www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/MN-2006-

[134-FR-ADF-BD-WP-UEMOA-RE-APPUI-LA-REFORME-DES-SYSTEMES-DES-MARCHES-PUBLICS-PHASE-II.PDF](#)

3. Banque africaine de développement (BAD), Banque mondiale (BM), Centre du commerce international CNUCED/OMC, Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Rapport de la Conférence sur la réforme des marchés publics en Afrique*, Abidjan, Côte d'Ivoire, 30 novembre - 4 décembre 1998, Rapport disponible sur le site des marchés publics de l'UEMOA:
<http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/12484020724f67176d2bc03.pdf>.
4. *Forum de haut niveau: les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle*, Banque africaine de développement, Tunis 16-17 novembre 2009: <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283/>
5. BERTHELEMY, Jean-Claude (sous la dir. de), Les privatisations en zone franc : synthèse des travaux du groupe de travail MINEFI / AFD, Document de travail n° 28, septembre 2006, 43 p. (Agence Française de Développement- Département de la Recherche)
6. HOANG GIA, Luc et Thomas, FUGELSNES, «Délégation de gestion du service d'eau en milieu rural et semi urbain, Bilan sur sept pays africains» (Bénin, Burkina Faso, Rwanda, Sénégal, Mali, Niger, Mauritanie), Note de terrain, Water and Sanitation Program, octobre 2010, 28 p.
7. CHAVANE, Bruno, *Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone: une étape de la démocratisation*, Genève, Bureau international du travail, 1996, 1^{ère} éd., 77 p.
8. FONDS AFRICAIN DE DEVELOPPEMENT, *Rapport d'évaluation du projet d'appui à la réforme des systèmes des marchés publics dans l'espace UEMOA-Phase II*, Disponible sur le site de la BAD:

www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/MN-2006-134-FR-ADF-BD-WP-UEMOA-RE-APPUI-LA-REFORME-DES-SYSTEMES-DES-MARCHES-PUBLICS-PHASE-II.PDF

9. HIBOU, Béatrice et VALLEE, Olivier *Energie du Mali, ou les paradoxes d'un «échec retentissant»*, Agence Française de développement, Document de travail n°37, janvier 2007, 40 p.
10. KERF, Michel et SMITH, Warrick, *Privatizing Africa's Infrastructure, Promise and Challenge*, World Bank Technical Paper, n° 337, 1999/09, 99 p.
11. NATIONS UNIES, Département des affaires économiques et sociales, *Monographie sur les réformes de l'administration publique de quelques pays africain, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Ghana, le Sénégal*, Nations Unies, 1999.
12. PONTY, Nicolas, Commerce international et développement: règle et enjeux pour l'Afrique, Document de travail, Bordeaux, Centre d'économie du développement, 2006, 70 p.
13. THORRANCE, Laurent, FALL, Alioune, LECERF, Michel, et MICHAUX, Pierre, «Organisation d'une conférence régionale sur les partenariats public-privé à Dakar», Etude sur les PPP, juin 2008, 90 p.
14. THORRANCE, Laurent, FALL, Alioune, LECERF, Michel, et MICHAUX, Pierre, «Organisation d'une conférence régionale sur les partenariats public-privé à Dakar», Catalogue Méthodologique, juin 2008, 70 p.

B. BIBLIOGRAPHIE SPECIALE SUR LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

1. UEMOA

a. Ouvrages

1. AIF (Agence Intergouvernementale de la Francophonie), *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA*, actes du séminaire sous-régional, Ouagadougou-Burkina Faso, 6-10 octobre 2003, Éd. GIRAF, 2003, 216 p.
2. BAKHOUM, Mor, *L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union économique et monétaire Ouest africaine (UEMOA)*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 425 p.
3. CEREXHE, Etienne et LE HARDY DE BEAULIEU, Louis, *Introduction à l'Union économique ouest africaine*, Bruxelles, De Boeck, 1977, 157 p.
4. COULIBALY, Abdrahamane Oumar, *Le cadre juridique et institutionnel de la concurrence dans l'espace UEMOA, contribution à l'assainissement Juridique de l'environnement Economique des Entreprises*, Sarrebruck, Editions Universitaires Européennes, 2010, 324 p.
5. MBACKE, Mouhamadou M., *La Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine – son organisation, ses compétences et ses règles de procédure*, Dakar, Editions juridiques africaine, 1999, 118 p.
6. NDOYE, Doudou, *L'Union économique et monétaire ouest africaine : U.E.M.O.A. Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal, Togo, Guinée Bissau. traité du 10 janvier 1994, révisé le 29 janvier 2003*, Dakar, EDJA, 2003, 406 p.
7. OUEDRAOGO, Djibrihina, *L'autonomisation des juridictions financières dans l'espace UEMOA, Etude sur l'évolution des Cours des comptes*, Paris, Presses Académiques Francophones, 2014, 645 p.
8. SAKHO, El Hadji Abdou et DUFRENOT, Gilles, *Enjeux des politiques macroéconomiques des pays de l'UEMOA*, Paris, Organisation Internationale de la francophonie, Economica, 2008, 266 p.
9. SALL, Alioune,
 - *La justice de l'intégration, Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Dakar, Editions CREDILA, 2011, 398 p.
 - *Les mutations de l'intégration des Etats en Afrique de l'Ouest: une approche institutionnelle*, Paris, l'Harmattan, 2006, 189 p.

-
10. TONYE, Arlette, *Pratique juridique des financements structurés en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2010, 304 p.
 11. ZOURE, Daouda, *La modernisation du cadre budgétaire des pays de l'UEMOA*, Paris, Presses académiques francophones, 2013, 548 p.

b. Thèses

1. GUEYE, Thiamba, *L'incidence de l'Union économique et monétaire ouest africaine sur les finances publiques de ses Etats membres*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2011, 599 p
2. KY, Eric, *L'intégration par la commande publique: la réforme du droit des marchés publics dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, 2004, 611 p.
3. NGOM, Mbissane, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA*, Thèse de doctorat, en droit privé, Université de Saint-Louis, Université de Nantes, 2007, 581 f.

c. Articles et Contributions

1. AGBODJI, Akoété Ega, «Intégration et échanges commerciaux intra sous-régionaux: le cas de l'UEMOA», *Revue africaine de l'intégration*, vol.1, n° 1, janvier 2007, pp 161- 188
2. AGOSSA, Laurent AGOSSA et NONFODJI, Emédétémnin, «Politique budgétaire, Dette et convergence macroéconomique», in SAKHO, El Hadji Abdou et DUFRENOT, Gilles, *Enjeux des politiques macroéconomiques des pays de l'UEMOA*, Paris, Organisation Internationale de la francophonie, Economica, 2008, pp. 177 -216.

3. BAKHOUM, Mor, « Répartition et exercice des compétences entre l'Union et les États membres en droit de la concurrence dans l'Union économique et monétaire Ouest-africaine (UEMOA) », *RIDE*, vol. 193, 2005, p. 319.
4. COULIBALY, Abou Saïd, «Le droit communautaire de la concurrence», in AIF, *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA - Actes du séminaire sous régional*, Ouagadougou 6-10 octobre 2003, Paris, Editions GIRAF, 2004, pp. 43-61.
5. DIENG, Amadou, «Les procédures contentieuses dans la législation communautaire de la concurrence de l'UEMOA», in AIF, *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA - Actes du séminaire sous régional*, Ouagadougou 6-10 octobre 2003, Paris, Editions GIRAF, 2004, pp. 62-78.
6. DOSSI, André, «Une Cour des comptes pour quoi faire?», Actes du colloque sur *Le contrôle des finances publiques dans les pays membres de l'UEMOA: quelles contribution pour la juridiction financière*, organisé par le Centre d'études et de recherches en administration et finances à Cotonou les 20 et 21 juillet 2010, *Revue béninoise de droit*, pp. 21-26.
7. FALL, Ndogo, «Regional settlement of procurement award disputes' mechanism and its impact on the regional business environment», Communication à l'occasion du « forum de haut niveau: les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle», organisé à Tunis du 16 au 17 novembre 2009 par la Banque africaine de développement, <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283/> dernière consultation le 24/06/2013)
8. FOFANA-OUEDRAOGA, Ramata
 - «Droit de la concurrence UEMOA» Première partie, *Revue de droit uniforme africain/Actualité Trimestrielle de droit et de jurisprudence*, 2011, n°4, pp. 18-27
 - «Droit de la concurrence UEMOA» Deuxième partie, *Revue de droit uniforme africain/Actualité Trimestrielle de droit et de jurisprudence*, n°5, 2011, pp. 19-24.

-
- KANE, Hamidou S., «La libre circulation des personnes et des biens dans l'UEMOA», communication présentée lors de la Troisième rencontre inter-juridictionnelle des cours communautaires de «l'UEMOA, la CEMAC, la CEDEAO et l'OHADA», Dakar, mai 2010, 34 p. Article publié sur le site de l'*Institut international de droit d'expression et d'inspiration française* www.institut-idef.org/IMG/pdf/CommunicationLibreCirculoPers_Biens_JugeKANE_.pdf
 - 9. KOUTABA, Justin, «Les limites sociologiques à l'application du droit», in AIF, *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA - Actes du séminaire sous régional*, Ouagadougou 6-10 octobre 2003., Paris, Editions GIRAF, 2004, pp. 198-202.
 - 10. Ky, Eric. P. L. «Des enjeux de la réforme du droit des marchés publics au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine», *Penant, Revue trimestrielle de droit africain*, n° 859, avril-juin 2007, pp 133-163.
 - 11. LICHERE, François, et MARTOR Boris, «Essor des partenariats publics privé en Afrique: Réformes en cours et perspectives d'avenir», Dossier Droit des contrats publics: un enjeu économique majeur, RDAI, n°3, 2007, pp 297-311
 - 12. MEDE, Nicaise,
 - «Rapport introductif: la juridiction financière d'hier à demain et ...après demain», *Actes du colloque sur Le contrôle des finances publiques dans les pays membres de l'UEMOA: quelles contribution pour la juridiction financière*, organisé par le Centre d'études et de recherches en administration et finances à Cotonou les 20 et 21 juillet 2010, *Revue béninoise de droit*, 2010, n°24, pp 7- 20
 - «Réflexion sur le cadre harmonisé des finances publiques dans l'espace UEMOA, *Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, juin 2012, 121 p
 - NICAISE, Médé, «La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2007, XXIII, pp. 45-66

13. NTOUTOUME, Jean-Marie, «Le concept de concurrence en droit communautaire», in AIF, *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA - Actes du séminaire sous régional, Ouagadougou 6-10 octobre 2003*, Paris, Editions GIRAF, 2004, pp. 103-108.
14. SAKHO, Abdoulaye, «La législation communautaire de la concurrence et les mécanismes alternatifs de règlement des conflits commerciaux», *Revue sénégalaise de droit*, n° 2-3-4, 2003-2004, pp 37-57.
15. SAKHO, El Hadji Abdou, «Mécanismes de Contrôle par les pairs des marchés publics et surveillance régionale multilatérale et leur rôle dans le renforcement du marché commun et du commerce régional: le cas de l'UEMOA», communication à l'occasion du Forum de la BAD: *les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle*, Tunis du 16 au 17 novembre 2009 <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283>
16. TSKADI, Ayawa Améhia, «De la compétence exclusive de l'Union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA», *Penant*, 2010, n° 873, octobre-décembre, pp. 473-510.
17. YEHOUESSI, Yves D., «L'application du droit international dans l'ordre juridique des Etats francophones ouest africains: le cas du droit de l'Union économique et monétaire ouest africaine», Communication lors du colloques de Ouagadougou du 24-26 juin 2005, *Les cahiers de l'Association ouest africaine des hautes juridictions francophones*, pp. 343-357.
18. YONABA, Salif, «La difficile intégration des règles budgétaires et comptables des Etats membres d l'Union économique et monétaire ouest africain», *Revue Française de Finances Publiques*, n°79, Septembre 2002, pp. 221-239.

d. Rapports

-
1. SAVANE, Maïmouna, «Etude sur la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics dans l'UEMOA», Dakar, 25 novembre, 2011.
 2. FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL, UEMOA, rapport des services du FMI sur les politiques communes des pays membres, Rapport n°12/59 de mars 2012. <http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/scr/2012/cr1259f.pdf> (dernière consultation Mars 2014)
 3. ORMP (Observatoire régionale des marchés publics) *Rapport final 12^e réunion de l'observatoire régional des marchés publics dans l'espace UEMOA*, Ouagadougou, 27 et 28 février 2014
 4. UEMOA, Département des Politiques Economiques et de la Fiscalité Intérieure, *Rapport de surveillance multilatérale des marchés publics et des délégations de service public dans l'espace UEMOA* 2011, 41 p <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/123203719151123873d4a45.pdf> (consulté le 02/12/14).
 5. UEMOA et CEDEAO, (Groupe technique de pilotage de la stratégie régionale de réduction de la pauvreté en Afrique de l'ouest), *Intégration régionale, croissance et réduction de la pauvreté en Afrique de l'Ouest*, Stratégie et plan d'action, Abuja, Ouagadougou, 2006, Document disponible sur le site de la CEDEAO: www.ecowas.int/publications/fr/macro/srrp.pdf, (dernière consultation le 03/03/2014)

2. CEMAC

a. Ouvrages

1. AIF (Agence Intergouvernementale de la Francophonie), *Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC*, actes du séminaire sous-régional, Douala-Cameroun, 16-20 décembre 2002, Paris, éd. GIRAF, 2003, 177 p.

b. Thèses

1. DIANGA NGANZI, Jean Pierre Pedro, *Le droit du marché en zone de la communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale (C.E.M.A.C): du droit national du Gabon vers le droit communautaire*, Thèse de doctorat, Université Montpellier I. UFR Droit, 2008, 2 tomes, 1104 p.

2. FIPA NGUEPJO, Jacques, *Le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de l'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les Etats membres*, Thèse de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2011, 487 p.
3. GNIPIEBA TONNANG, Edouard, *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique centrale: contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC*, Thèse doctorat, Institut du droit de la paix et du développement? Université de NICE, 2004, 407 p.
4. MOYUM KEMGNI, Goergette, *Le contrôle des finances dans les pays de la zone CEMAC*, Thèse de doctorat, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, 2 vol. 645 p.
5. TCHUINTE, Joël, *L'application effective du droit communautaire en Afrique centrale*, Thèse de doctorat, Centre de philosophie juridique et politique, Université de Cergy-Pontoise, 2011, 673 p.
6. GNIMPIEBA TONNANG Edouard,
 - «Le nouveau régime juridique de la libre circulation des marchandises en Afrique Centrale: entre influences européennes et réformes laborieuses», *Penant*, 2006, n° 857, pp. 433-483.
 - «Recherches sur le nouvel encadrement communautaire des ententes anticoncurrentielles des entreprises en Afrique centrale», *Penant*, 2008, n° 862, p. 5-35.

c. Articles et Contributions

1. AVOM, Désiré «Intégration régionale dans la CEMAC: des problèmes institutionnels récurrents», *Afrique Contemporaine*, vol. 2 / n° 222, 2007, pp. 199-221.

-
2. NANDJIP MONEYANG, Sara «Les concentrations d'entreprises en droit interne et en droit communautaire CEMAC», *Revue internationale de droit africain - EDJA*, 2008, p. 5-32.
 3. NJEUFACK TEMGWA, René
 - «La fonction transactionnelle des organes communautaires de régulation de la concurrence en Afrique (cas de la CEMAC et de l'UEMOA)», *Penant*, 2007, n° 861, pp. 438-464.
 - «Étude de la notion de collaboration dans les procédures en droit de la concurrence: une lecture du droit africain (CEMAC et UEMOA) sous le prisme du droit européen », *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 86 / 1, 2009, p. 73-103.
 4. GNIMPIEBA TONNANG, Edouard et NDIFFO KEMETIO, Marien Ludovic «Les services publics dans l'état du droit de la concurrence de la CEMAC», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2011, n°15, pp. 261-281.
 5. KAWME-MOUAFFO, Colette, «Etude comparée des autorités CEMAC et UEMOA de la concurrence» *Revue de droit uniforme UNIDROIT*, vol. 16/4, 2011, pp. 891- 926.
 6. NKUETE, Jean «Intégration régionale en Afrique centrale, Bilan et perspectives», in BEN HAMMOUDA, Hakim, Bruno BEKOLO-EBE, Bruno et MAMA, Touna, (sous la dir. de), *L'intégration régionale en Afrique centrale: bilan et perspectives*, Paris, KARTHALA, 2003, pp. 19-21.
 7. OKOUDOU, Martin Aristide, «Vers un renforcement de l'intégration régionale en Afrique centrale», in BEN HAMMOUDA, Hakim, Bruno BEKOLO-EBE, Bruno et MAMA, Touna, (sous la dir. de), *L'intégration régionale en Afrique centrale: bilan et perspectives*, Paris, KARTHALA, 2003, pp. 15-18.

8. PRISSO-ESSAWE, Samuel-Jacques, «L'émergence d'un droit communautaire africain de la concurrence: «double variation sur une partition européenne»», *Revue Internationale de droit comparé*, n°2, 2004, pp. 329-354
9. SEÏD, Ahmed, « Réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles affectant le commerce entre les Etats membres de la CEMAC», in AIF, *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA - Actes du séminaire sous régional*, Ouagadougou 6-10 octobre 2003, Paris, Editions GIRAF, 2004, p. 71-78.

d. Rapports

1. Communauté Economique et monétaire de l'Afrique centrale, *CEMAC 2025: Vers une économie régionale intégrée et émergente - Programme économique régionale 2009-2015*, Vol. 1: Rapport d'étape, Janvier 2009, 30 p.
http://www.cemac.int/PER_Volume1.pdf
2. CHARRIER, Guy , *Projet de révision du dispositif institutionnel concurrence de la CEMAC*, étude réalisée pour le compte de la CEMAC dans le cadre du Programme d'appui à l'intégration régionale en Afrique centrale financé par la Commission européenne, Bangui, février 2010, 66 p.
3. ECDPM (European centre for development policy management), *Audit institutionnel et organisationnel de la CEMAC, Diagnostic institutionnel, fonctionnel et organisationnel de la CEMAC, Rapport Final*, Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale, 2006, 139 p.
4. KENFACK, Yves, *Réglementation communautaire de la concurrence et renforcement du processus d'intégration économique en Afrique Centrale*, étude réalisée pour le compte de la Conférence des nations unies sur le commerce et le développement, New York, Genève, Nations Unies, 2000, 41 p.

3. OHADA

a. Ouvrages

-
1. FOUCHARD, Philippe, (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 310 p.
 2. ISSA-SAYEGH, Joseph, POUGOUÉ, Paul-Gérard, SAWADOGO, Filiga Michel (sous la dir. de), *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Futuroscope, Juriscope, 2012, 1460 p.
 3. ISSA-SAYEGH, Joseph et LOHOUES-OBLES, Jacqueline, *OHADA: Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 245. p.
 4. MARTOR, Boris, PILKINGTON, Nanette, SELLERS, David et THOUVENOT, Sébastien, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2009, 382 p.
 5. SARR, Amadou Yaya, *L'intégration juridique dans l'UEMOA et dans l'OHADA*, Marseille, PUAM, 2008, 654 p.
 6. TCHANTCHOU, Henri, *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA: étude à la lumière du système des communautés européennes*, Paris, l'Harmattan, 2009, 367 p.

b. Thèses

1. KENFACK DOUAJNI, Gaston, *L'arbitrage dans le système OHADA*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2005, 451 p.

c. Articles et Contributions

1. AKA, Narcisse «La pratique arbitrale et les institutions d'arbitrage en Afrique: le cas de la Côte d'Ivoire», in Philippe FOUCHARD (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000 pp. 155-162
2. AMOUSSOU-GUENOU, Roland, «L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA» in Philippe FOUCHARD (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 17 - 42.

3. BOLMIN, Monique, Ghislaine BOUILLET-CORDONNIER et Karim MEDJAD, «Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc », *JDI*, n° 2, avril 1994, p. 375-392.
4. BROU, Kouakou Mathurin «Note sous Affaire parti démocratique de Côte d'Ivoire c/ Société J. et A. International Co», *Le Juris Ohada* n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 24.
5. CUPERLIER, Olivier, «Arbitrage OHADA et personnes publiques», in Mathias AUDIT (sous la dir. de), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 81 – 97.
6. DE LA BOUILLERIE, Pauline, THOUVENOT Sébastien, «Droit des Etats-Membres et normes OHADA: de l'opportunité et de la méthode d'une mise en conformité», *RDAL*, 2007, n°1, 2007, pp 100-105.
7. DOSSOU, Robert, «La pratique de l'arbitrage en Afrique», in Philippe FOUCHARD (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 125-128.
8. DOUMBE-BILLE, Stéphane, «A propos de la nature de l'OHADA», in Stéphane DOUMBE-BILLE, Habib GHERARI et Rahim KHERAD (études réunies par), *Droit, liberté, paix, développement: mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh*, Paris, A. Pedone, 2011, pp. 423-436.
9. EL-KOSHERI, Ahmed Sadek intervention lors du débat sur «La pratique de l'arbitrage en Afrique», in Philippe FOUCHARD, (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.171
10. FENEON, Alain, «Historique de l'habilitation des personnes de droit public à compromettre dans l'espace OHADA», *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° spécial, février 2010, pp. 105- 109.
11. FILLE-LAMBIE, Olivier, «Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics de la zone OHADA», *RDAL*, n°8, 2001, pp. 925- 968

-
12. FILLE –LAMBIE, Olivier et LONCLE, Jean-Marc, «L’arbitrage dans les grands projets en concession de service public – Aspects de droit français et de droit OHADA», *RDAl* n°1, 2003, pp 3-37
13. ISSA-SAYEGH, Joseph,
- «L’intégration juridique des Etats africains dans la Zone Franc», *Penant*, 1997, n° 823, pp. 5-31
 - «Quelques aspects techniques de l’intégration juridique: l’exemple des actes uniformes de l’OHADA», *Revue de droit uniforme*, 1999-1, pp. 5-34.
 - «Réflexions dubitatives sur le droit de l’arbitrage de l’OHADA», *Revue camerounaise de l’arbitrage*, n° spécial, octobre 2001, pp. 22-28.
14. KAMTO, Maurice, «La participation des personnes morales africaines de droit public à l’arbitrage OHADA», in Philippe FOUCHARD, (sous la dir. de), *L’OHADA et les perspectives de l’arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 89-100
15. KENFACK-DOUAJNI, Gaston, « La portée abrogatoire de l’acte uniforme relatif au droit de l’arbitrage », *Revue camerounaise de l’arbitrage*, n°14, Juillet –Août-Septembre 2001, pp. 3-11
16. KIRSH, Martin, « Historique de l’OHADA », *Penant*, août 1998, p. 129-135.
17. LEBOULANGER, Philippe, «L’arbitrage et l’Harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Revue de l’arbitrage*, 1999, p. 541-591.
18. LOHOUES-OBLE, Jacqueline, «L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique», *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51 n°3, Juillet-septembre 1999. pp. 543-591.
19. M’BAYE, Kéba,
- «L’OHADA: une intégration juridique en Afrique », *Liber Amicorum: Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 585-594.
 - «Avant propos au numéro spécial OHADA », *Penant*, août 1998, p. 125 128

20. MANCIAUX, Sébastien, «Que disent les textes OHADA en matière d'investissement?», *Revue de l'ERSUMA, Doit des affaires-Pratique professionnelle*, Juin 2012, n°1, Etudes, <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/etudes-13/QUE-DISENT-LES-TEXTES-OHADA-EN>
21. MEYER, Pierre,
- «Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après », *Revue de l'arbitrage* n°3, 2010, pp. 1- 28
 - « Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage», in Joseph ISSA -SAYEGH, Paul-Gérard POUGOUE, Filiga Michel SAWADOGO, (sous la coord. de) *Ohada – Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 4^e éd., Futuroscope, Juriscope, 2012, pp. 129-228
22. NDOYE, Doudou, «Le traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, la constitution sénégalaise et les principes du droit processuel», *ohadata* D-06-41.
23. ONANA ETOUNDI, Félix, «L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et ses applications jurisprudentielles en droit OHADA», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 00, 09 août 2010, *ohadata* D-13-55.
24. Placide MOUDOUDOU, «Le juge congolais et la processus d'intégration économique africaine, Note sous l'avis de la Cour suprême du Congo du 1^{er} septembre 1998, *Penant, Revue trimestrielle de droit africain*, n°838, Janv.-Mars 2002, pp.116-126.
25. POLO, Aregba, « L'OHADA: Histoire, objectifs, structures », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000. pp. 9-16.
26. POUGOUE, Paul-Gérard,
- «OHADA, Instrument d'intégration juridique», *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol. 2, 2001, pp. 11-30

-
- «Le système d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», in Philippe FOUCHARD (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp 129- 150.
27. POUGOUE, Paul Gérard et ISSA-SAYEGH, Joseph «l'OHADA: défis, problèmes et tentatives de solutions», Communication lors du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats - Ouagadougou 2007. *Revue de droit Uniforme, UNIDROIT*, 2008, pp. 455-476
28. RAYNAL, Jean-Jacques, «Intégration et souveraineté: le problème de la constitutionnalité du traité OHADA», *Penant, Revue trimestrielle de droit africain*, n°832, Janv.-Avril 2000, pp. 5-22.
29. SALL, Alioune,
- «Le juge national et la publication des traités, à propos de l'invocation du traité de l'OHADA devant les juridictions sénégalaises», *EDJA* n°42, juil.-Août-Sept. 1999, pp. 71-73.
 - Note sous Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision n° 3/C/93 du 16 décembre 1993, *Penant*, n° 827, Mai-août 1998, pp. 225-234.
30. SAVADOGO, Louis, « Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Annuaire français de droit international*, vol. 40 / 1, 1994, p. 823-847.
31. SAWADOGO, Filiga Michel,
- «L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA», Actes du Colloque tenu à Yaoundé les 14 et 15 janvier 2008, sur le thème, *L'arbitrage en Afrique: questions d'actualité*, *Revue Camerounaise d'arbitrage*, n° spécial, Fév. 2010 pp. 136-159.
 - «Les actes uniformes de l'OHADA, aspects techniques généraux», *Revue Burkinabé de droit*, n° 39-40, n° spécial, pp. 37- 49.
32. STERN, Brigitte, Intervention lors du débat sur «Les instruments adoptés par l'OHADA le 11 mars 1999», in Philippe FOUCHARD, (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.113

33. SOSSA, Dorothé C., «L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA: les mobiles d'une telle option», *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° spécial, fév. 2010, p. 110-120.
34. YADO TOE, Jean, «La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA», *Revue de droit uniforme*, 2008, p. 23-
35. YARGA, Larba, «L'OHADA, ses institutions et ses mécanismes de fonctionnement», *Revue Burkinabé de droit*, 2001, n° 39-40, pp 29-36.
36. YONDO BLACK, Lionel «L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés: un atout pour faciliter l'accès au crédit», *Droit et patrimoine*, n°197, novembre 2010, pp. 46- 51

C. BIBLIOGRAPHIE SUR LES ÉTATS ETUDIÉS

1. Sénégal

a. Ouvrages

1. DIOUKHANE Abdourahmane, *Les finances publiques dans l'UEMOA - Le budget du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2015, 274 p.
2. FALL, Ismaïla M., *Textes constitutionnels du Sénégal de 1959 à 2007*, Dakar, CREDILA, 2007, 248 p
3. GAUTRON, Jean-Claude et ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, *Droit public du Sénégal*, Paris, A. Pedone, 1977, 447 p.
4. NDIAYE Issakha, *Guide de la passation des marchés publics au Sénégal*, Paris, L'harmattan, 2011, 212 p.
5. NDOYE, Doudou, *Code des obligations de l'administration du Sénégal annoté et la réglementation des marchés publics*, Dakar, éditions juridiques africaines, 2004, 284 p.

