

CENTRE AFRICAIN D'ETUDES SUPERIEURES EN GESTION

INSTITUT SUPERIEUR DE MANAGEMENT DES ENTREPRISES

ET AUTRES ORGANISATIONS - ISMEO -

MEMOIRE DE FIN D'ETUDES

**Pour l'obtention du
DIPLOME D'ETUDES SUPERIEURES SPECIALISEES
EN ADMINISTRATION ET GESTION**

Promotion 11, Année académique 2012-2013



THEME :

**LE REGLEMENT NON JURIDICTIONNEL DES LITIGES
DES MARCHES PUBLICS AU SENEGAL**

Elaboré par

Bocar Abdoulaye LY

Directeur de mémoire

Amadou Yaya SARR

Enseignant au CESAG



DEDICACES

Je dédie ce travail à :

Mes parents, pour leur soutien sans faille,

A ma femme, Aïs sata Issaga SECK, pour sa disponibilité et son soutien,

Mes amis Oumar LY, Ngor SARR, Ousseynou NGOM, Amadou SY,

A mes camarades de promotion du DESAG 2012-2013,

A toute ma famille, de Doumga Ouro Alpha (Matam),

A Anne Marie Cécile DIENE, pour sa disponibilité constante.

REMERCIEMENTS

J'adresse mes remerciements :

Au Tout Puissant, ALLAH, le Miséricordieux, de m'avoir donné la vie et l'opportunité d'étudier,

Au DAGE du Ministère de la Formation Professionnelle et de l'Artisanat et à tout le personnel dudit Ministère, pour leur disponibilité et leur soutien.

Au Directeur de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP),

Au Docteur Yaya Amadou SARR qui a accepté de diriger les travaux de ce mémoire et de ses conseils utiles et précieux,

A Monsieur René Pascal DIOUF, Magistrat, chargé des Enquêtes à l'ARMP qui m'a prodigué des conseils et orientations pour la réalisation de ce travail,

A Monsieur Ousseynou CISSE, Ingénieur en Génie Civil, membre de la Cellule d'Enquêtes de l'ARMP pour ses pertinentes suggestions,

A Messieurs, Mamadou Lamine SOW, Matar SARR NIANQ et à tous les agents de la DCMP.

Et, à tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à la réalisation de ce travail.

Table des matières

DEDICACES.....	II
REMERCIEMENTS.....	III
LISTE DES ABREVIATIONS.....	VI
INTRODUCTION.....	7
PREMIERE PARTIE : LES RECOURS DURANT LA PHASE DE PASSATION DU MARCHÉ ET LEURS IMPACTS SUR LE SYSTEME DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS.....	15
CHAPITRE I : LES MECANISMES DE MISE EN ŒUVRE DES DEUX RECOURS.....	16
SECTION 1 : Une similarité des moyens de pourvoi pour les deux recours	16
SECTION 2 : Le recours gracieux : une voie non obligatoire au regard de la jurisprudence du CRD	21
SECTION 3 : Le recours devant le CRD : une voie spéciale de règlement des différends.....	22
CHAPITRE II : LES IMPACTS DES RECOURS DURANT LA PHASE DE PASSATION SUR LE SYSTEME DES MARCHES PUBLICS	30
SECTION 1 : Un instrument de bonne gouvernance	30
SECTION 2 : Un facteur de consolidation du système de passation des marchés publics	31
DEUXIEME PARTIE :LE REGLEMENT DES LITIGES DURANT LA PHASE D'EXECUTION DES MARCHES ET LEURS IMPACTS SUR L'ENVIRONNEMENT DES AFFAIRES	41
CHAPITRE III : LE REGLEMENT A L'AMIABLE PAR LE CRD ET L'ARBITRAGE	42
SECTION 1 : Le règlement par le CRD	42
SECTION 2 : Le règlement par l'arbitrage.....	45
CHAPITRE IV : LES IMPACTS DU REGLEMENT A L'AMIABLE SUR L'ENVIRONNEMENT DES AFFAIRES	62
SECTION 1 : Les avantages du recours à l'arbitrage.....	62
SECTION 2 : En termes d'accessibilité, de célérité et de fiabilité	64
CONCLUSION.....	67
ANNEXES	69
ANNEXE 1.....	70
A- Les statistiques des décisions rendues par le CRD de 2008 à 2012.	70
B- Répartition des recours par type de marché.....	70
C- Répartition des recours par mode de passation des marchés	71
D- Répartition des recours par type d'autorité contractante	71
ANNEXE 2 :.....	72
A. Statistiques sur les recours en 2013.....	72
B. Motifs d'irrecevabilité	72
C. Répartition des recours par type de marché.....	74

D.	Répartition des recours par mode de passation des marchés	74
E.	Répartition des recours par type d'autorité contractante	75
F.	Répartition des décisions de suspension provisoire.....	75
G.	Répartition des recours par type objet	76

BIBLIOGRAPHIE	77
----------------------------	-----------

CESAG - BIBLIOTHEQUE

LISTE DES ABREVIATIONS

AC : Autorité contractante

AOO : Appel d'offres ouvert

ARMP : Autorité de Régulation des Marchés publics

ARTP : Autorité de Régulation des Télécommunications et des Postes

AU : Acte Uniforme

CCJA : Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

CFAA : Country Financial Accountability Assessment

CMP : Code des Marchés publics

CPM : Cellule de Passation des Marchés publics

CPAR : Country Procurement Assessment Review

CRD : Comité de Règlement des Différends

DCMP : Direction centrale des Marchés publics

DAO : Dossier d'Appel d'Offres

DP : Demande de Propositions

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires

PCRBF : Projet de Coordination des Réformes budgétaires et financières

PRM : Personne Responsable du Marché

RG : Recours gracieux

RNJ : Règlement non-juridictionnel

UEMOA : Union Monétaire Ouest Africaine

INTRODUCTION

Dans le cadre du fonctionnement du service public, les collectivités publiques réalisent plusieurs actes de gestion dont l'acquisition de biens et de services et la réalisation de travaux dans certains domaines. Désignée sous le vocable « commande publique », la mise en œuvre de ces actes suscitent des enjeux financiers énormes. Or, l'accès à la commande publique étant régi par les principes sacro-saints d'égalité, de concurrence entre les candidats et surtout d'efficience et d'économie, il engendre des conflits dont la seule résolution classique par la voie judiciaire risquerait d'entraver grandement l'exécution correcte des ressources publiques. D'où l'intérêt et l'importance du procédé de règlement non-juridictionnel des litiges nés lors de la passation ou de l'exécution des marchés publics, instauré par la réforme intervenue au sein de l'Espace UEMOA et dans le cadre de l'OHADA en matière d'arbitrage. C'est d'ailleurs, sur cette problématique du règlement non –juridictionnel des litiges des marchés publics au Sénégal que nous envisageons de porter notre réflexion. Il est donc utile de cerner l'historique et les différentes péripéties qui l'ont engendré.

Contexte historique

En 2003, le Sénégal a procédé à une évaluation de ses systèmes de gestion des finances publiques et de passation des marchés publics en collaboration avec ses partenaires nationaux (secteur privé et société civile) et internationaux (partenaires au développement).

L'objectif principal de l'évaluation CFAA/CPAR¹ était d'apprécier les procédures et pratiques financières existantes et d'identifier les risques correspondants.

Au terme de l'évaluation, les insuffisances constatées dans le système ont permis de relever un certain nombre de risques regroupés autour de neuf (9) points.

S'agissant du système de passation des marchés publics, les constats de faiblesse relevés par l'évaluation tournent autour des points ci-après.

¹Communication de Monsieur Abdoulaye DIENG, Coordonnateur du PCRBF, lors des **Journées Sénégalaises de l'Évaluation (JSE)** - Première édition : *Culture et pratiques de l'évaluation des politiques publiques : quels enjeux et défis pour le Sénégal*, du 28 – 30 Octobre 2008, Dakar, Sénégal, Méridien Président.