-
6. NGAÏDÉ, Moustapha et SOCK, Momar Talla, *Code des marchés publics annoté, complété par les textes relatifs à l'environnement juridique des marchés publics au Sénégal*, 1^{ere} édition, Juriscare, 2008.
 7. SY, Demba, *Droit administratif*, Dakar, Paris, CREDILA, L'Harmattan, 2014, 2^e éd., 420 p.
 8. SY, Mouhamadou Mounirou, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique: L'exemple du Sénégal*, Paris, L'harmattan, 2007, 562 p.

b. Thèses

1. DIAGNE, Nd. Madjiguène, les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais, Thèse de doctorat d'Etat, Université de Dakar, 1995, 523 p.
2. KAH, Amadou, *La codification administrative au Sénégal*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nord, 1996, 324 p.
3. KANTÉ, Babacar, *Unité de juridiction et droit administratif: l'exemple du Sénégal*, Thèse d'Etat, Université d'Orléans. Faculté de droit, d'économie et de gestion, 1983, 426 p.
4. SAGNA, Mohamed Mountaga, *La maîtrise des marchés publics locaux, essai sur la liberté contractuelle des collectivités locales au Sénégal*, Thèse de doctorat, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, 439 p.
5. SAWARE, Aliou, *Le particularisme des partenariats public-privé au Sénégal*, Thèse de doctorat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2013, 534 p.
6. SY, Demba, *La technique des contrats-plan au Sénégal: contribution à l'étude de la contractualisation des relations entre l'Etat et les entreprises du secteur parapublic*, Thèse de droit public, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, 1989, 682 p.

c. Articles et Contributions

1. ARMP (Autorité de régulation des marchés publics), «Appels d’offres restreints & entente directe, ce qu’il faut comprendre», *Revue des marchés publics*, n° 2, mai 2011, pp. 28-29.
2. BLUNDO, Giorgio, « Dessus-de-table: la corruption quotidienne dans la passation des marchés publics locaux au Sénégal », *Politique africaine*, 2001, p. 79-97.
3. BODIAN, Yaya, «Brèves réflexions sur la règlementation des marchés de gré à gré dans le nouveau code des marchés publics: des germes de la corruption», 1ère partie, *Africajuris*, n° 48 du 2 au 8 janvier 2003, pp. 4-7 et 2e partie, *Africajuris*, n° 49 du 9 au 15 janvier 2003, pp. 7-9
4. CAMARA, Fatou, «Le nouveau droit de l’arbitrage au Sénégal: du libéral et de l’éphémère», *Revue de l’arbitrage*, n°1, 1999, pp. 45-55
5. DIAGNE, Mayacine,
 - «Les nouvelles tendances du droit des contrats administratifs au Sénégal», *Revue juridique et politique*, 2009, n°1, pp. 102-130.
 - «De l’influence du droit communautaire africain sur les finances publiques sénégalaises », *2^{ème} numéro spécial Finances publiques, Afrilex*, juin 2012
6. DIALLO, Mamadou Yaya «Le juge de l’administration et la régulation des marchés publics au Sénégal», *Afrilex*, mai 2015, 35 p.
7. DIOP (M.K), «Le dispositif de passation des marchés au Sénégal permet-il de générer des économies», *EchosFinances* n° 8-Juin 2010, pp 28-30.
8. DIOP, Mansour, «L’évolution des marchés publics au Sénégal, Repères historiques et faits marquants», *Echofinances*, n° 8, juin 2010, pp. 24-27
9. DIOP, Serigne, «Quelques remarques sur le code des obligations de l’administration», *RIPAS*, n°16, janv-juin 1987.
10. DIOUF, René Pascal, «Comment sanctionner les fautes de gestions», *Revue des marchés publics (Sénégal)*, juillet 2011, n° 3, pp. 28-31.
11. DIOUKHANE, Abourahmane, «Sur quelques aspects du nouveau code des marchés publics sénégalais», *Revue EDJA*, n°57, Mai - Juin 2003, pp 27- 43.

-
12. FALL, Alioune Badara, «Le code des obligations de l'administration au Sénégal ou la transposition de règles de droit administratif français en Afrique par la codification», in *Espaces du service public: mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, vol. I, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 225-254.
13. FALL, Ely Manel et NIANG, Mactar Sarr, «Aperçu sur les délais dans les procédures de passation des marchés publics», *Revue des marchés publics* (Sénégal), n°14, juin 2013, pp. 26-27.
14. FALL, Ismaila Madior, «Le contrôle de la légalité des actes des collectivités locales au Sénégal», *Afrilex* n° 5, pp. 64-110
15. FOURTUNE, Frédéric «Hydraulique et assainissement urbains au Sénégal, état des lieux et évolutions institutionnelles», <http://capacity4dev.ec.europa.eu/>. (Consulté 05/05/2014).
16. GAUTRON, Jean-Claude et ZUBER, Bernard, «Les entreprises publiques et semi publiques du Sénégal» in François CONSTANTIN, Christian COULON et Jean du BOIS de GAUDUSSON (sous la dir. de), *Les entreprises en publiques en Afrique noire, tome I, Sénégal- Mali- Madagascar*, Paris, Pédone, 1979. pp. 1-25
17. GUEYE Babacar,
- «Les transformations de l'Etat en Afrique: le cas du Sénégal», *Droit écrit - Droit sénégalais*, 2003, n° 2, p. 23.
 - «Le nouveau code sénégalais des marchés publics: entre réponse au attente de la société civile et prise en compte des influences communautaires», *Droit sénégalais*, n° 7, 2008, pp. 257-280
18. GUEYE, Elimane Diop et GUEYE, Dagou, «Partenariat public-privé et financement de projet, un cadre réglementaire adapté», *Echosfinances*, n°8, juin 2010, pp. 52-57.
50. Malick LAMOTTE, «L'étude des infractions des marchés publics», *Revue des marchés publics du Sénégal*, n°14, juin 2013, pp. 11-19.

51. LAVROFF, Dimitri. G., «Le Code sénégalais des obligations de l'administration», *Penant*, Revue de droit des pays d'Afrique, 1965, pp 1-13.
52. MBODJ, Aminata, «L'Avis Général de passation des marchés, un instrument de la transparence dans la commande publique...», *Revue des marchés publics* du Sénégal, n°12, 2013, p.3.
53. MBOUP, Adama, «Direction centrale des marchés publics, un instrument du contrôle *a priori* des procédures», *Revue des marchés publics*, n° 2, mai 201, 1 pp. 14-15
54. MBOW, Abdoulaye, «Le Sénégal, mauvais élève de l'UEMOA», *L'office*, publication du 22 janvier 2011
55. NDIAYE, Papa Layty, «Article 52 du Code des marchés publics, une perfectibilité quasi impossible?», *Revue des marchés publics du Sénégal*, Fév. 2012, n° 13, pp. 10-12
56. NGAÏDÉ, Moustapha, «La loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant le code des obligations de l'administration ou le renouveau du droit des contrats administratif au Sénégal», *Droit sénégalais*, 2007, n° 6, pp. 105-117.
57. NZOUANKEU, Jacques Mariel, «Remarques sur quelques particularités du droit administratif sénégalais», *RIPAS*, 1984, n° 9, pp. 1-36.
58. SAKHO, Youssouf «Expérience du Sénégal en matière de partenariat public-privé et contrats spécialisé», Communication à l'occasion du forum de haut niveau sur: *les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle*», organisé à Tunis du 16 au 17 novembre 2009 par la Banque africaine de développement, <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283/> (consulté le 10/05/2014).
59. SAMB, Cheikh Saad Bou, «Quels dispositifs favorisent l'accès des PME aux marchés publics», *Revue des marchés publics* (Sénégal) n° 14, juin 2013, pp. 20-22.
60. SECK, Birahim, «Le gouvernement du Sénégal n'a pas publié les statistiques sur les marchés publics des deux derniers trimestres de 2013», article de presse publié sur

le site de Transparency international le 3-02-2014
http://www.transparency.org/news/pressrelease/le_gouvernement_du_senegal_na_publicie_les_statistiques_sur_les_marches_p#_ftnref4, (consulté le 30-06-2014).

61. SY, Demba, «L'évolution du droit administratif sénégalais», *Revue EDJA*, décembre 2005, pp. 39- 68.
62. SY, Papa Mamour, «Entre l'unité et la dualité de juridictions: l'Afrique noire francophone à la quête d'un modèle d'organisation de la justice administrative, *Nouvelles Annales Africaines*, n° 2, 2011, pp. 265-320

d. Rapports

1. Autorité de régulation des marchés publics du Sénégal:
 - *Rapport annuel*, 2011
 - *Rapport annuel*, 2012.
 - *Rapport annuel*, 2013
2. BLANC, Aymeric, GHESQUIERES, Cédric, *Secteur de l'eau au Sénégal : un partenariat équilibré entre acteurs publics et privés pour servir les plus démunis?* Document de travail, n° 24, juin 2006 (Agence Française de Développement-Département de la Recherche).
3. Chemonics international INC, *Rapport sur Le potentiel des partenariats public prive au Sénégal*, USAID/Sénégal, 2006, 61f
4. Cour des comptes du Sénégal, *Rapport public 2012*, Publié sur le site de la Cour www.gouv.sn/IMG/pdf/Rapport_Public_cc_2012.pdf
5. OCDE, Enquête 2006 de suivi de la mise en œuvre de la Déclaration de Paris, Sénégal, <http://www.oecd.org/fr/cad/efficacite/Senegal%204.pdf>
6. NIANE, Seydou Nourou, *Évaluation de la mise en œuvre de la déclaration de Paris, Phase 2*, Rapport d'évaluation final, Sénégal, 11 novembre 2010 <http://www.oecd.org/countries/senegal/47675107.pdf>

2. Burkina Faso

a. Ouvrages

1. BA, Ahmed Tidjani, *Droit du contentieux administratif burkinabè*, Ouagadougou, Université de Ouagadougou, U.F.R. de sciences juridiques et politiques, 2007, 548 p.
2. OUEDRAOGO Sèni Mahamadou, *Les contrats de partenariat public-privé au Burkina Faso*, Ouagadougou, éd. IRISCONCEPT, Coll. Memento, 2015, 1er éd. 161 f
3. YONABA, Salif, *La pratique du contentieux administratif en droit burkinabé : de l'indépendance à nos jours*, Ouagadougou, Presses universitaires de l'Université de Ouagadougou, 2e éd, 2008, 347 p.
4. YONABA, Salif, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè*, Ouagadougou, Université de Ouagadougou U.F.R. de sciences juridiques et politiques, Coll. Précis de droit burkinabé, 2013, 473 p.

b. Thèses

1. BA, Ahmed Tidiane, *l'évolution de la jurisprudence administrative en Haute-Volta, Contribution à l'étude du contentieux administratif*, Thèse de doctorat, Université de Clermont I, 1986.

c. Articles et Contributions

1. AKOUWERABOU, Denis B., BAKO Parfait, «Peut-on lutter contre la corruption dans les marchés publics au Burkina Faso?» *ICBE Policy Brief*, n° 29, Août 2013, 4
2. BA, Ahmed Tidiane, «L'avenir de la juridiction administrative du Burkina Faso», *Revue Burkinabé de droit*, n° 42, 2ème semestre 2002, pp. 9-34.

-
3. DEVALLADE, Clara, «Lutte contre la corruption au Burkina Faso et réforme de la gestion budgétaire», *Afrique contemporaine*, 2007, n° 3 - 4, pp. 271-288.
 4. SAWADOGO, Filiga Michel, «La privatisation des entreprises publiques au Burkina Faso», *Revue Burkinabè de droit*, 1995, n° 27, pp. 9-38.
 5. YONABA, Salif, «La nouvelle réglementation des marchés publics au Burkina Faso» *Revue burkinabè de droit*, n° 31, p. 55-71.

d. Rapports

1. AKOUWERABOU, Denis et BAKO, Parfait, *Marchés Publics et Petites et Moyennes Entreprises au Burkina Faso: Quelle Gouvernance?*, Rapport de Recherche du FR-CIEA (Fonds de Recherche sur le Climat d'Investissement et l'Environnement des Affaires) n° 56/13, Septembre 2013
2. Autorité de régulation des marchés publics du Burkina Faso:
 - *Rapport d'activités* 2012
 - Rapports d'activités 2010
3. Cour des comptes Burkina Faso, *Rapport public* 2010-2011,
4. LANSER, Pierre, MaTHIJSEN, Judith et PARE, Elie, *Etude thématique, l'efficacité de l'aide non liée en termes de développement: évaluation de la mise en œuvre de la déclaration de Paris et de la recommandation de 2001 du CAD sur le déliement de l'APD aux PMA, étude de pays Burkina Faso*, Janvier, 2010.
<http://www.oecd.org/dac/evaluation/dcdndep/44566010.pdf>
5. OCDE, Enquête 2006 de suivi de la mise en œuvre de la Déclaration de Paris, Burkina Faso, octobre 2007, <http://www.oecd.org/fr/cad/efficacite/39498557.pdf>
6. Réseau national de lutte anti corruption (REN-LAC) *Les présomptions de corruption dans les marchés publics au Burkina Faso, Rapport 2011*. Disponible sur son site: http://www.renlac.com/docs/presomption_corruption.pdf

3. Côte d'Ivoire

a. Ouvrages

1. BLEOU, Martin, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne, Abidjan, Centre national de documentation la juridique, 2013, 465 p.
2. DÉGNI-SÉGUI, René, *Droit administratif général*, Abidjan, CEDA, 2002.
3. DIASSIE, Basile Yao, *Pour une justice au service des partenaires administratifs. Contribution a l'étude de l'organisation juridictionnelle administrative de la Côte d'Ivoire*, Lille, ANRT, 1987.
4. DJE BI DJE, Christiane, *Droit des marchés publics en Côte d'Ivoire*, Abidjan, FUPA éditions, 2014, 205 p.
5. MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, *Le Droit administratif ivoirien*, Paris, Economica, 1982, 247 p.

b. Thèses

1. AMBEU Viviane-Patricia Akoua, La fonction administrative contentieuse en Côte d'Ivoire, Thèse pour le doctorat de droit public, Université Jean Moulin Lyon 3, 2011, 278 p.
2. DJE BI DJE Christiane, L'Etat et le financement du développement en Côte d'Ivoire, Thèse de droit, Université Lille 2, 1980, 399 p.

c. Articles et Contributions

1. BERNARD (M.), «Existe-t-il un droit administratif ivoirien?» *Revue Ivoirienne de Droit*, 1970, n°4, p. 13.
2. BILE, Vincent,
 - «Quelle compétence pour le tribunal du commerce dans le contentieux des marchés publics», article public sur le site de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics: <http://anrmp.ci/images/PDF/article->

[contentieux-des%20marches-publics-quelle-competence-pour-le-tribunal-de-commerce.pdf](#) (dernière consultation le 02/12/14).

- «Le recours préalable dans le contentieux non juridictionnel en matière des marchés publics et l'exception ivoirienne», publié sur le site de l'ANRMP, <http://anrmp.ci/actualites/contributions/17-contenu-dynamique/contributions/248-le-recours-prealable-dans-le-contentieux-non-juridictionnel-en-matiere-des-marches-publics-et-lexception-ivoirienne-69862486> (dernière consultation le 05/11/2014)
- «La régulation des marchés publics, un processus vers la juridicisation et la juridiciarisation de la commande publique», publié sur le site de l'ANRMP de la Côte d'Ivoire, <http://anrmp.ci/actualites/contributions/17-contenu-dynamique/contributions/351-la-regulation-des-marches-publics-un-processus-vers-la-juridicisation-et-la-juridiciarisation-de-la-commande-publique> (consulté le 20 février 2015).

3. BLEOU, Martin

- «Le service public dans la jurisprudence de la Chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire», in *Espaces du service public: mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, vol. I, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 45-55.
- «Unité de juridiction et contentieux administratif : les exemples ivoirien et sénégalais», *Annales de l'Université de Cocody*, 1995, p. 129.

4. GRISOT, Maureen «Le monopole de Bolloré sur le port d'Abidjan est de plus en plus contesté», *LE MONDE*, 6 septembre 2014.
5. IDOT, Laurence, «Loi ivoirienne n° 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, n°4, 1994, pp. 783-787.
6. KOBO, Pierre Claver, *Rapport sur CS/Chambre administrative, Société DRAGON de Côte d'Ivoire dite DRACI c/ l'Autorité nationale de régulation des marchés Publics (ANRMP)*, publié sur le site de la Cour Suprême:
7. http://www.consetat.ci/app/webroot/img/files/pdfs/RAPPORT_n2012-055_REP.pdf (dernière consultation décembre 2014).

d. Rapports

1. ANRMP, Audit sur les marchés de gré à gré de 2011 à 2013, Présenté le 18 septembre 2014
<http://anrmp.ci/audits-26402/rapports-dauidit-21121/file/255-rapport-de-l-audit-des-marches-de-gre-a-gre>.
2. ANRMP, *Résumé des rapports d'audit 2013 réalisés par le Cabinet 2C &M Associés*, Août 2013, 16 p. Ce rapport est disponible sur le site de l'ANRMP: www.anrmp.ci (rubrique Audits).
3. ANRMP, *Rapport annuel d'activité*, 2010-2011,
4. MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, *Rapport d'évaluation de la mise en œuvre du plan de réforme des finances publiques, Rapport Volet marchés public*.

4. Cameroun

a. Ouvrages

1. ABOUEM À TCHOYI, Davis et M'BAFOU, Stéphane (sous la dir. de), *50 ans de réforme de l'État au Cameroun: stratégies, bilans et perspectives*, Paris, l'Harmattan, 2013, 526 p.
2. BIAKAN, Jacques, *Droit des marchés publics au Cameroun: contribution à l'étude des contrats publics*, Paris, L'harmattan, 2011, 130 p.
3. KEUTCHA TCHAPNGA, Célestin, *Précis de contentieux administratif au Cameroun: aspects de l'évolution récente*, Paris, l'Harmattan, 2013, 324 p.
4. MBONGO'O, Jean-Jacques, *Les marchés de travaux publics au Cameroun*, Lille, Agence nationale de reproduction des thèses, 1987.

-
5. MOUNGOU MBENDA, Sabine Patricia, et BEKONO, Emmanuel Rémy, «La déviance comme mauvaise pratique: cas du système des marchés publics au Cameroun», *Management International*, 2012, pp. 153-164
 6. NGANGO YOUMBI, Eric, *Les prérogatives de puissance publique au Cameroun : La part respective du droit et des perceptions psycho-sociales*, Paris, l'Harmattan, 2014, 521 p.
 7. NGUEDA NDIEFOUO, Gustave, Jean, *La douane camerounaise à l'ère de la facilitation des échanges commerciaux*, Paris, Harmattan, 2011, 287 p.
 8. NGUINI, Charles, *Plaidoyer pour un Cameroun sans corruption*, Paris, l'Harmattan, 2012, 229 p.
 9. NGWESE, Ngole Philip et Binyoum Joseph, *Eléments de contentieux administratif camerounais*, Paris, L'Harmattan, 2010, 264 p.
 10. NLEP, Roger-Gabriel, *L'administration publique camerounaise: contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986, 406 p.
 11. ONANA ETOUNDI, Félix, «Cameroun: Contrat de partenariat, un sésame pour les projets d'investissement», *All Africa* du 3 Avril 2008.
 12. ONDOA, Magloire (sous la dir. de), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, Paris, l'Harmattan, 2010, 318 p.
 52. OWONA, Joseph,
 - *Droit administratif spécial de la République du Cameroun: fonction publique, expropriation, biens publics, marchés publics, contentieux administratif*, Paris, EDICEF, 1985, 256 p.
 - *Le contentieux administratif de la République du Cameroun*, Paris, l'Harmattan, 2011, 230 p.
 13. TCHACOUNTE LENGUE, Célestin, *Les privatisations en Afrique: l'exemple du Cameroun*, Paris, l'Harmattan, 2011, 315 p.

b. Thèses

1. ABA'A OYONO, Jean-Calvin, *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais*, Thèse de doctorat, Université de Nantes, 1994, 510 p.
2. BIDJA NKOTTO, Thomas, *les contrats de l'administration au Cameroun*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, 600 p.
3. LELE, Agathe-Florence, *Les agences de régulation au Cameroun*, Mémoire de Master administration publique des fonctionnaires internationaux, Ecole Nationale d'administration de Paris, 2005, 80 p.
4. NJOCKE, Henri-Claude, *L'accès au juge administratif camerounais*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2005, 530 f.

c. Articles et Contributions

1. AMOUGOU MBARGA, Alphonse Bernard, «Marchés publics, pratiques politiques et gouvernance au Cameroun», *RJP*, 2013, n° 3, pp. 362-390.
2. BIAKAN, Jacques,
 - «La réforme du cadre juridique des finances publiques au Cameroun: La loi portant régime financier de l'Etat», in ONDOA, Magloire (sous la dir. de), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, Paris, l'Harmattan, 2010, pp. 9 -28.
 - «Les innovations fondamentales de l'ordonnance du 17 août 1995 portant statut général des entreprises du secteur public et parapublic au Cameroun», *RJPIC*, 1996, n° 2, pp. 191-199.
 - «La délégation des services publics en droit camerounais», *Revue africaine de sciences juridiques*, n° 1, vol. 7, 2010, pp. 219-236
3. BILONG, Salomon «La crise du droit administratif au Cameroun», *Revue juridique et politique*, 2011, n° 1, pp. 45-75

-
4. BINYOUM, Joseph, «Bilan de 20 ans de jurisprudence de la Cour suprême du Cameroun , première partie, 1957-1965», *Revue camerounaise de droit*, n°15 et 16, 1978, pp. 23-4.
 5. BIPOUN-WOUM, Joseph Marie, «Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française: Le cas du Cameroun », *RJPIC*, 1972, vol. 26 / 3, pp. 359-388.
 6. BOULOUMEGUE, Emmanuel. G. Beyegue, « La réforme des marchés publics», in ONDOA, Magloire (sous la dir. de), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, Paris, l'Harmattan, 2010, pp. 241-273.
 7. ESSOMBA, Dieudonné, «Marchés publics au Cameroun: Le Gouvernement contre la présidence de la République», *Journal Intégration*, 12 septembre 2012, p. 28.
 8. GNIMPIEBA TONNANG, Edouard et B-C MBALLA EMOTO, «La qualification des contrats administratifs au Cameroun: Leçons d'une évolution jurisprudentielle apparente: Note sous Espèces jointes n° 147/04-05/ADD du 31 Août 2005, Um Ntjam François Désiré et Fils c/ Etat du Cameroun (MINEF)
 9. GUIVANDA, Raoul, «Cameroun - Yang, Abba Sadou et Amba Salla : discorde au sommet de l'Etat» *du sahel* en date du 7 mai 2014 , *L'œil du sahel* en date du 7 mai 2014
 10. JACQUET, Jean Michel, «L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage international», *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° Spécial, Février 2010, pp. 121- 127
 11. KAMTO, Maurice note sous CS/CA jugement du 26 mai 1984, Dame veuve Ongono Régine, *Revue Penant* 1989, n°801, pp. 517-547.
 12. KEUTCHA TCHAPNGA, Célestin
 - «Les mutations récentes du droit administratif camerounais », *Afrilex* 2000/01.