- **un cadre juridique et institutionnel à améliorer ;**
- **des procédures et pratiques qui affectent la performance et le coût du service public ;**
- **faiblesse des moyens et capacité du cadre professionnel de la passation des marchés ;**
- **inexistence d'un système de contrôle a posteriori indépendant, d'un organe de régulation et de mécanisme d'examen des recours des soumissionnaires ;**
- **inefficacité du dispositif de lutte contre la corruption.**

A la suite des déficiences constatées dans le système et la mise en exergue des risques encourus, l'évaluation CFAA/CPAR a fait un certain nombre de recommandations dont la plupart sont reprises dans deux plans d'action validés d'abord entre le Gouvernement et les parties prenantes au processus d'évaluation (Secteur privé, Société civile et partenaires techniques et financiers) et, ensuite au sein du Gouvernement lors d'un conseil interministériel tenu en juillet 2003. Ces plans sont communément appelés plans d'action CFAA et CPAR.

Cette situation qui ne favorisait pas la réalisation d'économies d'échelle offerte par l'espace UEMOA était considérée comme dissuasive pour attirer des investisseurs.

Ainsi, la volonté de l'UEMOA d'harmoniser les systèmes de passation des marchés publics et de se conformer aux normes internationales a conduit à l'élaboration de la première phase, du programme régional de réformes de passation des marchés.

Dans ce cadre, sous l'impulsion de la Commission de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) à travers le Projet de Reforme des Marchés Publics dans l'espace UEMOA (PRMP-UEMOA), et en accord avec la Banque Mondiale, une vaste réforme du système des marchés publics est enclenchée dans les huit (8) pays de l'espace communautaire.

La première phase de cette réforme qui s'est étendue de 2002 à 2005, a conduit à l'adoption des Directives N°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de

services publics et N°05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de services publics.

La seconde a consisté en la transposition desdites directives dans le droit interne des Etats membres de l'Union.

Au Sénégal, cette opération est matérialisée par la promulgation de la loi N°2006-16 du 30 juin 2006, modifiant la loi N°65-61 du 19 juillet 1965 et portant Code des Obligations de l'Administration (COA). Cette loi fait du Code des marchés publics, le document de référence pour tous les acheteurs de la commande publique. C'est dans ce cadre qu'il a été pris le décret N°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics qui par la suite est abrogé par le décret 2011-1048 du 27 juillet 2011. Dans le même sillage, la réforme a introduit des innovations d'ordre institutionnel, notamment, la création de l'ARMP, de la DCMP et des Cellules de passation des marchés publics au sein des Autorités contractantes.

En effet, créée par le décret N°2007-547 du 25 avril 2007, la Direction Centrale des Marchés Publics (DCMP) est un Service du Ministère de l'Economie et des Finances, rattaché au Cabinet du Ministre de l'Economie et des Finances et chargé du contrôle a priori sur les dossiers de marchés publics. Dirigé par un Directeur nommé par Décret parmi les fonctionnaires de la hiérarchie A ou assimilé, elle compte des services centraux dont trois divisions : la Division contrôle et Visas ; la Division de la formation, du conseil et des études ; la Division des statistiques et de l'information. Elle comprend, par ailleurs, des bureaux spécialisés dans la gestion des archives, le suivi et la coordination, l'administration et les finances ; la communication et les relations publiques. Il existe aussi des Services déconcentrés organisés en Pôles régionaux (Saint Louis, Thiès, Kaolack, Ziguinchor et Tamba). Dans le cadre de l'exécution de ses missions, la DCMP émet des avis sur les dossiers de marchés, accorde des dérogations ou autorisations et en rapport avec l'ARMP assure la formation et l'information des autorités contractantes et les autres acteurs du système (soumissionnaires et société civile).

Les Cellules de passation des marchés publics quant à elles, sont prévues par l'article 35 du Code des Marchés publics. Elles sont chargées de veiller à la qualité des dossiers ainsi qu'au bon fonctionnement de la commission des marchés publics dans les conditions fixées

par arrêté du Ministre chargé des Finances, après avis de l'organe chargé de la régulation des marchés publics. Les CPM constituent les bras techniques des Autorités contractantes en matière de passation des marchés publics au sein desquelles elles jouent une mission de contrôle interne.

L'ARMP, en ce qui la concerne, a été créée d'abord, par le Code des Obligations de l'Administration (article 30 nouveau), puis, par le Décret N°2007-546 du 25 avril 2007. Elle est composée de trois organes dont le Conseil de régulation, le Comité de règlement des différends et la Direction générale. Le cadre organisationnel de l'ARMP sera approfondi dans les développements qui suivent.