- «Les aspects juridiques de la réforme de l'activité postale au Cameroun» (Loi n° 99/002 du 7 avril 1999), Revue EDJA, n °45 avril-mai-juin 2000 pp. 43-60
- 13. KONO ABE, Jean Max «L'efficacité de la régulation au Cameroun», in ABOUEM À TCHOYI, Davis et M'BAFOU, Stéphane (sous la dir. de), *50 ans de réforme de l'État au Cameroun: stratégies, bilans et perspectives*, Paris, l'Harmattan, 2013, pp.365-386.
- 14. MANDESSI BELL, Evelyne, «Du nouveau dans le paysage de la commande publique au Cameroun: les contrats de partenariat s'insèrent dans l'environnement légal camerounais, *Village de la justice*, 18 août 2008.
- 15. MEGAM, Jacques, «Le régime juridique du contrat de PPP au Cameroun» *Penant*, n° 878, pp 20-34.
- 16. MOMO, Claude, «La régulation économique au Cameroun», *RJP*, 2007, n° 2, pp. 965-998
- 17. NGNITEDEM, Ariel, «50 ans de réforme des finances publics au Cameroun», in ABOUEM À TCHOYI, Davis et M'BAFOU, Stéphane (sous la dir. de), *50 ans de réforme de l'État au Cameroun: stratégies, bilans et perspectives*, Paris, l'Harmattan, 2013, pp. 469-504.
- 18. NGUELIEUTOU, Auguste, «L'évolution de l'action publique au Cameroun: l'émergence de l'Etat régulateur», *Polis, Revue camerounaise de science politique*, 2008, n° 15, pp. 85-109.
- 19. NGAKETCH TADOUM, Jean Marie et MEBADA MEBADA, Grégoire. «Du dispositif de contrôle des marchés publics au Cameroun», Communication à l'occasion de la 5e conférence internationale sur les marchés publics (5th International public procurement conference, Seattle, August 17-19, 2012, Paper 2 <http://www.ippa.org/IPPC5/Proceedings/Part9/PAPER9-2.pdf>. (consulté le 09-07-2014).

-
20. NGUIHE KANTE Pascal, «Les contraintes de la privatisation des entreprises publiques et parapubliques au Cameroun», *Revue EDJA*, n°55 octobre-novembre-décembre 2002, pp 7-29.
21. NOAH, Boniface, «La construction d'un système camerounais des marchés publics», in in ABOUEM À TCHOYI, Davis et M'BAFOU, Stéphane (sous la dir. de), *50 ans de réforme de l'État au Cameroun: stratégies, bilans et perspectives*, Paris, l'Harmattan, 2013, pp. 351-364
22. OMBALLA Magelan, «Les politiques publiques de lutte contre la corruption au Cameroun», in David ABOUEM À TCHOYI, Stéphane M'BAFOU, (sous a dir. de), *50 ans de réforme de l'État au Cameroun: stratégies, bilans et perspectives*, Paris, l'Harmattan, 2013, pp. 309- 347.
23. ONANA ETOUNDI, Félix, «Cameroun: Contrat de partenariat, un sésame pour les projets d'investissement», *All Africa* du 3 Avril 2008.
37. ONDOA, Magloire, «Ajustement structurel et réformes du fondement théorique des droits africains post coloniaux: l'exemple camerounais», *RASJ*, vol. 1, 2001.
38. PEKASA NDAM, Gérard
- «La réforme du secteur des postes et télécommunications au Cameroun», *Revue africaines des sciences juridiques*, 2000, n°1, vol. 1, pp. 97-104.
 - «Les établissements publics indépendants: une innovation fondamentale du droit administratif camerounais», *RASJP*, 2001, n° 1, vol. 2, pp. 153-178.
39. SIETCHOUA DJUITCHOKO, Celestin, «Recherches sur la concession en droit administratif camerounais dans le contexte de la libéralisation économique», *Revue EDJA*, mars 2002, pp. 7-30.
40. TONYE, Arlète, «Le contrat de partenariat au Cameroun: ce qu'il faut retenir en attendant le décret d'application», *Penant*, n° 866, pp. 21- 44.

d. Rapports

1. AGENCE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS, *Etude sur les sanctions dans le domaine des marchés publics*, Mars 2006, 19p.
2. BANQUE MONDIALE, Operational Quality and Knowledge Services, *Rapport analytique du système de passation des marchés publics (CPAR) au Cameroun*, Vol. I, 12 août 2005, 61 f.
<http://documents.worldbank.org/curated/en/2005/08/7405261/rapport-analytique-du-systeme-de-passation-des-marches-publics-cpar-au-cameroun>
3. BLANC, Aymeric, GOUIRAND, Olivier, *La concession du chemin de fer du Cameroun: les paradoxes d'une réussite impopulaire*, Document de travail, n°44, août 2007, 33 p., Agence Française de Développement- Département de la Recherche.
4. Cabinet Associés Audit Conseil (2AC), *Audit a posteriori des marchés publics – Exercice 2006, Rapport final*, 2007,
5. Commission nationale anti-corruption (CONAC), *Rapport sur l'état de la lutte contre la corruption au Cameroun*, 2011, 2^e partie, 272 p. http://www.conac-cameroun.net/pdf/2e_partie.pdf (consulté le 16/10/2014).
6. CS/Chambre des Comptes, *Rapport annuel*, 2011, Publié sur le site de la Chambre des comptes:
<http://www.chambredescomptes.net/images/stories/CDCdocs/annualreport2011.pdf>

III. TEXTES ET DOCUMENTS OFFICIELS

A. TEXTES ET DOCUMENTS OFFICIELS NATIONAUX

1. Cameroun

1. Constitution de République camerounaise du 2 juin 1972 révisée le 18 janvier 1996
2. Loi n° 2011/022 du 14 décembre 2011 régissant le secteur de l'électricité abrogeant 98/022 du 24 décembre 1998 régissant le secteur de l'électricité

-
3. Loi n° 2008/009 du 16 juillet 2008 fixant le régime fiscal, financier et comptable applicable aux contrats de partenariat.
 4. Loi n° 2006/12 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun
 5. loi n° 2006/022 du 29 Décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs, http://www.coursupreme.cm/Lois/LOI_N_2006-022_29_DEC_2006.pdf
 6. Loi n° 2004/017 du 22 juillet 2004, loi d'orientation de la décentralisation, *Journal officiel*, 2004-07, n° spécial, pp. 12-35
 7. Loi n° 99/002 du 07 avril 1999 relative à l'activité postale au Cameroun, *JO* du 13 avril 1999
 8. Loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic, (texte publié notamment sur le site de la chambre des comptes de la Cour suprême, consulté le 20/04/2014: http://www.chambredescomptes.net/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=75
 9. Loi n° 98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence, <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cameroun/Cameroun%20-%20Loi%20concurrence.pdf>
 10. Loi n° 98/0104 du 14 juillet 1998 régissant les télécommunications au Cameroun, *Juridis Info, Revue de législation et de jurisprudence camerounaise*, n°36, octobre-novembre-décembre1998, pp. 2-13.
 11. Ordonnance n° 90/004 du 22 juin 1990 relative à la privatisation des entreprises publiques et parapubliques adoptée sur la base de la loi n° 89/030 du 29 décembre 1989, *Juridis info*, n°3, Juillet-septembre 1990, p.84.
 12. Ordonnance du 26 août 1972 fixant l'organisation de la Cour suprême, *J.O.R.U.C* du 1^{er} octobre 1972.
 13. Décret n° 2013/271 du 05 août 2013 modifiant le décret n° 2012/074 du 08 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de

- passation des marchés publics, <https://www.prc.cm/fr/multimedia/documents/493-decret-n-2013-271-du-05-08-2013-marches-publics> (consulté le 16/10/2014)
14. Décret n° 2012/148 du 21 mars 2012 modifiant et complétant certaines dispositions du décret n°2008/035 du 23 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat
15. Décret n° 2012/076 du 8 mars 2012 modifiant le décret n° 2001/048 du 23 Février 2001 portant création de l'ARMP
16. Décret n° 2012/075 du 08 mars 2012 portant organisation du Ministère des Marchés Publics, publié sur le site de l'Agence de régulation des marchés publics: (consulté le 15/10/2014)
- <http://www.armp.cm/Decrets.php?PHPSESSID=0ng6d2pjkvrhbe62dc5da80o5#tzM3>
17. Décret n° 2012/074 du 08 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics, (modifié),
- <http://www.armp.cm/Decrets.php#tzM3>
18. Décret n° 2011/408 du 9 décembre 2011 portant organisation du gouvernement, <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/96928/114778/F1421329860/CMR-96928.pdf> (consulté 15/10/2014)
19. Décret n° 2008/0115/PM du 24 janvier 2008 précisant les modalités d'application de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat.
20. Décret n° 2008/035 du 23 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat (CARPA).
21. Décret n° 2006/088 du 11 mars 2006 portant création, organisation et fonctionnement de la commission nationale anti – corruption
- <http://www.spm.gov.cm/fr/documentation/textes-legislatifs-et-reglementaires/article/decret-n-2006088-du-11-mars-2006-portant-creation-organisation-et-fonctionnement-de-la-commission.html>

-
22. Décret n° 2005/493 du 31 décembre 2005 fixant les modalités de délégations des services publics de l'eau potable et de l'assainissement liquide en milieu urbain et périurbain).
 23. Décret n° 2005/155 du 30 novembre 2005 fixant les modalités de fonctionnement du compte d'affectation spéciale pour la régulation des marchés publics
 24. Décret n° 2004/275 du 24 septembre 2004 portant Code des marchés publics, Yaoundé, Publication de l'ARMP, 2005, 136 p.
 25. Décret n° 2003/651 du 16 avril 2003 fixant les modalités d'application du régime fiscal et douanier des marchés publics.
 26. Décret n° 2001/048 du 23 février 2001 portant création, organisation et fonctionnement de l'Agence de régulation des marchés publics, *Juridis périodique* n° 46, pp. 7-11.
 27. Décret n° 95/101 du 9 juin 1995, portant réglementation des marchés publics.
 28. Décret n° 95/102 du 9 juin 1995, portant attribution, organisation et fonctionnement des commissions des marchés publics.
 29. Décret n° 79/035 du 2 février 1979 portant réglementation des marchés publics.
 30. Décret n°78/487 du 9 novembre 1978 portant création de la Direction centrale des marchés, modifié par les décrets n°80/273 du 18 juillet 1980 et 82/331 du 19 juillet 1982
 31. Décret n° 70/DF/530 du 29 octobre 1970 portant réglementation des marchés publics au Cameroun.
 32. Arrêté n° 038/CAB/PM du 15 mai 2014 mettant en vigueur les dossiers types d'appel d'offres pour la passation des marchés.
 33. Arrêté n°186/CAB/PM du 15 novembre 2011 fixant les taux et les modalités de perception des frais exigibles au titre des contrats de partenariat.
 34. Arrêté n° 033/CAB/PM du 13 février 2007 mettant en vigueur les Cahiers des Clauses Administratives Générales applicables aux Marchés Publics, disponible sur le site de l'Agence de régulation des MP: www.armp.cm

35. Arrêté n° 004/CAB/PM du 30 décembre 2005 relative à l'application du Code des marchés publics, publié sur le site de l'ARMP, www.armp.cm ou de la présidence de la République: <https://www.prc.cm/fr/investir/marches-publics/163-cameroun-l-application-du-code-des-marches>.
36. Circulaire n°001/CAB/PR/ du 19 juin 2012 relative à la passation et au contrôle de l'exécution des marchés publics, disponible sur le site de Ministère des travaux publics:
http://bibliomintp.org/sites/default/files/fichiers_textes_lois/circulaire_n_001_cab_pr_19062012.pdf (consulté le 16/11/2014)
37. La circulaire n° 003/CAB/PM du 31 janvier 2011 précisant les modalités de gestion des changements des conditions économiques des marchés publics.
38. Circulaire n°02/CAB/PM du 31 janvier 2011 relative à l'amélioration de la performance du système des marchés publics. Publiée sur le site des services du premier ministre du Cameroun: <http://www.spm.gov.cm/fr/documentation/textes-lois.html>
39. Circulaire N° 003/CAB/PM du 18 avril 2008 relative au respect des règles régissant la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics, disponible sur le site de la primature <http://www.spm.gov.cm/fr/documentation/textes-legislatifs-et-reglementaires/article/circulaire-n-003cabpm-du-18-avril-2008-relative-au-respect-des-regles-regissant-la-passation-le.html> (consulté le 17/10/2014)
40. ARMP du Cameroun, Dossier type d'appel d'offres, marchés de services et de prestations intellectuelles, Règlement général d'appel d'offres,
41. Agence de régulation des marchés publics du Cameroun, Dossier type d'appel d'offres, marchés de fournitures achetées localement, mis en vigueur par l'arrêté n° 038-CAB/PM du 15 mai 2014 mettant en vigueur les dossiers types d'appel d'offres pour la passation des marchés publics.
42. AGENCE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS, Dossier type d'appel d'offres, marchés de services et de prestations intellectuelles, mai 2014

-
43. Conseil d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (CARPA), Cadre juridique des contrats de partenariat au Cameroun, Lois et textes d'application, Yaoundé, Edition 2013.
 44. Ministre de l'économie, de la planification et de l'aménagement du territoire, «Communiqué n° 001/CAB/MINEPAT du 7 janvier 2013 Relatif aux contrats de partenariat dans la réalisation de grands projets d'infrastructures et d'équipement de service public», *La lettre économique du Cameroun*, n°0016 janvier-février 2013, p. 8.

2. Sénégal

1. Loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat
2. Loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code général des Collectivités locales, *J.O.* n° 6765 du Samedi 28 Décembre 2013.
3. Loi organique n° 2012-23 du 27 décembre 2012 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 99-70 du 17 février 1999 sur la Cour des comptes, *J.O.* n° 6711 du 2 février 2013.
4. LOI n° 2009-21 du 4 mai 2009 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2004-13 du 1er mars 2004, relative aux contrats de construction-exploitation-transfert d'infrastructure, *J.O.* n° 6481 du 25 juillet 2009 (abrogé).
5. Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques, *J.O.* du Sénégal, n° 6406 du Samedi 3 mai 2008.
6. Loi n° 2007-13 du 19 février 2007 autorisant la création d'une société anonyme à participation publique majoritaire dénommée APIX sa, (modifiée par la loi n° 2007-33 du 31 décembre 2007, *J.O.* n° 6393 du 23 février 2008)
7. Loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant la loi n° 65-61 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, article 10 nouveau, *JO* n° 6291 du 5 août 2006

8. Loi n° 2004-13 du 1er mars 2004 relative aux contrats de construction - exploitation - transfert d'infrastructure (CET), (abrogé), *J.O.* n° 6155 du 3 Avril 2004.
9. LOI n° 2004-14 en date du 1er mars 2004 instituant le conseil des infrastructures, *J.O.* n° 6155 du 3 Avril 2004.
10. Loi n° 2003-35 du 24 novembre 2003 portant création d'une Commission nationale de lutte contre la non transparence, la corruption et la concussion, *J.O.* n° 6150 du samedi 28 février 2004
11. Loi organique n° 99-70 du 17 février 1999 sur la Cour des comptes, *J. O.* n° 5845 du 20 février 1999.
12. Loi n° 99-02 du 29 janvier 1999 portant révision de la constitution, article 1^{er}, *Journal officiel* du 30 janvier 1999, pp.41-42.
13. Loi n° 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, *J.O* n° 5358, du 07 juillet 1990, pp. 325-330.
14. Loi n°65-51 du 19 juillet 1965 Portant Code des obligations de l'administration.
15. Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics au Sénégal.
16. Décret n° 2012-01 du 2 janvier 2012 modifiant le décret n° 2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics, *JO* n° 6635 du 2 janvier 2012.
17. Décret n° 2011-1048 du 27 juillet 2011 Portant Code des marchés publics, *J.O.* n° 6604 du 27 Juillet 2011 (abrogé).
18. Décret n° 2010-1396 du 20 octobre 2010 modifiant le décret n° du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, *J.O.* n° 6569 du Samedi 5 février 2011 (abrogé)
19. Décret n° 2010-1188 du 13 septembre 2010 modifiant et complétant le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, *JO*, n° 6546 du 13 septembre 2010, pp 1013-1031(abrogé)

-
20. Décret n° 2009-510 du 29 mai 2009 fixant les modalités de recrutement, le statut et les pouvoirs des agents de l'ARMP chargés des enquêtes sur la régularité des procédures de passation et d'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat.
 21. Décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics
 22. Décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), *J.O.*, du 2 juin 2007, pp. 2938-2947.
 23. Décret n° 2007- 547 du 25 avril 2007 portant création de la Direction Centrale des Marchés publics (DCMP), *J.O.*, n° 6349 du samedi 2 Juin 2007
 24. Décret n° 2005-576 du 22 juin 2005, , portant approbation de charte de transparence et d'éthique en matière de marchés publics au Sénégal, *J.O.* N° 6236 du Samedi 20 août 2005,
 25. Décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des marchés publics (abrogé), *J.O.* n° 6054 du 6 juillet 2002.
 26. Décret n° 83-856 du 10 août 1983 règlementant la qualification et la classification des entreprises, entrepreneurs et artisans de bâtiments et travaux publics, *J.O* du 24 septembre 1983.
 27. Décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de procédure civile, JORS n° spécial 3705 du 28 septembre 1964.
 28. Décret n° 63-031 en date du 22 janvier 1963 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat et des établissements publics, *J.O de la République du Sénégal*, n° spécial du lundi 11 février 1963
 29. Arrêté n° 00865 du 22 janvier 2015 relatif à l'organisation et au fonctionnement des cellules de passation des marchés des autorités contractantes pris en application de l'article 35 et 141 du Code des marchés publics.
 30. Arrêté n° 00864 du 22 janvier 2015 fixant le nombre et les conditions de désignation des membres des commissions des marchés des autorités contractantes pris en application de l'article 36 al. 1 du Code des Marchés publics

31. Arrêté n° 00861 du 22 janvier 2015 fixant le modèle d'engagement des candidats à respecter les dispositions de la charte de transparence et d'éthique en matière de marchés publics pris en application de l'article 44-f du Code des Marchés publics.
32. Arrêté n° 00107 du 07 janvier 2015 relatif aux modalités de mise en œuvre des procédures de demande de renseignements et de prix en application de l'article 78 du Code des marchés publics
33. Arrêté n° 00106 du 7 janvier 2015 fixant les seuils de contrôle à priori des dossiers de marché, pris en application de l'article 141 du Code des marchés publics.
<http://www.marchespublics.sn/fichiers/1746176354b01114eef65.pdf>
34. Arrêté n° 012789 du 26 décembre 2012 relatif aux commandes pouvant être dispensées de forme écrite et donner lieu à règlement sur mémoires ou factures pris en application de l'article 78-3-a du Code des Marchés publics, *J.O.* n° 6756 du samedi 2 novembre 2013 (abrogé)
35. Arrêté n° 012786 du 26 décembre 2012 fixant le nombre et les conditions de désignation des membres des commissions des marchés des autorités contractantes pris en application de l'article 36 (1) du Code des Marchés publics, *J.O.* n° 6756 du samedi 2 novembre 2013 (abrogé)
36. Arrêté ministériel n° 12785 en date du 26 décembre 2012 fixant les modalités d'application de l'article 140 du décret du 27 juillet 2011, *J.O.* n° 6756 du samedi 2 Novembre 2013 (abrogé)
37. Arrêté ministériel n° 9286 en date du 3 octobre 2007 portant organisation et fonctionnement de la Direction centrale des Marchés publics, *J.O.* n° 6381 du 22 Décembre 2007.
38. Ministère de l'économie et des finances, *Projet de manuel de procédures du Code des Marchés publics*, <http://www.marchespublics.sn> (espace législation) (consulté le 28/04/14).
39. Ministère de l'économie et des finances, Rapport n° 1575/MEF du 26 février 2007, de présentation du décret du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics,
40. République du Sénégal, «les innovations de la réforme des marchés publics», Exposé présenté au séminaire interne sur les réformes budgétaires organisé par la

3. Côte d'Ivoire

1. Loi n° 2013-546 du 30 juillet 2013 relative aux transactions électroniques, *J.O* du 12 septembre 2013, p. 583
2. Loi no 97-243 du 25 avril 1997 modifiant et complétant la loi no 94-440 du 16 août 1994 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Cour suprême, *JO*, n° 24 du 12 juin 1997, pp. 603-609
3. Loi n° 94 - 440 du 16 août 1994 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Cour suprême et abrogeant la loi no 78-663 du 5 août 1978 relative à la Cour suprême, *JO*, n° 39 du 22 septembre 1994, pp. 714-729.
4. Loi n° 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage, *JORCI* du 14 septembre 1993.
5. Décret n° 2014-306 du 27 mai 2014 modifiant le décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant Code des marchés publics, <http://www.anrmp.ci/decrets-91532/file/249-decret-n-2014636-du-27-mai-2014-modifiant-le-decret-n-2009-259-du-06-aout-2009-portant-code-des-marches-publics>.
6. Décret n° 2013-308 du 8 mai 2013, *modifiant le décret* n° 2009-260 du 6 août 2009 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics en Côte d'Ivoire *J.O.* n° 31 du jeudi 01 août 2013
7. Décret n° 2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariat public-privé, *Journal Officiel* n° 10 du Jeudi 7 Mars 2013.
8. Décret n° 2012-1152 du 19 décembre 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement du cadre institutionnel de pilotage des Partenariats Public-Privé, *Journal Officiel* n° 10 du Jeudi 7 Mars 2013
9. Décret n° 2009-259 du 06 août 2009 portant Code des marchés publics en Côte d'Ivoire, *J.O*, n° 47, du jeudi 19 novembre 2009, pp. 709-743

10. Décret n° 2009-260 du 6 août 2009 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics en Côte d'Ivoire, *J.O.* n° 50 du 10 décembre 2009 pp. 780-785.
11. Décret n° 2005-110 du 24 février 2005 portant Code des marchés publics (abrogé), http://www.cci.ci/pdfs/codes/codes_desmarches.pdf (consulté le 20-04-14).
12. Décret n° 68-604 du 26 décembre 1968.
13. Arrêté n° 325/MPMB/DGBF/DMP du 23 mai 2014 portant composition et fonctionnement des cellules de passation des marchés publics, <http://www.anrmp.ci/arretes-52513/file/242-arrete-n-325-mpmb-dgbf-dmp-du-23-mai-2014-portant-composition-et-fonctionnement-des-cellules-de-passation-des-marches-publics>
14. Arrêté n° 118/MPMB du 26 mars 2014 portant modalités d'application des sanctions des violations de la réglementation des marchés publics, *J.O.* n° 17 du jeudi 24 avril 2014.
15. Arrêté n° 473/MEF/DGBF/DMP du 22 octobre 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction des Marchés Publics.
<http://marchespublics.ci/fr/fichier/doc/arrete%20473.pdf>
16. Arrêté n° 047/MEF/CAB du 22 février 2012 portant mesures d'encadrement et d'allègement des procédures de passation des marchés publics 2012.
http://www.dmp.finances.gouv.ci/pdf/ARRETE_N047.pdf (dernière consultation le 12/08/2014).
17. Article 5 de l'arrêté n° 661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la cellule recours et sanctions de l'autorité nationale de régulation des marchés publics en Côte d'Ivoire. Texte disponible sur le site de l'ANRMP:
http://www.anrmp.ci/phocadownload/textes/arretes/Arrete_N_661_FIXANT_MODALITES_DE_SAISINE-PROCEDURE_D_INSTRUCTION_ET_DE_DECISION_DU_14SEPT2010.pdf

18. Arrêté n°106/MEF du 13 juillet 2011 portant Code de déontologie en matière de marché public et de délégation des services publics en Côte d'Ivoire, publié sur le portail des marchés publics en Côte d'Ivoire:

<http://www.dmp.finances.gouv.ci/pdf/Arrete106.pdf>

19. Arrêté n° 201 MEF/DGBF/DMP du 21 avril 2010 portant conditions de mise en œuvre de la concurrence informelle pour les dépenses inférieures au seuil de passation des marchés publics, *Bulletin officiel des marchés publics de Côte d'Ivoire*, n° 1151, du 12 juin 2012.

20. Arrêté n° 200 MEF/DGBF/DMP du 21 avril 2010 portant fixation des seuils de passation, de validation et d'approbation dans la procédure des marchés publics, Texte publié sur le site de l'ANRMP: <http://anrmp.ci/fr/arretes/117-arrete-nd200-mefdgbf-dmp-du-21-avril-2010-portant-fixation-des-seuils-de-passation-de-validation-et-dapprobation-dans-la-procedure-des-marches-publics.html>).

21. Arrêté n° 188 MDPMEF/DGBF/DMP du 02 août 2006 portant fixation des seuils de passation, de validation et d'approbation dans la procédure des marchés publics (abrogé),
http://www.dmp.finances.gouv.ci/pdf/arrete_sur_les_seuils_version_finale.pdf).

22. Autorité nationale de régulation des marchés publics, Dossier type d'appel d'offres, Passation des marchés de fournitures et services connexes, p.4. (Consulté le 28-04-2014, <http://anrmp.ci/fr/textes/dossiers-type.html>

23. MINISTERE AUPRES DU PREMIER MINISTRE CHARGE DU BUDGET, Manuel de procédures des marchés publics, Coll. DMP, Décembre 2014, 192 f.

4. Burkina Faso

1. Loi n° 020-2013/AN portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso, Texte disponible sur le site de l'Assemblée nationale http://www.assembleenationale.bf/IMG/pdf/loi_no_020_portant_regime_juridique_du_partenariat_public-privé_au_burkina_Faso.pdf

2. Loi n° 045-2009/AN du 10 novembre 2009 portant réglementation des services et des transactions électroniques, texte disponible sur le site de l'autorité nationale de régulation des télécommunications (consulté le 03/06/2015) http://artel.bf/IMG/pdf/loi_portant_reglention_des_services_transaction.pdf,
3. Loi n° 055-2004/AN du 21 décembre 2004 portant Code général des collectivités territoriales au Burkina Faso, *JO* spécial n° 2 du 20/4/2005 (modifiée par les lois 040-2005/AN du 29/11/2005, *JO* n° 51/2005), 021-2006/AN du 14/11/2006, art. 1 (*JO* n° 50/2006) et 065-2009 du 9/12/2009, art. 1 (*JO* n°10/2010)
4. Loi organique n° 014-2000/AN du 16 mai 2000 portant composition, attributions, organisation, fonctionnement de la Cour des comptes et procédure applicable devant elle. Texte disponible sur le site de la Cour des comptes <http://www.cour-comptes.gov.bf/> (rubrique centre de publication) ou sur lien qui suit: <http://www.pointcom.bf/CCP/media/LOIORGANIQUE.pdf> (dernière consultation en mars 2014)
5. Loi n° 025-99/AN du 16 novembre 1999 portant réglementation générale des sociétés à capitaux publics ne traite pas de l'EPIC, *JOBF* du 30 décembre 1999, p. 2898.
6. Loi n° 39-98/AN du 30 juillet 1998 portant règlement des établissements publics de l'Etat à caractère administratif l'exclu expressément de son champ d'application.
7. Loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 relative à la concurrence modifiée par la loi 33-2001 du 4 décembre 2001, <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Burkina/Burkina%20-%20Concurrence.pdf>
8. Décret n° 2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique *J.O* n° 40 du 02 octobre 2014.
9. Décret n° 2014 - 628 /PRES/PM/MEF du 29 juillet 2014 portant création, attributions, composition et fonctionnement de la Commission de partenariat public-privé, (dernière consultation le 05/12/14). http://www.arnp.bf/images/stories/docs/decrets/decret_2014_628_pres_pm_mef_commission_ppp.pdf

-
10. Décret n° 2014-024/PRES/PM/MMEF du 3 février 2014 portant modalités d'application de la loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso. <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/11513838253f7129d568ab.pdf> (dernière consultation fév. 2015).
 11. Décret n° 2013-1148 du 12 décembre 2013 modifiant le décret n° 2008-173 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public, *J.O*, n° 22 du 29 mai 2014,
 12. Décret n° 2013- 493 /PRES promulguant la loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso
 13. Décret n° 2012-123/PRES/PM/MEF du 2 mars 2012 modifiant le décret n° 2008-173/PRES/MP/MEF du 16 avril 2008 **portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso**, *J.O*, n° 28 du 12 juillet 2012
 14. Décret n° 2009-849/PRED/PM/MEF du 24 décembre 2009 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics au Burkina Faso, *J.O* n°4 du 28 janvier 2010.
 15. Décret n° 2008-173 /PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, *J.O* n° 18 du 1^{er} mai 2008.
 16. Décret n° 2008-374/PRES/PM/MEF du 2 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée, Texte disponible sur le site de la Direction générale des marchés publics (consulté le 21-04-14) <http://www.dcmp.bf/SiteDcmp/textes/decrets/maitrise-ouvrage.pdf>
 17. Décret n° 2007-243/PRES/PM/MFB du 9 mai 2007, *J.O*, n° 27 du 5 juillet 2007 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics au Burkina Faso, (abrogé)
 18. Décret n° 2003-269 du 7 mai 2003 portant Réglementation générale des achats publics (abrogé), article 2, *J.O* spécial n° 01-2003 du 10 juin 2003.

19. Décret n° 96-059/PRES/PM/MEF du 7 mars 1996 portant réglementation générale des marchés publics (abrogé)
20. Décret n° 70-202 du 5 septembre 1970 portant réglementation des marchés administratifs, *JO de la République de Haute Volta*, n° 50 du 26 novembre 1970 (abrogé).
21. Zatu AN VII 44 du 23 juillet 1990 portant monopole des études et contrôles géotechniques et du contrôle technique en vue de garantie décennale en matière de bâtiments et travaux publics.
22. Décret n° 70-202 du 5 septembre 1970 portant réglementation des marchés administratifs, *JO de la République de Haute Volta*, n° 50 du 26 novembre 1970
23. Arrêté n° 2014-0263/MEF/SD/DGCOOP du 28 juillet 2014 portant création, attributions, composition et fonctionnement de la commission de sélection de partenaires privés pour la réalisation de projet en partenariat public-privé, <http://www.dgcoop.gov.bf/data/documents/001/ppp/arrete-n-2014-0263-commission-de-selection-de-ppp.pdf> (dernière consultation février 2015).
24. Arrêté n° 2013-143/MEF/CAB portant adoption des spécifications techniques de matériels et consommables informatiques, objet de marché public au Burkina Fas, *JO* n° 24 du 13 juin 2013
25. Arrêté n° 2013-142/MEF/CAB du 26 avril 2013 portant adoption des spécifications techniques de matériels bureau, objet de marché public au Burkina Faso, *JO* n° 24 du 13 juin 2013.
26. Arrêté conjoint n° 2013-098/MENA/MEF du 25 octobre 2013 portant définition du cartable minimum des élèves et du contenu du fonctionnement courant des écoles de l'enseignement primaire au Burkina Faso, texte disponible sur le site de l'ARMP:
http://www.armp.bf/index.php?option=com_content&view=article&id=67&Itemid=104;
27. Arrêté n° 2013-022/MEF/CAB du 22 janvier 2013, modifiant l'arrêté n° 2012-225/MEF/CAB du 2 juillet 2012 portant adoption des spécifications techniques de matériel roulant, objet de marché public au Burkina Faso.

<http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/96935959353f62910823e1.pdf>

28. Arrêté n° 2011-296/MEF/CAB portant obligation d'établissement et procédure d'élaboration des plans annuels de passation des marchés publics et des délégations de service public et composition et fonctionnement des comités chargés de l'examen des plans de passation des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso. Disponible sur le site de l'Autorité de régulation des marchés publics: http://www.armp.bf/images/stories/docs/arretes_autres/arrete_2011_296_mef_cab.pdf (consulté le 17/ 10/ 2014).
29. Arrêté n° 2010-247/MEF/CAB du 5 juillet 2010 portant fixation des pièces administratives exigées des candidats aux marchés publics et modalités de fonctionnement des commissions d'attribution des marchés, des commissions de sélection des candidats aux délégations de service public et des commissions de réception, article 13, *JO* n° 33 du 19 août 2010.
30. Arrêté n° 2010-028/ MEF/ CAB/ du 8 février 2010 portant fixation de seuil de délégation d'attribution entre le Directeur des marchés publics et les spécialistes en passation des marchés, *Revue des marchés publics*, éd. Spécial février 2010
31. Arrêté n° 2009-253/MEF/CAB du 14 juillet 2009, portant approbation des cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés d'équipement, de fournitures et de service courants
32. Arrêté n° 2008-0636/MEF/SG/CNCS du 25 juillet 2008 relative à la mise en place des personnes responsables des marchés au Burkina Faso, <http://decentralisation-bf.net/266-69> (consulté le 16/10/2014).
33. ARMP du Burkina Faso, Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés d'équipements, de fournitures et de services courants.

B. TEXTES ET DOCUMENTS OFFICIELS COMMUNAUTAIRES ET INTERNATIONAUX

1. UEMOA

1. Annexe 1 du règlement n° 03/2002/ UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur l'Union économique et monétaire ouest africaine: notes interprétatives de certaines dispositions, Note 2.
<http://www.uemoa.int/Pages/ACTES/ConseilDesMinistres.aspx>
2. Décision n°13/2012/CM/UEMOA du 10 mai 2012 portant adoption des dossiers standards régionaux d'acquisition de travaux, de fournitures, de services courants et du modèle de rapport d'évaluation,
www.uemoa.int/Documents/Actes/2012/Dec_13_2012_CM_UEMOA.PDF
3. Décision n°12/2012/CM/UEMOA du 10 mai 2012 portant adoption des dossiers standards régionaux d'acquisition de prestations intellectuelles et du modèle de rapport d'évaluation,
http://www.uemoa.int/Documents/Actes/2012/Dec_12_2012_CM_UEMOA.PDF
4. Décision n°11/2012/CM/UEMOA du 10 mai 2012 portant adoption des dossiers standards régionaux d'acquisition de délégation de service public,
www.uemoa.int/Documents/Actes/2012/Dec_11_2012_CM_UEMOA.PDF
5. Décision 001/2010/COM/UEMOA du 02 février 2010 portant création, composition et modalités de fonctionnement de l'Observatoire régional des marchés publics dans l'espace UEMOA, disponible sur le portail des marchés publics:
<http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/13781089864f63ca2e44d87.pdf>
(dernière consultation en janvier 2013)
6. Décision n° 06/2004/COM/UEMOA portant décision de ne pas soulever d'objections à l'égard des lois portant diverses dispositions relatives au régime juridique et fiscal unique et harmonisé applicable en République du Bénin et en République togolaise dans le cadre de la réalisation du projet gazoduc de l'Afrique de l'Ouest,
http://www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/DEC_6_2004_CM.aspx

-
7. Décision n°01/2000/CM/UEMOA portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des Etats membres de l'UEMOA, Disponible sur le site d'IZF:
www.izf.net/upload/document/JournalOfficiel/AfriqueOuest/2000/DEC_01_00.htm
 8. Directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA
http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_01_2009_CM_UEMOA.pdf
 9. Directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA,
http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_06_2009_CM_UEMOA.pdf
 10. Directive n°07/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA,
http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_07_2009_CM_UEMOA.pdf
 11. Directive n°08/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant nomenclature budgétaire de l'Etat au sein de l'UEMOA
http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_08_2009_CM_UEMOA.pdf
 12. Directive n° 09/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Plan Comptable de l'Etat (PCE) au sein de l'UEMOA
http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_09_2009_CM_UEMOA.pdf
 13. Directive n°10/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Tableau des Opérations Financières de l'Etat (TOFE) au sein de l'UEMOA
http://www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_10_2009_CM_UEMOA.pdf
 14. Directive 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA
www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_05_2005_CM_UEMOA.pdf (dernière consultation janvier 2013)

15. Directive 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés public et des délégations de service public dans l'UEMOA, ce texte est disponible sur le site de l'UEMOA (rubrique Actes)
www.uemoa.int/Documents/Actes/directive_04_2005_CM_UEMOA.pdf
16. Directive n° 02/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA, Les Bulletins Officiels de l'Union Économique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA) 1996 à 2000, publié sur www.izf.net.
www.izf.net/upload/document/JournalOfficiel/AfriqueOuest/2000/DIR_02_00.htm
ou <http://www.uemoa.int/Pages/ACTES/ConseilDesMinistres.aspx> (dernière consultation en janvier 2013)
17. Directive n° 01/96/CM du 15 janvier 1996 relative à la mise en œuvre de la surveillance multilatérale des politiques macro-économiques au sein des Etats membres de l'UEMOA, plusieurs fois modifiée, Bulletin officiel de l'UEMOA, mai 1996, pp. 22-23.
18. Directive n° 01/2002/CM/UEMOA, du 23 mai 2002 relative à la transparence des relations financières entre d'une part les Etats membres et les entreprises publiques et d'autre part entre les Etats membres et les organisations internationales.
http://www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/directive_01_2002_cm.aspx
19. Directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence.
http://www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/directive_02_2002_cm.aspx
20. Guide didactique de la Directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois des finances au sein de l'UEMOA
www.uemoa.int/Documents/Actes/FINANCES_PUBLIQUES/Guide_didactique_directive_09_2009.pdf

-
21. Protocole additionnels n° I, de 1996 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA.
Publié sur www.uemoa.int.
 22. Protocole additionnel n° II relatif aux politiques sectorielles de l'UEMOA.
 23. Protocole additionnel n° 1/2009/CCEG/UEMOA modifiant le protocole additionnel n° III/2001 instituant les règles d'origine des produits de l'UEMOA.
 24. Protocole additionnel n° IV modifiant le protocole additionnel n° 2
 25. Recommandation n° 04/97/CM du 21 juin 1997 relative à la mise en œuvre d'un programme d'actions communes dans les domaines des infrastructures et des transports routiers au sein de l'UEMOA, www.uemoa.int (rubrique Actes – décisions adoptées en 1997)
 26. Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA,
 27. Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 portant sur les procédures applicables aux ententes et abus de position dominante
 28. Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 sur les aides d'Etat et sur les modalités d'application de l'article 88 (c) du traité.
 29. Règlement N° 01/2000/CM/UEMOA portant modalités du contrôle de la Cour des comptes
www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/REG_01_2000.aspx

2. CEMAC

1. Acte additionnel n°1/CEMAC/CCE/10 du 17 janvier 2010 portant adoption du programme économique régional et création du fonds émergence CEMAC, texte publié sur le site de la CEMAC
http://www.cemac.int/TextesOfficiels/Actes/ACA01_2010.pdf

2. Acte n° 8/93-UDEAC-556-CD-SE1 fixant la date de mise en application du Programme Régional des Réformes fiscal-douanières (PRR), disponible sur le site d'IZF: <http://www.izf.net/pages/acte-8-93/3591/> (dernière consultation le 01/12/14)
3. Convention régissant l'Union économique de l'Afrique centrale, Yaoundé, le 25 juin 2008.
http://www.cemac.int/sites/default/files/documents/files/convention_ueac.pdf.
4. Convention régissant l'Union monétaire de l'Afrique centrale, Yaoundé, le 25 juin 2008,
http://www.cemac.int/sites/default/files/documents/files/convention_umac.pdf.
5. Directive n° 06/11-UEAC-190-CM-22 relative au Code de transparence et de bonne gouvernance;
6. Directive n° 01/11-UEAC-190-CM-22 relative aux lois de finances,
Directive n° 02/11-UEAC-190-CM-22 relative au règlement général sur la comptabilité publique;
7. Directive n° 03/11-UEAC-195-CM-22 relative au Plan comptable de l'Etat;
8. Directive n° 04/11-UEAC-190-CM-22 relative à la Nomenclature budgétaire de l'Etat
Directive n° 05/11-UEAC-190-CM-22 relative au Tableau des opérations financières de l'Etat
9. Directive n° 01/08-UEAC-190-CM-17 du 20 juin 2008 modifiée par la Directive n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances. Disponible sur <http://www.cemac.int/> (rubrique Textes officiels) ou sur www.cemac.int/TextesOfficiels/Directives/DIR01_2011.pdf
10. Règlement n° 17/99/CEMAC-20-CM-03 relatif à la Charte des investissements, du 17 décembre 1999», *Bulletin officiel de la CEMAC*, disponible sur le site www.izf.net.
11. Règlement n° 04/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Étatiques Affectant le Commerce entre les États membres», *Les bulletins officiels de la CEMAC*, 18 août 1999.
12. Règlement n° 01/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999

13. Règlement n°12-05-UEAC-639 U-CM-SE du 27 juin 2005.

3. OHADA

1. Traité portant révision du traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires adopté le 17 octobre 2008 au Québec, publié sur le site de l'OHADA: <http://www.ohada.com/traite-revise.html> (consulté le 20 mai 2013)
2. Traité signé à Port-Louis le 17 octobre 1993 et entré en vigueur le 15 septembre 1995. J.O de l'OHADA n°4 du 01 novembre 1997
3. Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999, J.O de l'OHADA, n°8 du 15 mai 1999.
4. Acte uniforme relatif au droit commercial général adopté le 17 avril 1997, *Journal officiel de l'OHADA* n°1 du 1^{er} octobre 1997, modifié par l'Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé, *J. O. de l'OHADA*, n° 23 du 15 février 2011.
5. Acte uniforme portant organisation des sûretés, adopté le 17 avril 1997, *J.O. de l'OHADA*, n°3 du 1^{er} octobre 1997, modifié par l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés adopté le 15 décembre 2010 à Lomé, *J.O. de l'OHADA*, n° 22 du 15 février 2011

4. Autres textes ou documents officiels internationaux

Banque mondiale

1. Directives sélection et emploi de consultants par les emprunteurs de la Banque mondiale dans le cadre des prêts de la BIRD et des crédits et dons de l'AID, Washington, BIRD/ Banque mondiale, 2011. Disponible sur le site de la Banque: http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Consultant_GLs_French_Final_Jan2011.pdf (dernière consultation le 24/03/2012)
2. *Directives passation des Marchés de fournitures, de travaux et de services (autres que les services de consultants) par les Emprunteurs de la Banque mondiale dans le cadre des Prêts de la BIRD et des Crédits et Dons de l'AID*, Washington, BIRD/ Banque Mondiale, 2011, Disponible sur:

http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement_GLs_French_Final_Jan2011.pdf (dernière consultation le 24/03/ 2012)

3. Le «Bank financed procurement manual»
<http://siteresources.worldbank.org/PROCUREMENT/Resources/pm7-3-01.pdf>
(dernière consultation le 25/03/2012)
4. *Use of Country Procurement Systems in Bank-supported Operations. Proposed piloting program*, Board Document R2008-0036/1, Washington DC, Banque Mondiale, 2009,
5. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *ICSID basic documents*, Washington, D.C., International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1985, 107 p.

CNUDCI

1. Loi type sur la passation des marchés publics, Résolution 66/95 adoptée par l'assemblée générale le 9 décembre 2011 (sur la base du Rapport de la sixième commission A/66/17, adopté le 1er juillet 2011).
2. Loi type sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services adopté le 15 juin 1994 et guide pour l'incorporation dans le droit interne, New York, Nations unies, 1995 (abrogé).
<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement/ml-proc-f.pdf> .
3. Projets d'infrastructure à financement privé, guide de la législation des projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitre, Rapport du Secrétariat général, trentième session, Vienne 12-30 mai 1997, A/CN.9/438.
4. CNUDCI, 27^e session, New York, 31 mai - 17 juin 1994, A/CN.9/399.
5. Note du secrétariat, propositions relatives aux travaux futurs possibles présentées lors du congrès de la CNUDCI, 26^e session, Vienne, 23 juin 1993, A/CN.9/378

-
6. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI adopté le 28 avril 1976 et *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, avec les amendements tels qu'adoptés en 2006: ces textes peuvent être consultés sur le site de la Commission: www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html
 7. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 20 mai-10 juin 1958, New York, Nations Unies, 1958.

COMESA

Common market for eastern and southern africa (COMESA), “Public Procurement Regulations” Official Gazette of the COMESA, vol. 15, n°3, 9 juin 2009. 36 p.

Fonds Monétaire international

Fonds monétaire international, Code de bonnes pratiques en matière de transparence des finances publiques, 2007, www.imf.org/external/np/fad/trans/fre/codef.pdf

OCDE

1. OCDE, Comité de la Concurrence, Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics, Paris, OCDE, 2009, 18p. Document disponible sur le site de l’OCDE:
<http://www.oecd.org/fr/concurrence/ententesetaccordsanticoncurrentiels/42340181.pdf>
(consulté le 07/05/2013).
2. Programme d'action d'Accra, 4 septembre 2008,
<http://www.oecd.org/dac/effectiveness/34428351.pdf>
3. OCDE, Méthodologie d'évaluation des régimes nationaux de passation des marchés, Version 4, 3 octobre 2006,
<http://www.oecd.org/fr/cad/efficacite/37628927.pdf>
4. Déclaration de Paris sur l'efficacité l'aide, 2 mars 2005,
<http://www.oecd.org/fr/cad/efficacite/declarationdeparissurlefficacitedelaide.htm>

5. Déclaration de Rome sur l'Harmonisation, 25 février 2003, DCD/DAC/TFDP (2003) 1

Union Africaine

Charte africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'administration adoptée à Addis Abeba le 31 janvier 2011, <http://au.int/en/content/african-charter-values-and-principles-public-service-and-administration>).

Union européenne

1. Accord d'étape vers un accord de partenariat économique entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la partie Afrique centrale, d'autre part, *JOUE*, n° L57 du 28 février 2009.
2. Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, Journal Officiel des Communautés Européennes, n° L 317 du 15 décembre 2000, pp 3-284. Modifié en 2005: *JOUE*, n° L 209, du 18 août 2005, pp. 27-53 et en 2010 *JOUE*, n° L 287, du 4 novembre 2010, pp.3 - 49.
3. COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de décision du Conseil sur la position à adopter par la communauté européenne au sein du Conseil des ministres ACP-CE au sujet d'une décision de révision de l'annexe IV de l'Accord de partenariat ACP-CE signé à Cotonou. Bruxelles, le 30 juillet 2008, n° SEC (2008) 2311 final.
4. COMMISSION EUROPEENNE, Règles et procédures applicables aux marchés de services, de fournitures et de travaux financés par le budget général des Communautés européennes dans le cadre de la coopération avec les pays tiers, C (2007) 2034, 2 mai 2007.

-
5. COMMISSION EUROPEENNE, Global Europe, Competing in the world - A contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy, COM/2006/ 0567/final.
 6. COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Vers une pleine intégration de la coopération avec les pays ACP dans le budget de l'UE, Bruxelles le 8.10.2003, COM (2003) 590 final.
 7. COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur les relations entre l'Union Européenne et les pays ACP à l'aube du 21ème siècle: défis et options pour un nouveau partenariat, COM (96) 570 final, 20 nov. 1996, Bruxelles, 1996.
 8. CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, Décision du Conseil sur la position à adopter par la Communauté européenne au sein du Conseil des ministres ACP-CE au sujet d'une décision de révision de l'annexe IV de l'accord de partenariat ACP-CE, Bruxelles, le 23 septembre 2008, n° ACP-CE 12835/08
 9. CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE ET PARLEMENT EUROPEEN, Directive "générale" n° 2014/24/UE du 26 février 2014, *JOUE* du 28 mars 2014.
 10. CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE ET PARLEMENT EUROPEEN, Directive "Secteurs spéciaux" n° 2014/25/UE du 26 février 2014, *JOUE* du 28 mars 2014.
 11. CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE ET PARLEMENT EUROPEEN, Directive sur l'attribution des concessions n° 2014/23/UE du 26 février 2014, *JOUE* du 28 mars 2014.
 12. CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE ET PARLEMENT EUROPEEN, Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services *JOUE* n° L 134 du 30 avril 2004 pp. 114-240.
 13. CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE ET PARLEMENT EUROPEEN, Directive 2004/17/CE 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, *JOUE*, n° L 134/2

14. CONSEIL DES MINISTRES ACP-CEE, «Décision n°3/90 du Conseil des ministres ACP-CEE du 29 mars 1990 portant adoption de la réglementation générale, des cahiers généraux des charges et du règlement de procédures de conciliation et d'arbitrage, relatifs aux marchés de travaux, de fournitures et de services financés par le Fonds européen de développement (FED), et concernant leur application», *JOCE*, n° L 382, 1990, p. 1-107.

IV.DECISIONS DES ORGANES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

A. AUTORITES ADMINISTRATIVES DE REGLEMENT DES LITIGES

1. Sénégal

a. Avis

1. ARMP du Sénégal Avis n° 003/13/ARMP/CRD du 12 juin 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la direction générale de l'enseignement supérieur (DGES) concernant la mise en place d'une commission des marches en son sein:
http://www.armp.sn/images/Avis/AVIS_N_003-13-Direction_G%C3%A9n%C3%A9rale_de_lEnseignement_Sup%C3%A9rieur.pdf
2. ARMP du Sénégal, AVIS N° 002/13/ARMP/CRD du 08 mai 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de l'Autorité de régulation des télécommunications et des postes (ARTP) demandant l'autorisation de confier à la cellule de passation des marchés et à la commission des marches de l'ARTP, la conduite des procédures de passation du Fonds de développement du Service Universel des Télécommunications (FDSUT), avis publié sur le site de l'ARMP: http://www.armp.sn/images/Avis/AVIS_N_002-13-ARTP.pdf.

-
3. Avis du CRD n° 011 du 1er août 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine du Centre national hospitalier universitaire de Fann concernant l'exécution anticipée de prestations par l'entreprise KISAKALA dans le cadre de la passation du marché de clientèle relatif à la restauration du personnel de garde et des pensionnaires dudit hôpital:
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=57&Itemid=275
 4. Avis n° 008/12/ARMP/CRD du 03 avril 2012 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission de litiges sur la demande d'autorisation de l'AGEROUTE de poursuivre la procédure de passation suite à l'avis défavorable de la DCMP sur la proposition d'ouvrir, aux cabinets étrangers, la manifestation d'intérêts portant sur le marché d'études pour les travaux de construction de l'autoroute Mbour- Kaolack- Tambacounda – Kédougou – Falémé:
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=210&Itemid=275
 5. Avis n° 004/12/ARMP/CRD du 03 avril 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la Direction centrale des marchés publics concernant la conformité de certaines commissions des marchés aux dispositions de l'arrêté n°11588 du 28 décembre 2007 pris en application de l'article 36 du Code des marchés publics:
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=212:avis-nd-00412armpcrd-du-03-avril-2012&Itemid=216
 6. Avis n° 002/12/ARMP/CRD du 1^{er} Février 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la Société G.E.S. SARL sur la portée de la sanction d'exclusion prononcée contre elle par le comité de règlement des différends de l'ARMP:
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=214&Itemid=275
 7. Avis n° 012/11/ARMP/CRD du 07 septembre 2011 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande d'avis de l'agence des travaux et de gestion des routes (AGEROUTE) sur l'avis de la DCMP imputant le

financement du marché des travaux relatifs à la construction de l'autoroute AIBD-MBOUR-THIES au budget national et, en conséquence, la limitation de son accès aux seules entreprises nationales et communautaires:

http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=220&Itemid=275

8. Avis n° 005/11/ARMP/CRD du 20 avril 2011 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de la primature portant sur la conduite à tenir par rapport à la demande d'autorisation du ministère de la coopération internationale, des transports aériens, des infrastructures et de l'énergie de passer par entente directe, le marché d'acquisition de deux (2) bacs automoteurs pour les localités de Katakalousse et Foundiougne,
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=226:avis-nd-00511armpcrd-du-20-avril-2011&Itemid=231
9. Avis n° 017/10/ARMP/CRD du 11 août 2010 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la Société UNIVERSAL AUTO dénonçant la pratique qui consiste à exiger des candidats aux marchés de fourniture de véhicules neufs, l'autorisation du constructeur comme enfreignant les règles de la concurrence en ce qu'elle exclue les vendeurs d'automobiles indépendants du réseau des constructeurs:
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=233&Itemid=275
10. Avis n° 016/10/ARMP/CRD du 11 août 2010 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la Direction centrale des marches publics relative a la recevabilité des offres des groupements dont des membres ne sont pas des entreprises communautaires dans le cadre de marches publics financés par les ressources internes des Etats de l'UEMOA):
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=234&Itemid=275
11. Avis n° 004/10/ARMP/CRD du 24 février 2010 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande d'avis du Centre des œuvres universitaires de Dakar (COUD) pour procéder à l'approbation, suite à l'avis défavorable de la DCMP, du marché exécuté par anticipation relatif a

-
- l'exploitation du restaurant EPT de Thiès au titre de la gestion 2008 et 2009.
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=243&Itemid=275
12. ARMP du Sénégal, Avis n° 012/09/ARMP/CRD du 23 septembre 2009 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de l'Agence nationale de promotion touristique (ANPT) sur l'application du Code des marchés publics aux marchés relatifs aux opérations conjointes de promotion de la destination Sénégal avec les tours operators.
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=249:avis-nd-01209armpcrd-du-23-septembre-2009&Itemid=253
13. ARMP du Sénégal, Avis n° 009/ARMP/CRD du 16 juillet 2009 du CRD statuant en Commission litiges sur la demande d'avis de la Caisse de dépôts et de consignations portant sur le non respect par la Direction centrale des marchés publics des délais de traitement des dossiers impartis par la décision n° 01/CRMP du 06 mars 2008 prise en application des articles 138 et 139 du Code des marchés publics,
http://www.armp.sn/spip//IMG/pdf/Avis_No_009_-_CDC_c_DCMP.pdf
14. Avis n° 008/09/ARMP/CRD du 28 mai 2009 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de la SONES (Société nationale des eaux du Sénégal) relative à l'application du Code des marchés publics à l'acquisition de produits pharmaceutiques au Sénégal,
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=253&Itemid=275
15. Avis n° 007/09/ARMP/CRD du 11 mai 2009 du CRD statuant en commission litiges sur la demande de la DCMP de saisir la commission de l'UEMOA sur la conduite à tenir par rapport aux garanties délivrées par les banques étrangères.
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=254&Itemid=275
16. Avis n° 003/ARMP/CRD du 18 septembre 2008 du Comité de règlement des différends statuant en commission des litiges sur la demande de régularisation du marché n° 3072/HPD/MAT/CM du 17/12/2007 relatif à la réhabilitation et l'extension des services médicaux de l'hôpital principal de Dakar.
http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=258&Itemid=275

b. Décisions

1. Decision n° 232/14/ARMP/CRD du 27 août 2014 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine du Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche concernant la possibilité d'ouvrir à l'international la procédure de sélection pour les travaux de construction de l'université du Sine Saloum de Kaolack (USSK):
http://www.arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=1022:decision-nd-23214arpmpcrd-du-27-aout-2014&Itemid=1054
2. Décision n° 225/14/ARMP/CRD DU 27 août 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de l'entreprise FERMON LABO Sénégal sa contestant l'attribution provisoire du marché relatif à l'acquisition d'aliment de bétail, lancé par le Ministère de l'élevage et des productions animales:
http://www.arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=1014:decision-nd-22514arpmpcrd-du-27-aout-2014&Itemid=1046
3. Décision n° 206/14/ARMP/CRD du 06 aout 2014 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de l'entreprise Touba Darou Miname contestant l'attribution provisoire du marche relatif aux travaux de construction de trois (3) lycées dans des régions de Kédougou, Louga et Sédhiou lancé par la Direction des constructions scolaires du ministère de l'éducation nationale:
http://arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=996&Itemid=57
4. Décision n° 191/14/ARMP/CRD du 18 juillet 2014 du CRD statuant en commission litiges prononçant la suspension de la procédure de passation du marché relatif à l'acquisition de véhicules utilitaires, lancé par la Société PETROSEN:
http://arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=983:decision-nd-19114arpmpcrd-du-18-juillet-2014&Itemid=1015
5. Décision n° 102/14/ARMP/CRD du 16 avril 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de l'AGERROUTE sollicitant l'autorisation de poursuivre la procédure de passation du marche relatif aux travaux de réparation du pont de Talto, suite à l'avis négatif de la direction centrale des marches publics:

<http://www.marchespublics.sn/fichiers/73873200853738adcd6706.pdf>

6. Décision n° 088/14/ARMP/CRD du 02 avril 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de l'entente CADA-K-CAR en contestation de l'avis défavorable de la Direction centrale des marchés publics concernant la composition de sa commission des marchés et de sa cellule de passation des marchés:
<http://www.marchespublics.sn/fichiers/12443139085356471814724.pdf>
7. Décision n° 085/14/ARMP/CRD du 02 avril 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de la Société African Industries Gateway demandant l'annulation de l'appel à candidature pour la sélection d'opérateurs pour l'exploitation de la plateforme de distribution lancé par le Port Autonome de Dakar:
<http://www.marchespublics.sn/fichiers/812718606535642a2dcc80.pdf>
8. Décision n° 044/14/ARMP/CRD du 12 février 2014 du CRD statuant en commission litiges sur le recours du Ministère des sports et de la vie associative visant à obtenir l'autorisation de signer, par entente directe, le marché relatif aux travaux de remise aux normes du stade Léopold Sédar SENGHOR:
http://www.arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=828:decision-nd-04414arpmpcrd-du-12-fevrier-2014&Itemid=858
9. Décision n° 036/14/ARMP/CRD du 05 février 2014 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande d'AGEROUTE pour une dérogation sur la période de quinze (15) jours entre la publication de l'avis d'attribution provisoire et la signature du marché relatif aux travaux de construction de la voirie intérieure, de la bretelle de la façade et d'un hélicoptère au Centre international de conférence de Diamniadio (CICD):
http://www.arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=823:decision-nd-03614arpmpcrd-du-05-fevrier-2014&Itemid=853
10. Décision n° 023/14/ARMP/CRD du 22 janvier 2014 du comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de l'Agence sénégalaise d'électrification rurale (ASER) pour passer par entente directe avec l'entreprise indienne Lucky Exports le marché relatif à la fourniture, le transport et la pose de matériels de réseaux électriques dans différentes régions du pays..

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=809:decision-nd-02314armpcrd-du-22-janvier-2014&Itemid=840

11. Décision n° 391/13/ARMP/CRD du 26 décembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de la Présidence de la République demandant le classement «secret-défense» de certains marchés:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=782:decision-nd-39113armpcrd-du-26-decembre-2013&Itemid=812

12. Décision n° 376/13/ARMP/CRD du 04 décembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours introduit par le groupe d'ingénierie et de construction (GIC) contestant les critères de l'avis d'appel public a manifestation d'intérêt ayant pour objet la présélection de candidats pour une assistance au maître d'ouvrage (AMO) pour les travaux de construction de l'autoroute Thiès-Touba:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=767:decision-nd-37613armpcrd-du-04-decembre-2013&Itemid=798

13. Décision n° 356/13/ARMP/CRD du 20 novembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours introduit par la Société SONAM contestant l'attribution provisoire du marché relatif à la couverture des risques pour la gestion 2013 au profit de la RTS:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=746:decision-nd-35613armpcrd-du-20-novembre-2013&Itemid=778

14. Décision n° 327/13/ARMP/CRD du 30 octobre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la demande d'autorisation initiée par le Conseil Sénégalais des chargeurs (COSEC) pour passer un marché par entente directe avec la Société Etude GAMMA pour l'hébergement d'une application développée sous WEBDEV et avec la Société TRACK TRACE pour le suivi des cargaisons de l'embarquement au débarquement:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=715:-decision-nd-32713armpcrd-du-30-octobre-2013&Itemid=749

15. Décision n° 309/13/ARMP/CRD du 09 octobre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de l'entreprise MASTER OFFICE contestant

l'attribution provisoire du marché relatif à la fourniture de mobilier de bureau, lancé par le ministère de la promotion de la bonne gouvernance et des relations avec les institutions:

<http://www.marchespublics.sn/fichiers/168633086252611c086acfd.pdf>

16. Décision n° 303/13/ARMP/CRD du 02 octobre 2013 du CRD différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société OUMOU INFORMATIQUE contestant la décision d'attribution des lots 1 et 2 du marché relatif à la fourniture d'équipements informatiques au profit de la Direction du traitement automatique de l'information du Ministère de l'économie et des finances:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=691:decision-nd-30313armpcrd-du-02-octobre-2013&Itemid=725

17. Décision n° 302/13/ARMP/CRD du 02 octobre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de l'Agence d'assistance à la sécurité de proximité demandant l'autorisation de recourir aux services de la commission des marchés du ministère de l'intérieur:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=690:decision-nd-30213armpcrd-du-02-octobre-2013&Itemid=724

18. Décision n° 291/13/ARMP/CRD du 25 septembre 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société CCBM industries portant sur le marché relatif à la fourniture de véhicules 4x4 station wagon et pick up double cabine, lancé par la Société anonyme (AIBD s.a):

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=679&Itemid=57.

19. Décision n° 278/13/ARMP/CRD DU 11 Septembre 2013 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission litiges sur la demande du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche pour la signature de marches par entente directe entre l'Agence de construction des bâtiments et édifices publics et les Entreprises ESCI et CSE pour la démolition de six pavillons universitaires à l'UCAD:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=666:decision-nd-27813armpcrd-du-11-septembre-2013&Itemid=700

20. Décision n° 280/13/ARMP/CRD du 11 septembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de l'Agence pour l'économie et la maîtrise de l'énergie (AEME) sollicitant la validation de la composition de sa commission des marchés:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=668:decision-nd-28013armpcrd-du-11-septembre-2013&Itemid=702

21. Décision n° 276/13/ARMP/CRD du 11 septembre 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société horizons industries S.A. contestant la décision d'attribution du marché relatif à l'acquisition de pièces de rechange et de consommables d'atelier au profit de la Société Dakar Dem Dikk:

http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=664&Itemid=57

22. Décision n° 273/13/ARMP/CRD du 11 septembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la demande du centre hospitalier régional El Hadj Ahmadou Sakhir Ndieguène sollicitant l'autorisation de passer par demande de renseignements et de prix une partie du marché relatif à la fourniture de bureau et de consommables informatiques attribué provisoirement à l'entreprise Keur Serigne Fallou:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=661:decision-nd-27313armpcrd-du-11-septembre-2013&Itemid=694

23. Décision n° 271/13/ARMP/CRD du 11 septembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de la Société MINTECH international contestant l'attribution provisoire des lots 5 et 6 du marché relatif à l'acquisition d'effets, accessoires d'habillement et de matériel de couchage au profit de la direction de l'intendance des armées:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=659:decision-nd-27113armpcrd-du-11-septembre-2013&Itemid=691

-
24. Décision n° 266/13/ARMP/CRD du 04 septembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de la société SITEM relatif a la demande de renseignements et des prix portant sur la mise en place d'un système de contrôle d'accès et de billetterie automatisée au niveau de la liaison Dakar-Gorée.
- http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=654:decision-nd-26613armpcrd-du-04-septembre-2013&Itemid=686
25. Décision n° 255/13/ARMP/CRD du 28 août 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine du ministère de la restructuration et de l'aménagement des zones d'inondation demandant l'autorisation de passer des marchés par entente directe a la suite d'un avis défavorable de la direction centrale des marchés publics (DCMP):
- http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=643:decision-nd-25513armpcrd-du-28-aout-2013&Itemid=674
26. Décision n° 225/13/ARMP/CRD du 07 août 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de CCBM industries contestant l'attribution provisoire des lots 04, 05, 06, 07 et 08 du marché de la Direction du matériel et du transit administratif (DMTA) ayant pour objet la fourniture de matériels roulants (véhicules et motos):
- http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=607:decision-nd-22513armpcrd-du-07-aout-2013&Itemid=635
27. Décision n° 227/ 13/ ARMP/CRD du 07 août 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours introduit par l'entreprise GENITE dans le cadre de l'appel d'offres pour les travaux d'entretien, de réhabilitation et de construction de pistes de désenclavement pour les régions de Louga, de Saint-Louis et de Matam (lot N°3) lancé par l'AGEROUTE:
- http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=609:decision-nd-22713armpcrd-du-07-aout-2013&Itemid=637
28. ARMP Sénégal, Décision n° 219/13/ARMP/CRD DU 07 août 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société Burotic Diffusion contestant la décision d'attribution du marché relatif a

l'équipement en matériel informatique et de reprographie des 56 inspections départementales de l'éducation nationale (AO N° 017/13/BCI):

http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=601:decision-nd-21913armpcrd-du-07-aout-2013&Itemid=629

29. ARMP Sénégal, Décision n° 215/13/ARMP/CRD du 31 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de la ville de Saint-Louis concernant la poursuite de la passation du marché de recrutement de l'assistance technique pour la réhabilitation de la place Faidherbe et l'aménagement de l'avenue Jean Mermoz de la commune de Saint-Louis:

http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=597:decision-nd-21513armpcrd-du-31-juillet-2013&Itemid=625

30. Décision n° 201/13/ARMP/CRD du 24 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de la Société africaine de l'automobile contestant certaines spécifications techniques contenues dans le dossier d'appel d'offres pour l'acquisition de véhicules lancé par le ministère de l'éducation nationale:

http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=583:decision-nd-20113armpcrd-du-24-juillet-2013&Itemid=611

31. ARMP Sénégal, Décision n° 200/13/ARMP/CRD du 24 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours introduit par l'entreprise DELTA dans le cadre de l'appel d'offres pour les travaux d'entretien des réseaux d'eaux usées et d'eaux pluviales (lot n°4) lancé par l'ONAS:

http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=582:decision-nd-20013armpcrd-du-24-juillet-2013&Itemid=610

32. Décision n° 198/13/ARMP/CRD du 24 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur les recours introduit par l'entreprise WADE TRADING COMPANY (WTC) contestant l'attribution provisoire du lot n°1 de l'appel d'offres lancé par l'ANACIM pour l'acquisition de produits d'ensemencement des nuages pour le programme des pluies provoquées:

http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=580:decision-nd-19813armpcrd-du-24-juillet-2013&Itemid=608

-
33. Décision n° 192/13/ARMP/CRD du 17 juillet 2013 du comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours du SEAMAR contestant la procédure de passation du marché relatif aux expertises complémentaires d'infrastructures et d'équipements du port autonome de Dakar:
- http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=574:decision-nd-19213armpcrd-du-17-juillet-2013&Itemid=602
34. Décision n° 190/13/ARMP/CRD du 17 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la demande d'autorisation de l'Agence nationale pour les énergies renouvelables de mettre en place une commission des marchés sans suppléants pour l'année budgétaire 2013, pour insuffisance de personnel:
- http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=572:decision-nd-19013armpcrd-du-17-juillet-2013&Itemid=600
35. Décision n° 188/13/ARMP/CRD du 17 juillet 2013 du CRD statuant en formation disciplinaire sur des faits reprochés à Entreprise des travaux de bâtiment et de génie civil- consultance (ETBGC CONSULT), relatifs à la production de faux documents dans le cadre de l'exécution des marchés des communes de Gossas et de Kounghoul ayant pour objet la réhabilitation et l'extension des stades municipaux desdites collectivités locales:
- http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=570:decision-nd-18813armpcrd-du-17-juillet-2013&Itemid=598
36. Décision n° 174/13/ARMP/CRD du 10 juillet 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours de la Sénégalaise de l'automobile contestant l'attribution provisoire du lot n° 1 de l'appel d'offres lancé par le Ministère de l'urbanisme et de l'habitat pour l'acquisition de matériels roulant:
- http://www.arp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=555:decision-nd-17413armpcrd-du-10-juillet-2013&Itemid=584
37. Décision n° 173/13/ARMP/CRD du 10 juillet 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande de SENELC de passer un marché par entente directe pour la construction d'une centrale à charbon:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=554:decision-nd-17313armpcrd-du-10-juillet-2013&Itemid=583

38. ARMP du Sénégal, Décision n° 146/13/ARMP/CRD du 12 juin 2013 du CRD statuant en commission litiges sur la demande de l'Observatoire national de la parité relative à la composition de la commission et de la cellule de passation des marchés:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=527:decision-nd-14613armpcrd-du-12-juin-2013&Itemid=554

39. Décision n° 114/13/ARMP/CRD du 08 mai 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine du Ministère de l'éducation nationale demandant l'autorisation d'ouvrir à l'international l'appel d'offres n° 14/13/BCI relatif à l'acquisition de manuels scolaires:

http://armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=495&Itemid=57

40. Décision n° 106/13/ARMP/CRD du 08 mai 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la dénonciation du cabinet GRANT THORNTON relative à la sélection par le port autonome de Dakar (PAD) de deux commissaires aux comptes titulaires et de leurs suppléants pour la période 2012 à 2017:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=487:decision-nd-10613armpcrd-du-08-mai-2013&Itemid=511

41. Décision n° 094/13/ARMP/CRD du 24 avril 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande d'arbitrage de AGEROUTE Sénégal suite à la recommandation de la Direction centrale des marches publics de regrouper dans un dossier d'appel d'offres unique, les appels d'offres relatifs à l'assurance du parc automobile et à la maladie groupe:

http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=475:decision-nd-09413armpcrd-du-24-avril-2013&Itemid=499

42. Décision n° 072/13/ARMP/CRD du 27 mars 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de l'Agence sénégalaise d'électrification rurale (ASER) suite à l'avis défavorable de la Direction centrale

des marchés publics sur la proposition d'attribution du marché de fourniture, de transport et de pose de matériels de réseaux électriques dans différentes régions du Sénégal (AO N°01/2012/ASER-INDE):

http://www.arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=452:decision-nd-07213arpmpcrd-du-27-mars-2013&Itemid=477

43. ARMP du Sénégal, Décision n° 164/12/ARMP/CRD du 19 décembre 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société OCTA SARL contestant la décision d'attribution du marché relatif à l'aménagement du centre autonome de distribution (C.A.D) de Ouakam, lancé par la Société nationale la poste:

44. http://www.arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=337:decision-nd-16412arpmpcrd-du-19-decembre-2012&Itemid=355

45. Décision n° 093/12/ARMP/CRD du 21 août 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande de la SICAP.SA sollicitant l'autorisation de conclure, par avenant, les travaux complémentaires effectués dans le cadre du programme de construction de deux cent logements économiques et cinquante duplex à Sicap Mbaou Villeneuve phase 2, suite à l'avis défavorable de la DCMP.

http://www.arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=118:decision&Itemid=128

46. ARMP du Sénégal, Décision n° 78/12/ARMP/CRD du 16 juillet 2012 du CRD statuant en commission litiges sur la saisine de l'Office national de l'assainissement du Sénégal (ONAS) contestant l'avis défavorable de la DCMP sur la proposition d'attribution du marché concernant les travaux de réalisation d'une station «clé en main» d'épuration des eaux usées dans la zone économique intégrée spéciale de Dakar.

http://www.arpmp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=132:decision&Itemid=142

47. Décision n° 070/12/ARMP/CRD du 03 juillet 2012 du CRD statuant commission litiges sur la demande de l'agence nationale de l'aviation civile et de la

météorologie sollicitant une dérogation de réduction a titre exceptionnel, d'une part, le délai de dépôt des offres, d'autre part, des délais de recours du marché de sélection d'une compagnie aérienne pour le pèlerinage à la Mecque (édition 2012):
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=141:decision&Itemid=150

48. Décision n° 13/12/ARMP/CRD du 26 janvier 2012 du CRD statuant en formation disciplinaire, d'une part, sur les faits d'inexécution du marché d'acquisition de batteries par le GIE les constructeurs, après encaissement de l'avance de démarrage, d'autre part, sur le refus de ASKIA assurances d'honorer ses engagements, en violation de la réglementation sur les marchés publics:
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=274&Itemid=57
49. Décision n° 12/12/ARMP/CRD du 23 janvier 2012 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la demande de la Loterie nationale sénégalaise (LONASE) sollicitant l'autorisation de recourir à la procédure d'appel d'offres international restreint dans le cadre d'une délégation de service public ayant pour objet la diversification des produits qu'elle commercialise:
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=275:decision-nd-1212armpcrd-du-23-janvier-2012&Itemid=282
50. Décision n° 231/11/ARMP/CRD du 24 novembre 2011 du Comité de règlement des différends statuant en formation disciplinaire sur des faits de production par la Société G.E.S de fausses attestations de service fait, en violation de la réglementation sur les marchés publics:
http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=357:decision-nd-23111armpcrd-du-24-novembre-2011&Itemid=375
51. Décision n° 197/11/ARMP/CRD du 05 octobre 2011 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la saisine de l'Agence des travaux et de gestion des routes (AGEROUTE) contestant l'avis défavorable de la DCMP à l'attribution du marché de travaux relatif a la réalisation des tronçons de l'autoroute

AIBD - MBOUR-THIES et sollicitant la poursuite de la procédure de passation dudit marché:

http://armp.sn/images/D%C3%A9cisions/Decisions_No_197_-11.pdf

52. Décision n° 127/10/ARMP/CRD du 15 septembre 2010 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur la dénonciation de la Société nationale des télécommunications (SONATEL) concernant la procédure relative au contrat dit de partenariat entre l'Agence de régulation des télécommunications et des postes (ARTP) et la Société Global Voice Group (GVG) S.A, ayant pour objet l'assistance pour la mise en place d'un système de contrôle et de tarification des communications téléphoniques internationales entrantes au Sénégal:

http://armp.sn/images/D%C3%A9cisions/Decisions_No_127_-10.pdf

53. Décision n° 108/10/ARMP/CRD du 18 août 2010 du CRD statuant en Commission litige sur le recours de la SARL Entreprise Générale et Transport contestant l'attribution du marchés de travaux d'entretien courant des installations ferroviaires en zone nord et sud de l'emprise portuaire de Dakar:

<http://www.marchespublics.sn/fichiers/20004754104c7f32dd2cc28.pdf>

54. Décision n° 014/ARMP/CRMP/CRD du 27 juin 2008 du CRD statuant en commission de litiges entre le contrôle financier et l'Agence autonome des travaux routiers sur l'application de l'article 37-3 du décret du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, Autorité de régulation des marchés publics, *Rapport annuel 2008*, p. 83, disponible sur le site de l'ARMP:

http://www.gouv.sn/IMG/pdf/Rapport_ARMP_2008.pdf

2. Burkina Faso

1. Décision n° 2014-594/ARMP/CRD du 24 juin 2014 sur recours de Shalimar SARL (lots 01, 02 et 03), de Progrès Commercial du Burkina SARL (lot 02 et 03) et de l'Entreprise E.C.O.B (LOT 03) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n° 2014-001/R-BMHN/PKSS/CNNA/SG pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit de la commune de Nouna:

http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2014/CONTESTATIONS/decision_594_arp_crd_24_06_2014.pdf

2. Décision n° 2014-544/ARMP/CRD du 17 juin 2014 sur recours de SAFRAN/MORPHOS contre les résultats provisoires de la procédure de pré-qualification n°2014-001/MATS/SG/DMP du 20 janvier 2014 pour la mise en place d'un partenariat public-privé pour la construction et l'exploitation d'un système d'émission de passeports électroniques au profit du Gouvernement du Burkina Faso:

http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2014/CONTESTATIONS/decision_544_arp_crd_17_06_2014.pdf

3. Décision N° 2014-544/ARMP/CRD du 17 juin 2014, sur recours de SAFRAN/MORPHOS contre les résultats provisoires de la procédure de pré-qualification n°2014-001/MATS/SG/DMP du 20 janvier 2014 pour la mise en place d'un partenariat public-privé pour la construction et l'exploitation d'un système d'émission de passeports électroniques au profit du Gouvernement du Burkina Faso:

<http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/194248549653fe0c573b27c.pdf>

4. ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2014-0303/ARMP/CRD du 24 avril 2014 sur recours de l'entreprise TM DIFFUSION et du Cabinet d'Avocats TOUGMA, au nom et pour le compte du groupement d'entreprise TICOMED S.A./PHILIPS, contre l'annulation du dossier d'appel d'offres ouvert n° 2013-005/MS/SG/AGEMAB pour l'acquisition, l'installation et la mise en service de scanners au profit du CHU-CDG et du CHU-SS:

http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_AVRIL_2014/CONTESTATIONS/decision_303_arp_crd_24_04_2014.pdf

5. Décision n° 2014-0148/ARMP/CRD du 6 mars 2014 sur recours de HICOMEX EQUIPEMENT SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres restreint n°2013-004/MEF/SG/DGTCP/SFM du 29 novembre 2013 pour l'acquisition d'un (01) véhicule blindé au profit de la DGTCP:

http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MARS_2014/CONTESTATIONS/decision_148_arp_crd_06_03_2014.pdf

6. Décision n° 2014/56/ARMP/CRD du 28 janvier 2014 sur recours des agences AGEM Développement et FASO BAARA SA contre le dossier de demande de propositions n°108/MS/SG/DMP du 10 décembre 2013 pour la sélection de consultants pour des prestations de maîtrise d’ouvrage déléguée:
http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANVIER_2014/decision_56_arp_crd_28_01_2014.pdf
7. Décision n° 2013-713/ARMP/CRD du 28 août 2013 sur recours de MEGA TECH SARL contre les résultats provisoires de l’appel d’offres n°2013-0013/MS/SG/DMP/PADS pour la fourniture de deux (02) mini bus équipés pour la collecte mobile de sang au profit du Ministère de la Santé/PADS:
http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_AOUT_2013/CONTESTATION/decision_713_arp_crd_22_08_2013.pdf
8. Décision n° 2013-484/ARMP/CRD du 9 juillet 2013 sur recours de l’entreprise A.I.T contre les résultats provisoires de l’appel d’offres n° 2013-01/RSUO/P.IB/C.DN/CCAM du 26 avril 2013 pour l’acquisition de fournitures scolaires au profit des Circonscriptions d’éducation de base de Dano I et II:
http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUILLET_2013/CONTESTATION/decision_484_arp_crd_09_07_2013.pdf
9. Décision n° 2013-428/ARMP/CRD du 25 juin 2013 sur recours d’ETIS SARL contre les résultats provisoires de l’appel d’offres ouvert accéléré n° 2013-04/MRAH/SG/PRM du 22 mars pour la fourniture d’aliment bétail (...) au profit du Ministère des ressources animales et halieutiques (lots 01 à 05):
http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_428_arp_crd_25_06_2013.pdf
10. ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2013-420/ARMP/CRD du 20 juin 2013 sur recours de l’entreprise CHIC DECOR contre les résultats provisoires de l’appel d’offres n° 2013-02/MPCEA/SONABHY pour la fourniture, dépose et pose de rideaux et films au profit de la SONABHY:

http://www.armac.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_420_armac_crd_20_06_2013.pdf

11. Décision n° 2013-418/ARMAC/CRD du 20 juin 2013, sur recours des entreprises AMANDINE SERVICE et PLANETE SERVICES contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°1-2013-008/MS/SG/DMP/DAF pour l'acquisition de fournitures divers au profit des directions du Ministère de la santé:

http://www.armac.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_418_armac_crd_20_06_2013.pdf

12. Décision n° 2013-404/ARMAC/CRD du 18 juin 2013 sur recours de la société CFAO MOTORS BURKINA contre l'avis d'appel d'offres n°2013-039/MS/SG/DMP pour la fourniture de soixante-dix (70) véhicules 4X4 spécialement aménagés en ambulances au profit du Ministère de la Santé: annulation du dossier d'appel d'offres au motif que l'exigence d'une «portière à ouverture latérale d'origine» est une spécification contraire à l'arrêté n° 2012-225/MEF/CAB du 2 juillet 2012:

http://www.armac.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_404_armac_crd_18_06_2013.pdf

13. Décision n° 352/ARMAC/CRD du 05 juin 2013 sur recours des entreprises AZIMUT SERVICES et PLANETE SERVICES contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2013-000001/MESS/UO/SG/PRM du 04 février 2013 pour l'acquisition de fournitures de bureau au profit de la Librairie universitaire de Ouagadougou:

http://www.armac.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_352_armac_crd_05_06_2013.pdf

14. Décision n° 2013-376/ARMAC/CRD du 04 juin 2013 sur recours de WATTAM S.A contre les résultats provisoires de l'appel d'offres national n° 2013-05/MENA/SG/DMP du 23 janvier 2013 pour l'acquisition de quarante-huit (48) vélomoteurs type homme au profit de l'unité de gestion du projet de développement de l'enseignement de base (phase IV-BID):

http://www.armac.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_376_armac_crd_04_06_2013.pdf

-
15. Décision n° 2013-350/ARMP/CRD du 04 juin 2013 sur recours de l'Entreprise MULTI TRAVAUX CONSULT contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2013-001/MATS/RCNR/GKYA/SG du 08 février 2013 pour les levés topographiques et labour de 800 HA aménageables, implantation et suivi de la réalisation des ouvrages au profit de la Direction régionale de l'agriculture et de l'hydraulique du centre nord (lots 01, 02 et 03):
http://www.arpmp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_350_arpmp_crd_04_06_2013.pdf
16. Décision n° 2013-324/ARMP/CRD du 30 mai 2013 sur recours de l'entreprise E.G.CO.F contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2013-01/ MATD/RNRD/PPSR/CBKN pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des CEB de la commune de BOKIN:
http://www.arpmp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_324_arpmp_crd_30_05_2013.pdf
17. Décision n° 2013-321/ARMP/CRD du 30 mai 2013, sur recours de l'entreprise JC'THEO contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n° 1-2013/007-MJ/SG-DMP du 05 février 2013 pour l'acquisition de robes pour magistrat au profit du Ministère de la justice. Aussi: Décision n° 2013-388/ARMP/CRD du 13 juin 2013 sur recours de l'entreprise BELKOM-INDUSTRIE contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 17/2012 pour la fourniture de divers matériels à la SONABEL (lots 03 et 06):
http://www.arpmp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_388_arpmp_crd_13_06_2013.pdf
18. Décision n° 2013-305/ARMP/CRD du 28 mai 2013 sur recours de E.G.F SARL (lots 01 et 04) et de l'entreprise CO.GEA INTERNATIONAL (lot 04) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2013- 000019/MESS/SG/DAF pour l'acquisition de vivre au profit des cantines scolaires du secondaire:
http://www.arpmp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_305_arpmp_crd_28_05_2013.pdf

19. Décision n° 2013-206/ARMP/CRD du 25 avril 2013 sur recours du Groupement SKY VISION/ANET COMMUNICATION contre les résultats de l'appel d'offres n° 2011-073/DG.SONAPOST/DPL/PRM pour la réalisation de l'interconnexion des bureaux de poste:
http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_AVRIL_2013/CONTTESTATION/decision_206_arp_crd_25_04_2013.pdf
20. Décision n° 2012-1033/ARMP/CRD du 4 décembre 2012 sur recours de la Société SUNDEEP MEDICAL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2012-0210/MAH/SG/DMP du 21 août 2012 pour l'acquisition de microscopes au profit du projet de lutte contre les fléaux de la DGPV (Lot 2):
http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_DEC_2012/CONTTESTATION/decision_1033_arp_crd_04_12_2012.pdf
21. Décision n° 2012-394/ARMP/CRD du 17 août 2012 sur recours de l'entreprise WOKANA contre la non publication des résultats de l'appel d'offres n° 2011-07/MICPIPA/SONABHY pour la fourniture et l'installation d'équipement de vidéo surveillance au profit de la Société nationale burkinabè d'hydrocarbure (SONABHY):
http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_AOUT_2012/RECOURS/decision_694_arp_crd_17_08_2012.pdf
22. ARMP du Burkina Faso, Décision n° 2012-681/ ARMP/CRD du 03 août 2012, sur recours de la Compagnie africaine des affaires contre la lettre n° 2012-M&MB/453/1017/DG/SG/DAL de la LONAB relative à l'appel d'offres pour la fourniture de matériels divers à la LONAB (lot 1):
http://www.arp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_AOUT_2012/RECOURS/decision_681_arp_crd_03_08_2012.pdf
23. Décision n° 2012-177/ARMP/CRD du 27 mars 2012 sur recours de l'entreprise Cercle de sécurité contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert a ordres de commande n°2011-003/MS/SG/HNBC pour la concession du service de gardiennage et la sécurité incendie des locaux, financement budget de l'hôpital national Blaise Compaoré (HNBC), gestion 2012:

[http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MARS_2012/CONTES
TATION/decision_177_armp_crd_27_03_2012.pdf](http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MARS_2012/CONTES
TATION/decision_177_armp_crd_27_03_2012.pdf)

24. Décision n° 2012-72/ARMP/CRD du 28 février 2012 sur recours de la Société CDA SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n° 2012-001/MS/SG/CHR-K/DG/DAF pour la concession du service de restauration du centre hospitalier régional de Kaya sur financement budget du CHR de Kaya, gestion 2012

[http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2012/CO
NTESTATION/decision_72_armp_crd_28_02_2012.pdf](http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2012/CO
NTESTATION/decision_72_armp_crd_28_02_2012.pdf)

25. Décision n° 2012-123/ARMP/CRD du 19 janvier 2012 sur recours de la Société SOGES-BF SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix n° 2012-001/MS/SG/CHR-K/DG/DAF du 28 novembre 2011 pour la concession des services de gardiennage et de sécurité du Centre hospitalier régional de Kaya sur financement du budget de l'Etat, gestion 2012:

[http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2012/CONTES
TATION/decision_123_armp_crd_19_01_2012.pdf](http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2012/CONTES
TATION/decision_123_armp_crd_19_01_2012.pdf)

26. Décision n° 766/ARMP/CRD du 08 novembre 2011 du CRD statuant sur le recours de la société SERPHER BURKINA-SARL contre l'avis de manifestation d'intérêt n° 2011-051/MATD/RCS/D/GM/SG/CRAM du 06 juin 2011, pour l'affermage de treize systèmes d'adduction d'eau potable simplifiés:

[http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_NOV_2011/CONTEST
ATION/decision_766_armp_crd_08_11_2011.pdf](http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_NOV_2011/CONTEST
ATION/decision_766_armp_crd_08_11_2011.pdf)

27. Décision n° 211/ARMP/CRD du 24 mai 2011 du CRD statuant sur le recours de la Société S.B.C Burkina SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix n° 2011-03/MATD/RCS/D/GM/SG/CRAM du 07/04/2011, pour la fourniture de Roneotypeurs (lot 2) au profit de la Direction régionale des enseignements secondaires et supérieurs du Centre-sud (MANGA):

[http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MAI_2011/REC
OURS/decision_211_armp_crd_24_05_2011.pdf](http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MAI_2011/REC
OURS/decision_211_armp_crd_24_05_2011.pdf)

28. Décision n° 197/ARMP/CRD du 18 mai 2011 du Comité de règlement des différends statuant sur le recours du cabinet SCPA KAM & SOME pour le compte de la Société MEGA TECH contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2010- 345/MAHRH/SG/DMP du 09/12/2010, pour l'acquisition de véhicules quatre roues au profit de la Direction générale des ressources en eau (DGRE):
http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MAI_2011/RECOURS/decision_197_armp_crd_18_05_2011.pdf
29. Décision n° 192/ARMP/CRD du 16 mai 2011 du CRD statuant sur le recours de la Société KANKANDIA contre les résultats provisoires de la consultation restreinte pour la construction d'une unité odontostomatologie a l'UFR-SDS de l'Université de Ouagadougou,
http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MAI_2011/RECOURS/decision_192_armp_crd_16_05_2011.pdf
30. Décision n° 191/ARMP/CRD du 16 mai 2011 du CRD statuant sur le recours des Société GBI et PRES-NET-SERVICE-PLUS contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2011-00253/MEF/SG/INSD, pour l'entretien et le nettoyage des locaux au profit de L'INSD:
http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_MAI_2011/RECOURS/decision_191_armp_crd_16_05_2011.pdf
31. ARMP du Burkina Faso Décision n° 61-ARMP/CRD du 23 février 2011 du CRD statuant sur le recours de la Société E.ZOR.CO SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2010-013/CNSS/DIGI, pour la réalisation de bâtiment annexe dans les agences des secteurs 21 et 28, de la reprise des installations sanitaires de la cité ONU 11 et de la reprise de la moquette de certains bureaux du siège de la CNSS (Lot 1,2)
http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_FEV_2011/RECOURS/decision_61_armp_crd_23_02_2011.pdf
32. Décision n° 09/ARMP/CRD du 12 janvier 2011 du CRD statuant sur le recours de la Société DATASYS contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2010-03/MPCEA/SONABHY pour l'acquisition de matériel informatique:

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2011/RECOURS/decision_09_armp_crd_12_01_2011.pdf

33. Décision n° 08/ARMP/CRD du 12 janvier 2011 du Comité de règlement des différends statuant sur le recours de la Société Synergie contre les résultats de l'appel d'offres n° 0161-2010/ONEA/DG, pour les prestations diverses en communication au profit de l'ONEA

http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2011/RECOURS/decision_08_armp_crd_12_01_2011.pdf

34. Décision n° 07/ARMP/CRD du 05 janvier 2011 du Comité de règlement des différends statuant sur le recours de la Société T.M.C S.A dans le cadre de l'appel d'offres du CAMEG, pour l'extension du bâtiment principal au siège de la CAMEG à Ouagadougou, Décision publiée sur le site de l'Autorité de régulation des marchés publics:

http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2011/RECOURS/decision_07_armp_crd_05_01_2011.pdf

35. Décision n° 02/ARMP/CRD du 05 janvier 2011 du Comité de règlement des différends statuant sur le recours de l'Etablissement Barro Diakalia (E.D.B.F) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n° 2011-001/MS/SG/CHR-K/DG/DAF, pour la concession du service de restauration du Centre hospitalier régional de Kaya,

http://armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JANV_2011/RECOURS/decision_02_armp_crd_05_01_2011.pdf.

3. Côte d'Ivoire

a. Avis

AVIS N°001/2014/ANRMP/CONSEIL DU 06 MARS 2014:

http://www.anrmp.ci/images/PDF/avis_du_conseil_n_001_2014_anrmp_conseil_du_06_mars_2014.pdf

b. Décisions

1. Décision n° 027/2014/ANRMP/CRS du 02 septembre 2014 sur la dénonciation faite par la Société abidjanaise de dépannage (SOAD) pour irrégularités commises dans l'appel d'offres n° P 99/2014 relatif à la concession de service public d'enlèvement, de parking et de réparation des véhicules immobilisés sur les voies publiques non urbaines <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/253-decision-n-027-2014-anrmp-crs-du-02-septembre-2014-sur-la-denonciation-faite-par-la-societe-abidjanaise-de-depannage-soad-pour-irregularites-commises-dans-l-appel-d-offres-n-p99-2014-relatif-a-la-concession-de-service-public-d-enlevement-de-parking-et-de->
2. Décision n° 016/2014/ANRMP/CRS du 11 juin 2014 sur le recours de la société Kay Systems contestant les résultats de l'appel d'offres n° T 201/2013 relatif aux travaux de rénovation de six (06) ascenseurs à l'immeuble CAISTAB organisé par le Conseil du Café- Cacao:
<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/238-decision-n-016-2014-anrmp-crs-du-11-juin-2014-sur-le-recours-de-la-societe-kay-systems-contestant-les-resultats-de-l-appel-d-offres-n-t201-2013-relatif-auxtravaux-de-renovation-de-six-06-ascenseurs-a-l-immeuble-caistab-organise-par-le-conseil-du-cafe-caca>
3. Décision n° 015/2014/ANRMP/CRS du 05 juin 2014 sur la dénonciation faite par la société HANDLING Côte d'Ivoire pour irrégularités commises dans la procédure d'avis à manifestation d'intérêt n° S79/ 2013 relatif à la mise en concession de la fourniture des services d'assistance en escale à l'aéroport international Felix Houphouet-Boigny d'Abidjan organisé par le ministère des transports
<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/237-decision-n-015-2014-anrmp-crs-du-05-juin-2014-sur-la-denonciation-faite-par-la-societe-handling-cote-d-Ivoire-pour-irregularites-commises-dans-la-procedure-d-avis-a-manifestation-d-interet-n-s79-2013-relatif-a-la-mise-en-concession-de-la-fourniture-des-se>

-
4. Décision n° 014/ 2014/ANRMP/CRS du 05 juin 2014 sur le recours de la Société Handling Côte d'Ivoire contestant les résultats de l'avis à manifestation d'intérêt n° S79/2013 relatif à la mise en concession de la fourniture des services d'assistance en escale à l'aéroport international Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan organisé par le ministère des transports:

<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/236-decision-n-014-2014-anrmp-crs-du-05-juin-2014-sur-le-recours-de-la-societe-handling-cote-d-Ivoire-contestant-les-resultats-de-l-avis-a-manifestation-d-interet-n-s79-2013-relatif-a-la-mise-en-concession-de-la-fourniture-des-services-d-assistance-en-escale->

5. Décision n° 019/2013/ANRMP/CRS du 31 octobre 2013 sur la dénonciation faite par la Société POLY POMPE IVOIRE SATH pour irrégularités commises dans l'appel d'offres n° F110/2013 relatif au marché de fourniture et de pose de 318 pompes d'exhaure à motricité humaine pour l'hydraulique villageoise et a la construction de 18 superstructures dans la zone Café/Cacao organise par le Conseil du café cacao.

http://www.anrmp.ci/phocadownload/contentieux/decisions/decision-n-019_2013_anrmp_crs-du-31-octobre-2013-sur-la-denonciation-faite-par-la-societe-poly-pompe-Ivoire-sath1.pdf

6. Décision n° 0017/2013/ANRMP/CRS du 19 septembre 2013 sur le recours de la Société Gold Control Service contestant les résultats de l'avis à manifestation d'intérêt n° MI 05/2013-DMP S30/2013 pour la sélection d'opérateurs économiques dans le cadre de la concession de l'activité de contrôle de la qualité du café et du cacao a l'export:

<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/147-decision-n-0017-2013-anrmp-crs-du-19-septembre-2013-sur-le-recours-de-la-societe-gold-control-service-contestant-les-resultats-de-l-avis-a-manifestation-d-interet-n-mi-05-2013-dmp-s30-2013-pour-la-selection-d-operateurs-economiques-dans-le-cadre-de-la-con>

7. Décision n° 014/2013/ANRMP/CRS du 29 août 2013 sur le recours de la Société CATRAM contestant les résultats de l'appel d'offres n° T90/2013 portant sur la réhabilitation du quai de la base annexe de la marine nationale:
<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968>
8. Décision n° 236/13/ARMP/CRD du 14 août 2013 du Comité de règlement des différends statuant en commission litiges sur le recours de la Société WADE TRADING COMPANY concernant le dossier d'appel d'offres n° 12/2013 de la SENELEC ayant pour objet la fourniture de transformateurs de mesure et de parafoudres pour lignes HTB:
9. http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=624:decision-nd-23613armpcrd-du-14-aout-2013&Itemid=656
10. Décision n° 009/2013/ANRMP/CRS du 08 mai 2013 sur la dénonciation faite par le groupement international CONTAINER TERMINAL SERVICES INC (ICTSI)/CMA-CGMT/TERMINAL LINK/MOVIS/NECOTRANS pour irrégularités commises dans la procédure de passation de l'appel d'offres international avec présélection n° S31/2012 portant mise en concession de la réalisation et de l'exploitation du deuxième terminal à conteneurs (TC2) du port d'Abidjan,
<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/138-decision-n-009-2013-anrmp-crs-du-08-mai-2013-sur-la-denonciation-faite-par-le-groupement-international-container-terminal-services-inc-ictsi-cma-cgmt-terminal-link-movis-necotrans-pour-irregularites-commises-dans-la-procedure-de-passation-de-l-appel-d-off>
11. Décision n° 003/2013/ANRMP/CRS du 10 janvier 2013 sur le recours de la Société HUAWEI contestant les résultats de l'appel d'offres international n° T 501/2012 relatif à la construction du réseau haut débit a base de fibre optique, tronçon Abidjan – Bouna.
http://www_anrmp.ci/images/PDF/decision_n_001_2013_anrmp_crs_du_10_janvier_2013.pdf

-
12. ANRMP Côte d'Ivoire, Décision n° 028/2012/ANRMP/CRS du 16 novembre 2012 portant appréciation de la régularité de la procédure de passation de l'appel d'offres n° p 53/2012 portant sur le recrutement d'un opérateur ou d'un groupement d'opérateurs pour la conception, l'installation, la formation et l'exploitation d'un système de gestion intégrée de l'ensemble des activités des transports terrestres en cote d'Ivoire.

<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/62-decision-n-028-2012-anrmp-crs-du-16-novembre-2012-portant-appreciation-de-la-regularite-de-la-procedure-de-passation-de-l-appel-d-offres-n-p53-2012-portant-sur-le-recrutement-d-un-operateur-ou-d-un-groupement-d-operateurs-pour-la-conception-l-installation?start=80>

13. Décision n° 025/2012/ANRMP/CRS du 02 novembre 2012 portant appréciation de la régularité de la procédure de passation de l'appel d'offres T58/2012 portant sur les travaux de construction du barrage de Moulongo et l'aménagement de la prairie en aval, organisé par l'Office national de développement de la riziculture (ONDR),

<http://anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968>

14. Décision n° 026/2012/ANRMP/CRS du 02 novembre 2012 sur le recours de la Société KINAN contestant les résultats de l'appel d'offres n° F102/2012 portant sur la fourniture de four électrique et accessoires pour le compte de l'institut national supérieur des arts et de l'action culturelle (INSAAC):

http://www.anrmp.ci/phocadownload/contentieux/decisions/DECISION_N_026_2012_ANRMP_CRS_DU_02_NOVEMBRE_2012.pdf

15. Décision n° 016/2012/ANRMP/CRS du 31 juillet 2012 portant appréciation de la régularité des critères de sélection contenus dans le dossier d'appel d'offres n° F-178/2012 relatif a l'achat et à la distribution de kits scolaires aux élèves des cours préparatoires, des cours élémentaires, des cours moyens 1 & 2 des écoles primaires publiques de cote d'Ivoire au titre de l'année scolaire 2012-2013:

<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968>

16. Décision n° 006/2012/ANRMP/CRS DU 22 mars 2012 sur le recours de la société J. DELAF contestant les résultats de l'appel d'offres n° P85/2011 organisé par l'Institut national polytechnique Houphouët-Boigny (INP-HB) de Yamoussoukro: <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/468760260500d2ae68d8bb.pdf>
17. Décision n° 005/2012/ANRMP/CRS du 22 mars 2012 sur le recours de la Société NOUVELLE SONAREST contestant les résultats de l'appel d'offres n° P93/2011 organisé par l'Ecole nationale supérieure de statistique et d'économie appliquée (ENSEA): <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/108-decision-n-005-2012-anrmp-crs-du-22-mars-2012-sur-le-recours-de-la-societe-nouvelle-sonarest-contestant-les-resultats-de-l-appel-d-offres-n-p93-2011-organise-par-l-ecole-nationale-superieure-de-statistique-et-d-economie-appliquee-ensea>
18. Décision n° 004/2012/ANRMP/CRS du 22 mars 2012 sur le recours de l'entreprise INTERCOR contestant les résultats de l'appel d'offres n° P80/2011 organisé par la Société de gestion du patrimoine immobilier de l'Etat (SOGEPiE): <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/110-decision-n-004-2012-anrmp-crs-du-22-mars-2012-sur-le-recours-de-l-entreprise-intercor-contestant-les-resultats-de-l-appel-d-offres-n-p80-2011-organise-par-la-societe-de-gestion-du-patrimoine-immobilier-de-l-etat-sogepie>
19. Décision n° 003/2012/ ANRMP/CRS du 10 février 2012 sur les recours des groupements d'entreprises ISP/PANGOLA et GREEN CITY GROUP/AECOM contestant les résultats de l'appel d'offres restreint relatif à la concession pour l'élaboration et la mise en œuvre d'un schéma de gestion intégrée des déchets solides ménagers et assimilés du district d'Abidjan, organisé par le Ministère de la Salubrité urbaine. <http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/113-decision-n-003-2012-anrmp-crs-du-10-fevrier-2012-sur-les-recours-des-groupements-d-entreprises-isp-pangola-et-green-citygroup-aecom-contestant-les-resultats-de-l-appel-d-offres-restreint-relatif-a-la-concession-pour-l-elaboration-et-la-mise-en-oeuvre-d-un>

20. Décision n° 002/2012/ANRMP/CRS du 10 février 2012 portant appréciation de la régularité du recours à la procédure d'appel d'offres restreint relatif à la concession pour l'élaboration et la mise en œuvre d'un schéma de gestion intégrée des déchets solides ménagers et assimilés du district d'Abidjan, organisé par le Ministère de la salubrité urbaine.

<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/114-decision-n-002-2012-anrmp-crs-du-10-fevrier-2012-portant-appreciation-de-la-regularite-du-recours-a-la-procedure-d-appel-d-offres-restreint-relatif-a-la-concession-pour-l-elaboration-et-la-mise-en-oeuvre-d-un-schema-de-gestion-integree-des-dechets-solides>

21. Décision n° 012/2011/ANRMP/CRS du 05 décembre 2011 sur la dénonciation faite par un usager s'identifiant sous le nom de Monsieur Tia à l'encontre de l'approbation du marché n°2010-0-2-0518/04-15,

<http://www.anrmp.ci/contentieux-77111/decisions-26968/file/33-decision-n-012-2011-anrmp-crs-du-05-decembre-2011-sur-la-denonciation-faite-par-un-usager-s-indentifiant-sous-le-nom-de-monsieur-tia-a-l-encontre-de-l-approbation-du-marche-n-2010-0-2-0518-04-15?start=120>

22. Décision n° 002/2011/ANRMP/CRS du 09 août 2011 sur le recours de la Société KINAN contestant les résultats de l'appel d'offres n° F116/2001 organisé par le centre régional des œuvres universitaires de Daloa: <http://www.marchespublics-uemoa.net/documents/10207899364f7994ec5b6af.pdf>

4. France

1. Autorité de la concurrence, Décision n° 10-D-31 du 12 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d31.pdf

2. Autorité de la concurrence, *Décision n° 10-D-10 du 10 mars 2010 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier,*

décision disponible sur le site de l'Autorité de la concurrence:

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d10.pdf>

3. Conseil de la concurrence, Décision n° 08-D-24 du 22 octobre 2008 relative à une saisine concernant l'affermage de la distribution d'eau et de l'assainissement à Saint-Jean-d'Angély, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08d24.pdf.
(Dernière consultation 01/12/14)
4. Conseil de la Concurrence, «Décision n° 02-D-48 du 29 juillet 2002 relative à des pratiques relevées sur des marchés de VRD dans les arrondissements de Cambrai, Valenciennes et Avesnes sur Helpe», *Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes* n°14 du 30 sept 2002,
5. Conseil de la concurrence, *Décision n° 98-D-52 du 7 juillet 1998, relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain*,
<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/98d52.pdf>.

B. Décisions de juridictions

1. Sénégal

1. CS/CA, Arrêt n° 55 du 24 octobre 2013, Société Angélique international Limited
2. CS/CA, Arrêt n° 47 du 22 août 2013 Société SARRE-CONS c/ARMP et Etat du Sénégal.
3. CS/CA arrêt n° 35 du 12 juillet 2013, Société de distribution de matériels informatique et bureautique dite DISMAT c/ ARMP
4. CS/CA, arrêt n° 24 du 12 avril 2012 Association Sénégalaise des Hémodialysés et Insuffisants rénaux (ASHIR) c/ ARMP, Pharmacie nationale d'approvisionnement (PNA), Société carrefour médical et Etat du Sénégal.
5. CS/CA (sénégal) arrêt n° 12 du 05 mai 2009 Etat du Sénégal contre Autorité de Régulation des Marchés Publics et Agence Autonome des Travaux Routiers (AATR),

-
6. CS/CA, arrêt n°10 du 25 septembre 2008 Etat du Sénégal c/ ARMP,CRD, Agence autonome des travaux routier (AATR)
 7. CE (Sénégal), 29 juillet 1998, Gouverneur de la région de Tambacounda c/ Conseil régional de Tambacounda, Bulletin des arrêts n° 2 mars 2001, années judiciaires 1998-2000, n° 6, p.12.
 8. Cour suprême du Sénégal, 3 juillet 1985, Express navigation c/ Etat du Sénégal, *Penant*, n° 791, 1986, pp. 399-410, Note Samba Mademba SY

2. Cameroun

1. Cour Suprême

- Jugement n° 80/2008/CS-CA du 18 juin 2008, Um Ntjam François c/. Etat du Cameroun (MINEPNA)», note Edouard GNIMPIEBA TONNANG.
- CS/CA jugement n° 147/04-04-ADD du 31 août 2005, Um Ntjam François c/ Etat du Cameroun, note Edouard GNIMPIEBA TONNANG, http://www.legavox.fr/blog/docteur-edouard-gnimpieba/qualification-contrats-administratifs-cameroun-evolution-15816.htm#_ftn43 (consulté le 12 septembre2014)
- CS/CA, jugement n° 112/90-91 du 30 mai 1991, KOTCHOU David c/ Etat du Cameroun Cité par Thomas BIDJA NKOTTO, les contrats de l'administration au Cameroun, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, 600 p. (p. 112)
- Cour suprême/Chambre administrative, jugement du 27 octobre 1988, Compagnie forestière Shanga Oubangui c/ Etat du Cameroun, note NLEP Gabriel, *Penant*, n° 206, juin 1991, pp. 276-2860
- Cour Suprême/CA jugement n°28/78 du 8 décembre 1978, SOCOMI c/ Etat du Cameroun.

2. Cour d'appel du centre, Arrêt n° 333/Civ. du 02 août 2002, Affaire KINGUE Paul Eric c/ HAJAL MASSAD, publié sur le site de l'OHADA sous la référence: ohadata J-04-470.
3. Tribunal de grande instance du Mfoundi, Sté forestière PETRA S.A c/ Sylvestre Naah Ondo et Etat du Cameroun du 09 février 2004

3. Burkina Faso

1. CE (Burkina Faso), 10 août 2004, Générale d'études et travaux (GET) c/ Assemblée nationale in Salif YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé*, 2^e éd., 2013, pp. 329-341, n° 31.
2. Cour des compte, arrêt n° 001/2014 du 7 mars 2014, Affaire S.Y., ex Maire de la Commune de Banfora,
http://www.cour-comptes.gov.bf/files/ARRET_COMMUNE_DE_BANFORA.pdf
3. CDF, arrêt n° 03 du 24 septembre 2003
4. CDF, arrêt n° 2 du 30 mars 2006

4. Côte d'Ivoire

1. Cour Suprême
 - CS/CA, arrêt n° 17 du 27 février 2013 Société Dragon-Côte d'Ivoire dite DRACI c/ Autorité nationale de régulation des marchés publics.
 - Cour suprême de Côte d'Ivoire, 29 avril 1986, Tala Massah c/ Omaïs,
 - Cour Suprême, 4 avril 1989, Tala Massah c/ Omaïs , *Revue de l'arbitrage* 1989, pp. 530-545 note Laurence IDOT. *Penant*, n° 802, 1990, pp. 142-144., Note M. BONI.
2. Cour d'appel
 - Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 1157 du 19 novembre 2002, Société Ivoire commodities c/ Société NAMACO, Ohadata J-03-300-1. www.ohada.com

-
- Cour d'appel d'Abidjan, 20 avril 2001, Affaire parti démocratique de Côte d'Ivoire c/ Société J. et A. International Co., *Revue de l'arbitrage* n°2, 2002, pp. 475-479.
 - Cour d'appel d'Abidjan, arrêt du 17 mai 1985), Tala Massah c/ Omaïs
 - Cour d'appel de Bouaké, 25 novembre 1987, Tala Massah c/ Omaïs,
3. Tribunal de commerce d'Abidjan ordonnance de référé, RG N° 450/13, 12 avril 2013, Société InternationalContainers Terminal Services, Société CMG-CGM, Société Terminal Link, Société MOVIS International, Société NECOTRANS (SCPA LEX WAYS) C/ Port Autonome d'Abidjan, <http://tribunalcommerceabidjan.org/documents/publications/societe/SICTScontrePAA.pdf>

5. France

Cour d'Appel et Cour administrative d'appel

- Cour d'appel de Paris, 13 juin 1996, Société KFTCIC c/ Société Icori Estero et autres, *Revue Trimestrielle de droit commercial* 1997, pp. 236-238, note Eric LOQUIN, Jean-Claude DUBARRY. *Revue de l'arbitrage* 1997, pp. 251-262, note Emmanuel GAILLARD
- Cour d'appel de Paris, 17 décembre 1991, Société Gatoil c/ National Iranian oil company», *Revue de l'arbitrage*, 1993, pp 281-299, note Henri SYNDET,
- CA de Paris, 10 avril 1957, Société Myrtoon Streamship c/ Ministre de la marine marchande», *JCP*, 1957, II. 10078, Note Henri MOTULSKY.
- CAA Paris, 11 oct. 1994, SARL EditorTennog c/ Cne Houilles, Lebon, 1994, p. 663

Cour de Cassation

- Cass, Plén. 2 juin 2000, Melle Fraisse, *Bulletin Ass. plén.* n°4, p.7
- Cass Civ 1^{ère} 5 janvier 1999 M. Janzi c/ J. De Coninck et autres», *Revue de l'arbitrage* 1999, pp. 260-271, note Philippe FOUCHARD

- Cass, civ. 1^{ère}, 17 déc. 1996, Sté Locunivers, *Droit administratif*, 1997, commentaire 122, note Laurent RICHER.
- Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1966, Trésor public c/Galakis, in Bertrand ANCEL et Henri BATIFFOL, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006, p. 391-401. *JCP* 1966.II. 14798. note Philippe LIGNEAU

Conseil Constitutionnel

- CC, Décision n° 2013-331 QPC, du 5 juillet 2013 Société Numéricable SAS et autre
- CC, Décision n° 2004-506 du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit
- CC, Décision du 26 juin 2003, n° 2003- 473 DC., Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *JO*, du 3 juillet 2003, pp. 11205).

Conseil d'Etat

- CE 6 mars 2009, Commune d'Aix en Provence, *Contrats et marchés publics*, Avril 2009, n° 4 comm. 122 obs. Frédérique OLIVIER
- CE, 29 octobre 2004, Sueur et autres , p. 1103, conclusions Didier Casas.
- CE, 13 octobre 2004, Commune de Montélimar, req. n° 254007.
- CE, 28 avril 2003, n° 233360, Fédération nationale des géomètres experts, *AJDA* 2004, p. 166
- CE, 29 juillet 2002, Société CEGEDIM, Req. n° 200886, *Lebon*, 2002, p. 280
- CE, 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais (SMITOM), *Lebon*, 1999
- CE, 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, Req. n° 163328, *Lebon*, 1999, p. 41.
- CE, Ass. 30 octobre 1998, Sarran, Levacher, et autres, *Lebon*, p. 368.
- CE, 1^{er} octobre 1997, Hemmerdinger, *Recueil*. 326.
- CE , 4 avril 1997, Préfet Puy-de-Dôme c/ Commune d'Orcet, req. n° 151275, *Juris-Data*, n° 1997-050237)

-
- CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc, *Rec. Lebon*, 1996, p. 137.
 - CE, 8 janvier 1992, Préfet des Yvelines, req. n° 85439.
 - CE, 26 juin 1991, Commune de Sainte-Marie, *RFDA* 1991, p. 966 concl. Hubert LEGAL
 - CE, 20 juillet 1990, Ville de Melun , *AJDA* 1990, n° 11, pp. 820-823, concl. Marcel POCHARD)
 - CE, 18 mars 1988, Sté civile des Néo-Polders, Req. 69723, *Recueil Lebon* 1988, p. 129,
 - CE, Avis section de l'intérieur 7 octobre 1986.
 - CE, 28 févr. 1980, SA Sablières Modernes d'Aressy, *Lebon*, 1980, p. 1110.
 - CE (France), 20 juillet 1981, Retail, *Dalloz* 1981, p. 622, Note Yves GAUDEMET
 - CE, section, 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, *Recueil Lebon*, 1975, p. 369.
 - , 10 novembre 1967, Nadejine et Pisani, *AJDA* 1968, II, p. 307
 - CE, ass. , 13 décembre 1957 Société nationale des ventes de surplus, *Recueil*, 1957, p.677-678, concl. GAZIER. Note, MOTULSIKY, Henri, *JCP* 1958.II.10800
 - CE, Section, 20 avril 1956, Epoux Bertin, *Recueil Lebon*, 1956, p. 167.
 - CE, Section, 11 mai 1956, Société Française des transports GONDRAND Frères, *Recueil Lebon* 1956, p. 202.
 - CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *Lebon*, 1916.
 - CE, 19 janvier 1912 Marc et Béranger, *Lebon* 1912, p. 75
 - CE, 17 mars 1893 Compagnie du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la guerre, *Recueil Lebon*, pp. 245-246

Tribunal administratif

- TA Besançon, ordonnance du 26 novembre 2001, Soc. Gesclub c/ Communauté de communes du Val de Morteau, *AJDA* 2002, n° 4, pp. 338-341, note Olivier. Raymundie

- TA de Lille, Ordonnance du 05 juillet 2001
- TA de Bastia 6 février 2003, SARL Autocars Mariani c/ Département de Haute Corse

Tribunal des conflits

- TC, 9 mars 2015, Mme R c/ Société des Autoroutes du Sud de la France, Req. n° 3984.
- TC, 17 mai 2010, Institut national de la santé et de la recherche médicale c/ Fondation Letten F. Saugstad, Rec. p.580
- TC, 5 juill. 1999, Commune de Sauve c/ Sté Gestetner, *Recueil CE* 1999, p. 464.
- Tribunal des conflits, 7 juillet 1975, Commune d'Agde, *Recueil Lebon*, 1975, p. 798.
- Tribunal des conflits, 3 mars 1969, Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés, *Recueil Lebon*, 1969, p. 682

6. Cour de justice de l'UEMOA

1. Avis n° 001/2003 du 18 mars 2003, Demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à la création d'une Cour des comptes au Mali, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1-2002, pp. 67-84
2. Cour de Justice de l'UEMOA, Avis n° 003/2000/CJ/UEMOA du 27 juin 2000 relatif à l'interprétation des articles 88, 89, 90 du Traité sur les règles de la concurrence dans l'Union, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 01-2002, p. 126.
3. Cour de justice de l'UEMOA, Avis n° 003/1996 du 10 décembre 1996, Demande d'avis de la BCEAO sur le projet d'agrément unique pour les banques et les établissements financiers, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 01-2002, pp 4-18.

7. Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA

-
1. Arrêt n° 23 du 17 juin 2004, Parti Démocratique de Côte d'Ivoire dit PDCI-RDA c/ Société J & A International Compagnie SARL, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 3, janvier-juin 2004, p. 40.
 2. Avis n°1/2001/EP du 30 avril 2001, *Recueil de jurisprudence CCJA*, n° spécial, janvier 2003, p. 74. Avis publié également sur le site de l'OHADA: Ohadata J-02-04.

8. Cour de justice de l'Union européenne

1. CJCE, 17 novembre 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri contre Regione Sardegna, affaire N°C-169/08, Rec. I-10821
2. CJCE, 27 septembre 2008, «Pâte de bois I», aff. Jointes 89/85, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1988, p. 05193
3. CJCE, affaire n°c-412/04 du 21 février 2008, Commission des communautés européenne c/ République Italienne.
4. CJCE Commission c/ Volkswagen AG, aff. C-74/04 P, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 2006, p. I-06585
5. CJCE, affaire n°C-247/02 du 7 octobre 2004, Sintesi Spa c/ Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. I-9215.
6. CJCE, 27 novembre 2001, Affaires jointes C-285/99: Impresa Lombardini SpA et C-28-/99: Impresa Ing. Mantovani SpA, , *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. I-9252.
7. CJCE, aff. n° C-399/98 du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodin, *Recueil de jurisprudence*, pp. I-5435-5471.
8. CJCE, (6° ch.), affaire n° C 324/98 du 7 décembre 2000, Teleaustria Verglasd GmbH, Telefonadress GmbH et Telekom Austria AG, *Recueil de jurisprudence*, pp. I-10745
9. CJCE, affaire n° C-380/98 du 3 octobre 2000, University of Cambridge, parag. 16, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. I-8035;
10. CJCE, affaire n° C-108/98 du 9 septembre 1999, R.I.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA.
11. CJCE, aff. N° C-360/96 du 10 novembre 1998, BFI Holding, parag. 41, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. I- 6821.
12. CJCE, affaire n° C-44/96 du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG, parag. 21, *Recueil de jurisprudence*, 1998, p. I-00073
13. CJCE 20 mars 1997, Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne, affaire n° C-96/95, parag. 36, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1997, 1-1653.

14. CJCE affaire C-70/93 du 24 octobre 1995, Bayerische Motorenwerke AG contre ALD Auto-Leasing D GmbH, demande de décision préjudicielle: Bundesgerichtshof – Allemagne, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1995 p. I-03439.
15. CJCE 2 août 1993, Commission c/ République Italienne, aff. C-107/92, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1993, p. 4655.
16. CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser c/ Macrotron, n° C-41/90 Recueil de jurisprudence de la Cour, 1991, p. I-01979, paragraphe 29.
17. CJCE, 21 sept 1988, Pascal Van Eycke contre Société anonyme ASPA, Demande de décision préjudicielle, Vredegerecht Beveren -Belgique aff. 267/86, Recueil de jurisprudence de la Cour, 1988, p. 04769
18. CJCE, affaire n°199/85 du 10 mars 1987, Commission/Italie, parag. 14, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. 1039.
19. CJCE 28 mars 1984, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA et Rheinzink c/ Commission, « marchés des laminés de zinc» aff. Jointes 29 et 30-83, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1984, p. 01679.
20. CJCE 17 septembre 1985 aff. jointes 25 et 26/84 Ford – Werke AG c/ Commission, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1985 p. 02725.
21. CJCE 29 octobre 1980 Heintz van Landewyck SARL et autres c/ Commission, aff. jointes 209 à 215 et 218/78, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1980, p. 03125
22. CJCE, 29 octobre 1980, FEDETAB c/ Commission, aff. jointes 209 à 215 et 218/78, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1980, p. .03125
23. CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c/Commission des Communautés européennes, aff. 85/76, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1979 p. 00461.
24. CJCE 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission des Communautés européennes (Bananes Chiquita), aff. 27/76, Recueil de jurisprudence de la Cour, 1978, p .0207

-
25. CJCE 15 juin 1975 Frubo c/ Commission aff. 71/74, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1975, p. 00563
 26. CJCE, 11 juillet 1974, Procureur de Roi contre Benoît et Gustave Dassonville, affaire n° 8/74, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1974. p. 837
 27. CJCE 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c/ Commission des Communautés européennes.
 28. Affaire 48-69, *Recueil de la jurisprudence de la Cour* 1972, p.00619
 29. CJCE 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma c/ Commission aff .41/69, *Recueil de jurisprudence de la Cour* 1970 p. 00661.
 30. CJCE, 15 juillet 1964, Flaminio Costa contre E.N.E.L., affaire n° 6-64, *Recueil*. 1964, p. 1141.
 31. CJCE, 5 février 1963, NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise (affaire Van Gend and Loos), affaire n° 26-62, *Recueil de jurisprudence de la Cour* 1963, p. 3.
 32. Tribunal de première instance des communautés européennes, 3 décembre 2003, Volkswagen AG c/ Commission aff. T-208/01, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, p. II-05141
 33. Tribunal de première instance des communautés européennes 14 mai 1998, Cascade c/Commission, aff. T-308/94, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1998, p. II-00925.
 34. Tribunal de première instance des communautés européennes 24 octobre 1991 Petrofina SA c/ Commission affaire T-2/89, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, 1991, p. II-01087.

VI. Sites internet

www.afrilex.u-bordeaux4.fr (Revue Afrilex)

www.arcop.bf (Autorité de régulation de la commande publique du Burkina Faso)

www.dcmp.bf (Direction générale des marchés publics au Burkina Faso)

www.armp.bj (Autorité de régulation des marchés publics du Bénin)

www.armp.sn (Autorité de régulation des marchés publics du Sénégal)

www.marchespublics.sn (Portail des marchés publics du Sénégal)

www.anrmp.ci (Autorité nationale de régulation des marchés publics, Côte d'Ivoire)

www.dcmp.ci (Direction centrale des marchés publics, Côte d'Ivoire)

www.marchespublics-uemoa.org/ (Portail des marchés publics de l'UEMOA)

www.droit-afrique.com

INDEX

A

Abus de position dominante	178
Accord plurilatéral sur les marchés	43
Accords de partenariat économique	46, 698
Affermage	292
Aides d'Etat	149, 156, 166, 167, 171, 172, 191, 201, 202, 203, 205, 815
APE	46, 47, 715, 724, 731, 738, 751, 752
Appel d'offres restreint	472
Approbation des marchés publics	397
Arbitrage	657
Arbitrage et contrats administratifs	671
Arbitrage et personnes morales de droit public	658
ARCOP	15, 35, 590, 639, 640, 691
Auditeurs indépendants	555, 558, 559, 561, 575, 576, 578
Autorité de régulation de la commande publique	15, 35, 58, 583, 584, 591, 614, 632, 634, 635, 636, 640, 689, 691, 808, 861
Avis d'appel d'offres	405, 410, 412, 413, 414, 416, 456, 501, 621, 629, 840
Avis d'appel public à la concurrence	158, 163, 410, 411, 412, 414, 415, 417, 421, 501, 525, 622, 630
Avis d'attribution	405, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 599, 629, 630, 638, 644, 827
Avis généraux	405, 406, 409, 410

B

Banque mondiale	36

C

Capacité à exécuter le contrat	436
Capacité à soumissionner	430
CARPA	15, 301, 562, 563, 604, 605, 798, 801
CCJA	15, 657, 668, 677, 859
Cellules de passation	387, 543, 544, 545, 546, 547, 574, 803, 806
CNA-PPP	15, 550, 551, 552, 604, 605
CN-PPP	15, 552, 553, 603, 604, 605
CNUDCI	15, 43, 47, 48, 49, 50, 51, 98, 248, 249, 299, 319, 518, 665, 666, 698, 721, 742, 746, 749, 751, 818, 819
Code de transparence dans la gestion des finances publiques	118, 125, 126, 127, 128, 129, 404, 813, 814
COJO	386, 387, 391, 392, 393, 422, 461
Comité national d'appui aux partenariats public-privé	549, 602
Comité national des partenariats public-privé	552
Commission d'ouverture des plis et de jugement des offres	334, 386, 543
Commission des marchés	387
Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale	11, 151, 153
Communauté européenne (FED)	37
Concentrations d'entreprises	182
Concession (contrat de)	284
Conseil d'appui à la réalisation des partenariats public-privé	604
Conseil des infrastructures	320, 516, 519, 601, 602, 604, 634
Contrat de partenariat public-privé (critère financier)	311
Contrat de partenariat public-privé (objet du contrat)	302
contrat de partenariat public-privé (passation)	513

Contrôle <i>a posteriori</i>	575
Contrôle <i>a priori</i>	564

D

Délégation de service public (critère financier)	272
Délégation de service public (objet du contrat)	259
Délégations de service public (passation)	500
Dialogue compétitif	522
Directions des marchés publics	539

E

Efficacité de l'aide au développement	34, 35, 36, 41, 45, 46, 100, 122, 787
Ententes anticoncurrentielles	173

F

Fonction contentieuse des autorités de régulation	625

G

Gré à gré (procédure de)	488

M

Marché public (critère financier)	252
Marché public (critère organique)	218
Marchés en deçà des seuils d'appel d'offres	480
Marchés publics de droit privé	337
Marchés publics de fournitures	242
Marchés publics de services	246
Marchés publics de travaux	248

O

Observatoire régionale des marchés publics	138, 771
Offre conforme pour l'essentiel	464
Offre économiquement la plus avantageuse	Voir Offre la mieux disante
Offre la mieux-disante	451
Offre la moins-disante	452
Opposabilité (du droit de la concurrence)	192
Organes de régulation (missions)	582
Organes de régulation (pouvoir de sanction)	587
Organisme de droit public	225, 226, 227, 228, 237, 380

P

Personne responsable du marché	379
Principe de liberté d'accès à la commande publique	427
Principe de transparence	403
Principe d'égalité	450

R

Risque d'exploitation	324

S

Seuil de procédure	105, 245
Soumissions concertées	164, 187, 188, 819
Spécialistes en passation des marchés	548
Spécifications techniques	455
Surveillance multilatérale	79, 120, 122, 123, 124, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 154, 771, 814

U

Unité des PPP	550, 551, 552, 553, 554, 605

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	9
LISTE DES ABREVIATIONS	13
INTRODUCTION	19
I. L'évolution du droit des contrats administratifs:	21
A. Les facteurs médiats: la libéralisation du droit administratif	22
1. L'incidence de la libéralisation politique sur les mutations du droit administratif	23
2. L'incidence de la libéralisation économique sur les mutations du droit administratif.....	28
B. Les facteurs immédiats: la libéralisation du droit des contrats administratifs	33
1. L'incidence de l'action des organismes pourvoyeurs d'aides sur les transformations du droit des contrats administratifs.....	35
2. L'incidence des actions en faveur de l'expansion du commerce international sur les transformations du droit des contrats administratifs	43
a. L'influence contestée des actions de l'Organisation mondiale du commerce, de la Banque mondiale et de l'Union européenne	43
b. L'écho favorable des lois types de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI).....	47
C. Les réformes des réglementations nationales relatives aux Contrats administratifs.....	52
II. Précision des termes du sujet: la notion de commande publique	56
III. intérêt de l'étude	61
IV. Problématique:	65
V. Méthodologie:	68
VI. thèse soutenue et plan de l'étude	71
PARTIE I. LE RENOUVELLEMENT DES SOURCES ET NOTIONS DU DROIT DES CONTRATS	
ADMINISTRATIFS	74
TITRE I. L'EMERGENCE D'UN DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	77
Chapitre I. L'élaboration d'un droit communautaire des contrats de la commande publique dans l'UEMOA.....	83
Section I. Le Code communautaire des contrats de la commande publique.....	87
§ 1. Le traité instituant l'UEMOA, premier fondement juridique du droit de la commande publique dans les Etats membres	87
A. Les dispositions applicables aux contrats de la commande publique.....	87
B. les enjeux de l'application du traité aux contrats de la commande publique	92
§ 2. Les directives relatives à la passation, à l'exécution, au règlement, au contrôle et à la régulation des marchés publics et des délégations de service public.....	97
A. La directive 04/2005: l'édiction de procédures encadrant la commande publique	100
1. Un large champ d'application	100
2. Un champ d'application limité par l'absence de définition des seuils de procédure	104
B. La directive 05/2005: l'institution d'organes garants de la bonne exécution des règles de la commande publique	108
C. La place du droit communautaire des contrats de la commande publique dans les ordres juridiques étatiques.....	111
1. L'harmonisation des législations nationales relatives à la commande publique.....	111
2. la place du droit communautaire de la commande publique dans l'ordre juridique des Etats membres	117
Section II. Les justifications de l'harmonisation communautaire des droits nationaux relatifs à la commande publique	121

§ 1. La réforme des marchés publics et des délégations de service public comme partie intégrante de l'objectif de convergence des politiques économiques	123
A. La réforme des marchés publics et des délégations de service public, un appui à la réforme des finances publiques	124
1. Une réforme participant à la transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA	125
2. Une réforme renforcée par celle des juridictions des comptes	130
B. De la soumission des règles régissant les contrats de la commande publique à la surveillance multilatérale	135
1. De la surveillance multilatérale dans le processus d'intégration économique dans l'UEMOA	135
2. De l'application de la surveillance multilatérale aux contrats de la commande publique.....	138
§ 2. La réforme de la commande publique, une nécessité pour la réalisation du marché commun	142
A. De l'impact de la commande publique sur les libertés de circulation sur le marché commun.....	143
1. La commande publique comme facteur favorisant les libertés de circulation	144
2. La commande publique comme cause potentielle d'entrave aux échanges sur le marché commun	146
B. La soumission de la commande publique aux règles communautaires relatives à la concurrence	148
Chapitre II. L'encadrement de la commande publique à travers la législation de la concurrence dans la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale	151
Section I. Des liens entre droit de la concurrence et droit des contrats de la commande publique	155
§ 1. L'impossible dissociation entre droit de la concurrence et droit des contrats de la commande publique.....	155
A. Des différences entre le droit de la concurrence et celui de la commande publique	156
B. Des règles complémentaires	157
§ 2. Des liens illustrés par l'insertion de dispositions relatives aux marchés publics dans le règlement relatif aux pratiques étatiques anticoncurrentielles	161
A. la définition des procédures de passation	162
La soumission du contrôle des marchés publics aux organes de contrôle de la concurrence.....	164
Section II. Le recours aux techniques du droit de la concurrence pour appréhender les contrats de la commande publique	171
§ 1. les soumissionnaires et le droit de la concurrence: de la prohibition des pratiques commerciales anticoncurrentielles en matière de commande publique	172
La prohibition des ententes et des abus de position dominante et le contrôle des concentrations anticoncurrentielles	173
1. Des ententes anticoncurrentielles	173
2. L'abus de position dominante	178
3. Les concentrations d'entreprises ayant un objet anticoncurrentiel	182
B. les manifestations des pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la commande publique.....	184
§ 2. l'acheteur public et le droit de la concurrence: la prohibition faite aux entités acheteuses de favoriser les pratiques anticoncurrentielles	191
A. De l'opposabilité des règles prohibant les pratiques commerciales anticoncurrentielles aux entités acheteuses.....	192
1. Le sens de l'opposabilité des règles prohibant les pratiques commerciales anticoncurrentielles	192
2. De quelques actes de l'acheteur public susceptibles de générer une situation anticoncurrentielle	194
B. De l'applicabilité du droit de la concurrence aux entités acheteuses: la prohibition des aides d'Etat.....	201
Conclusion du titre premier.....	206

TITRE II. LE RENOUVELLEMENT DES CRITERES D'IDENTIFICATION DES CONTRATS	
ADMINISTRATIFS.....	209
Chapitre I. l'adoption d'une conception fonctionnelle des contrats administratifs classiques.....	213
Section I. Une conception fonctionnelle des critères d'identification des marchés publics	217
§ 1. L'éclatement du critère organique des marchés publics	218
A. Le critère organique traditionnel incontesté	218
B. Les marqueurs de l'extension.....	225
1. L'organisme de droit public	225
2. Les entreprises publiques et les détenteurs de droits exclusifs ou spéciaux attribués par la puissance publique.....	228
3. Les mandataires des autorités contractantes et les entités privées bénéficiant de financements publics.....	231
§ 2. La place prépondérante des critères matériels du contrat	239
A. Une conception extensive des prestations objet du marché	241
1. Les marchés publics de fournitures	242
2. Les marchés publics de services.....	246
3. Les marchés publics de travaux.....	248
B. Une interprétation large du critère financier des marchés publics.....	252
Section II. La notion de délégation de service public, une confirmation de la conception fonctionnelle des contrats de la commande publique	257
§ 1. Un objet fondé sur une notion fonctionnelle et extensive: le service public	259
A. La délégation de service public, un contrat de gestion du service public.....	259
1. Un contrat portant sur le service public.....	259
2. Un contrat portant sur la gestion du service public.....	264
B. Une conception extensive des services publics «délégables»	266
§ 2. Un critère financier extensif.....	272
A. Des modalités de rémunération dépassant la seule redevance versée par les usagers	273
B. Un complément utile au critère tenant à l'objet: illustration à travers la décision du 15 septembre 2010 de l'ARMP du Sénégal	278
§3. Des critères modulés dans la pratique révélant une originalité de la délégation de service public en Afrique.....	284
A. Illustration à travers le contrat de concession.....	284
B. Illustration à travers le contrat d'affermage	292
Chapitre II. La déstabilisation de la classification traditionnelle des contrats administratifs.....	295
Section I. Une cause externe aux catégories classiques: la consécration de la catégorie des contrats de partenariat public-privé	299
§ 1. Une catégorie distincte de contrats administratifs classiques	302
A. Un objet global.....	302
B. Un critère financier particulier	311
§ 2. La porosité de la frontière entre les contrats de partenariat et les contrats administratifs classiques.....	315
A. Un objet identique à celui d'un marché public.....	316
B. Des modalités de rémunération non exclusives.....	318
Section II. La multiplication des facteurs de perturbation internes aux catégories classiques	323
§ 1. Des éléments de remise en cause de la distinction entre les marchés publics et les contrats de délégation de service public	323
A. Le caractère inopérant de la distinction fondée sur le risque d'exploitation	324

B. La désuétude du critère tiré de la distinction des régimes de passation entre les marchés publics et les délégations de service public	328
1. La soumission des délégations de service public aux procédures de passation des marchés publics	328
2. Une illustration à travers l’ordonnance de référé du tribunal de commerce d’Abidjan du 12 avril 2013	333
§ 2. Le maintien dans certaines législations des marchés publics de droit privé	336
A. L’opposition entre les marchés publics de droit public et les marchés publics de droit privé	337
B. La décomposition de la notion de marché public	341
Conclusion du titre second	343
Conclusion de la première partie	345
PARTIE II. LA REFONDATION DES PROCEDURES CONTRACTUELLES	347
TITRE I. LE RENOUVELLEMENT DES PROCEDURES DE PASSATION	351
Chapitre I. La redéfinition de l’appel d’offres ouvert dans les marchés publics à la lumière des principes fondamentaux de la commande publique: un tableau des réformes contrasté	355
Section I. Une répartition différente des compétences dans la passation des marchés publics	361
§ 1. La centralisation des compétences dans la gestion des procédures de passation des marchés publics au Cameroun	361
A. Le ministère en charge des marchés publics	362
B. L’incidence de la création d’un ministère en charge des marchés publics sur les compétences de passation des maîtres d’ouvrage	364
C. La nouvelle configuration des commissions de passation des marchés publics	369
1. L’emprise du ministère en charge des marchés publics sur les commissions de passation des marchés publics	370
2. Des effets pervers de l’emprise du ministère en charge des marchés publics sur les commissions de passation des marchés publics	373
§ 2. La décentralisation et la séparation stricte des compétences des organes de la passation au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d’Ivoire	378
A. L’organisation des procédures de passation par les autorités contractantes	379
B. Des Commissions chargées de l’analyse et de l’attribution provisoire des marchés	386
1. Des modalités d’organisation visant à garantir la transparence des procédures et l’égalité de traitement des candidats	386
2. Des modes de fonctionnement visant à garantir la transparence des procédures et l’égalité de traitement des candidats	390
3. Des limites à l’application des dispositifs relatifs aux commissions chargées de l’analyse des offres	394
C. La dissociation entre organe chargé de la signature et autorité d’approbation	397
Section II. La mise en œuvre des exigences de l’appel d’offres ouvert dans les marchés publics	403
§ 1. La traduction matérielle du principe de transparence	403
A. L’obligation de publication des avis généraux de passation: une exigence communément reconnue	406
B. La publicité des avis d’appel d’offres: une condition de la transparence insuffisamment encadrée	410
1. La nécessité de renforcer les mentions obligatoires figurant dans l’avis de publicité	410
2. Une conformité globale à l’exigence de large diffusion de l’avis de publicité	414
C. La publicité des avis d’attribution et l’information des soumissionnaires: des obligations diversement interprétées	419
1. Des disparités dans l’obligation de publier les avis d’attribution	420
2. Une obligation de transmission des procès-verbaux d’attribution diversement interprétée	424

§ 2. La traduction de la liberté d'accès dans les procédures de passation par appel d'offres ouvert.....	427
A. Une liberté encore strictement encadrée	429
1. La capacité à soumissionner: une exigence strictement encadrée.....	430
2. La capacité à exécuter le contrat: les difficultés à trouver l'équilibre avec la liberté d'accès aux marchés.....	436
B. la liberté d'accès à la commande publique: une liberté abusivement encadrée aux termes de l'article 52 du Code des marchés publics au Sénégal	444
§ 3. De la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires	450
A. La persistance du prix le plus bas comme critère principal de sélection	450
B. La nécessité de renforcer les règles régissant la définition des spécifications techniques.....	455
C. L'obligation d'analyser les offres de façon objective.....	459
Chapitre II. La mise en œuvre de l'idée de concurrence dans les autres procédures et contrats de la commande publique.....	469
Section I. Une extension très relative des principes de la commande publique dans les procédures dérogatoires à l'appel d'offres	471
§ 1. La procédure d'appel d'offres restreint: un encadrement limité.....	472
A. L'hétérogénéité des conditions de recours à l'appel d'offres restreint	472
B. Des modalités de mise en œuvre peu protectrices de la concurrence	475
§ 2. La faiblesse des dispositifs applicables aux marchés d'un montant inférieur aux seuils d'appel d'offres	480
A. Un encadrement inadéquat des marchés en deçà des seuils	480
B. Des dispositifs mettant en péril l'exigence de protection des deniers publics.....	485
§ 3. Un encadrement dérisoire de la procédure d'entente ou de gré à gré:	488
A. Des conditions de recours très extensives	489
B. Des procédures soumises à l'autorisation préalable de l'organe de contrôle <i>a priori</i>	495
Section II. L'extension des principes de la commande publique en dehors des marchés publics	499
§ 1. L'extension effective des principes de la commande publique aux contrats de délégation de service public	499
A. La soumission des délégations de service public aux principes régissant l'appel d'offres	500
1. Une soumission étendue à l'ensemble des délégations de service public au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire.....	500
2. Une soumission limitée aux concessions au Cameroun.....	506
B. Les conséquences de la soumission des délégations de service public aux principes et règles de l'appel d'offres.....	508
§ 2. L'adaptation des principes de la commande publique dans leur application aux contrats de partenariat public-privé.....	513
A. L'adaptation de l'appel d'offres ouvert aux particularités des contrats de partenariat public-privé au Sénégal et au Burkina Faso	515
B. La procédure de passation de droit commun des contrats de PPP au Cameroun: un dialogue compétitif implicite.....	522
Conclusion titre premier.....	527
TITRE II. LA RENOVATION DES MECANISMES DE CONTROLE ET DE REGLEMENT DES LITIGES.....	529
Chapitre I. Des avancées limitées dans le champ des contrôles administratifs	533
Section I. La relative rénovation des contrôles administratifs stricto sensu	537
§ 1. Le renouvellement institutionnel des mécanismes de contrôle	537
A. Le nouveau institutionnel des organes de contrôle au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Sénégal	538
1. L'organisation du contrôle des marchés publics et des délégations de service public.....	538

a. Une place centrale attribuée aux Directions des marchés publics dans le mécanisme de contrôle externe.....	539
b. La création de structures de contrôle auprès des autorités contractantes.....	543
b-1. Les cellules de passation des marchés au Sénégal et en Côte d'Ivoire.....	543
b-2. Les spécialistes de la passation des marchés au Burkina Faso.....	548
1. Le contrôle des contrats de partenariat public-privé.....	549
B. La restructuration du contrôle des contrats de la commande publique au Cameroun.....	555
1. Le contrôle des marchés publics et des délégations de service public.....	555
a. Un contrôle centralisé autour du ministère des marchés publics.....	556
b. La place résiduelle de l'organe de régulation dans le système de contrôle.....	558
2. Le contrôle des contrats de partenariat public-privé.....	562
§ 2. La persistance des facteurs entravant la mise en œuvre du contrôle administratif.....	564
A. Des facteurs entravant le contrôle <i>a priori</i>	564
1. La substitution de la légalité défendue dans le contrôle <i>a priori</i> à l'opportunité des contrats.....	565
2. L'exercice par les organes de contrôle <i>a priori</i> de compétences en matière de passation.....	568
3. La contestation du champ d'application du contrôle.....	572
B. Des obstacles entravant le contrôle <i>a posteriori</i>	575
Section II. La régulation dans le domaine de la commande publique: une innovation perfectible.....	579
§ 1. Une fonction novatrice.....	581
A. Les missions des organes de régulation des marchés publics et des délégations de service public.....	582
1. La participation des organes de régulation à l'élaboration des lois et règlements régissant les contrats de la commande publique.....	583
2. Le pouvoir de sanction des autorités de régulation.....	586
a. La portée limitée du pouvoir de sanction de l'Agence de régulation des marchés publics du Cameroun.....	588
b. Le pouvoir répressif des organes de régulation des marchés publics au Sénégal en Côte d'Ivoire et au Burkina Faso.....	590
3. Les compétences en matière de formation et d'information.....	597
B. Le manque de lisibilité des missions des organes de régulation dans le domaine des contrats de partenariat public-privé.....	601
§ 2. Une fonction nécessitant des garanties d'indépendance pour l'organe de régulation.....	606
A. L'inadéquation du statut d'établissement public de l'ARMP au Cameroun.....	607
B. La singularité relative du statut d'organe spécial indépendant de l'ANRMP en Côte d'Ivoire.....	610
Chapitre II. L'adaptation des mécanismes de règlement des litiges aux exigences de la commande publique.....	615
Section I. La mise en place d'organes administratifs chargés du contentieux de la commande publique.....	619
§ 1. La gestion du contentieux de la passation.....	620
A. La gestion quasi exclusive du contentieux de la passation par le ministre en charge des marchés publics au Cameroun: une fonction contentieuse problématique.....	621
B. La fonction contentieuse des autorités de régulation des marchés publics au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire, une innovation perfectible.....	625
1. L'association des autorités contractantes au règlement des litiges.....	625
2. Les modalités du règlement des litiges devant les organes de régulation.....	633
3. Les entraves à l'effectivité de la fonction contentieuse des organes de régulation.....	641
§ 2. Les difficultés soulevées par l'intervention du juge administratif dans le contentieux de la passation.....	646

A. Un retour à la faveur du développement du contentieux non juridictionnel de la passation.....	646
B. Des difficultés soulevées par le retour du juge dans le contentieux des contrats	650
Section II. La levée des obstacles juridiques à la soumission des contrats de la commande publique à l'arbitrage	657
§ 1. La soumission des personnes morales de droit public à l'arbitrage	658
A. la prohibition traditionnelle faite aux personnes morales de droit public de régler leurs différends par la voie de l'arbitrage.....	659
1. Aux origines de la contestation du recours à l'arbitrage par les personnes morales de droit public: le droit public français.	660
2. L'état du droit de l'arbitrage dans les Etats africains avant l'entrée en vigueur des textes de l'OHADA.	662
B. la consécration de la capacité à compromettre au profit des personnes morales de droit public.....	667
§ 2. la soumission des différends nés de contrats de la commande publique à l'arbitrage:	671
A. La possible extension des compétences de l'ohada à la matière administrative	671
B. L'arbitrabilité des litiges portant sur les contrats administratifs.....	673
1. Les problèmes soulevés par la soumission des contrats publics à l'arbitrage:.....	674
2. Les fondements de l'arbitrabilité des litiges portant sur les contrats de la commande publique en particulier.....	677
Conclusion titre second.....	682
Conclusion de la seconde partie.....	684
CONCLUSION GENERALE.....	685
BIBLIOGRAPHIE	695
INDEX	863
TABLE DES MATIERES	867