Elle a, conformément à l'article 2, « pour missions d'assurer la régulation du système de passation des marchés publics et des conventions de délégation de services publics ». Cette mission de régulation a pour objet d'émettre des avis, propositions ou recommandations dans le cadre de la définition des politiques et de l'assistance à l'élaboration de la réglementation en matière de marchés publics et de délégations de services publics, de contribuer à l'information, à la formation de l'ensemble des acteurs de la commande publique, au développement du cadre professionnel et à l'évaluation des performances des acteurs du système de passation, d'exécution et de contrôle des marchés publics et des délégations de service public, d'exécuter des enquêtes, de mettre en œuvre des procédures d'audits indépendants, de sanctionner les irrégularités constatées, **de procéder au règlement non juridictionnel, des litiges nés à l'occasion de la passation des marchés publics et des délégations de services public, ou de rendre des avis dans le cadre du règlement amiable des litiges nés à l'occasion de leur exécution ».**

Il résulte de cette définition que l'ARMP au-delà de ses prérogatives de définition de politiques, de formation et d'audits indépendants, est, par essence, à travers le **CRD**, l'organe habilité à procéder au règlement non –juridictionnel des litiges nés durant la phase de passation et d'exécution. L'article 137 du Code des marchés publics, dispose quant à lui qu'en cas de différends relatifs à l'exécution des marchés publics, l'AC ou le titulaire du marché peut recourir au CRD placé auprès de l'organe chargé de la régulation des Marchés publics. Il s'ensuit, à la lumière de ces textes, que le règlement non –juridictionnel est une voie non contentieuse mise à la disposition des parties aux marchés publics. Il se différencie nettement des autres types de recours prévus dans le cadre de la législation des

marchés publics à savoir le recours de plein contentieux et le recours pour excès de pouvoir. En effet, conformément à l'article 139 du COA, « les tribunaux de première instance² sont compétents pour connaître du contentieux des contrats administratifs ». Et, suivant les dispositions de l'article 140 dudit code « Les actes détachables du contrat peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat³. Les actes détachables du contrat sont entre autres :

1. l'autorisation de contracter ;
2. la décision de contracter ou de ne pas contracter ;
3. l'opération d'attribution ;
4. l'approbation du contrat.

Le rappel des différentes étapes de la réforme intervenue sur le système de passation des marchés publics dans l'espace UEMOA permettra, après avoir fixé les concepts, de poser la problématique du sujet.

DEFINITION DES CONCEPTS CLES ET PROBLEMATIQUE

Il est d'abord indispensable de clarifier les notions de « marchés publics » et de « délégation de service public » avant de revenir sur celles de « règlement non-juridictionnel » et de « litiges ».

L'article 4 du Code des Marchés publics du Sénégal (décret 2011-1048 du 27 juillet 2011) définit un marché public comme étant « un contrat écrit, conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matières de travaux, de fournitures ou de services. Les marchés publics sont des contrats administratifs à l'exception de ceux passés par les sociétés anonymes à participation publique majoritaire qui demeurent des contrats de droit privé.

Un marché public correspond donc à l'expression courante « contrat » qui est l'aboutissement d'une procédure qui en ouvre une autre. Autrement dit, la procédure mise

² Suite à la réforme intervenue dans l'organisation du système judiciaire, en 2008, c'est le tribunal régional qui est compétent pour connaître du contentieux des contrats administratifs.

³ Avec la réforme de 2008, le Conseil d'Etat est remplacé par la Chambre administrative de la Cour suprême.

en œuvre durant la phase de passation aboutit à la conclusion d'un contrat qui nécessite une autre procédure dans sa phase d'exécution.

La délégation de service public quant à elle, est un contrat administratif par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

Il s'agit là de deux notions différentes dont il est nécessaire de maîtriser le sens pour pouvoir en cas de litiges, savoir la conduite à tenir. A cet égard, il convient de préciser que seuls les marchés publics tels que définis ci-devant, retiendront notre attention compte tenu du fait de la rareté des recours concernant les délégations de service public.

L'expression « règlement non-juridictionnel » peut être entendue comme étant la voie extrajudiciaire empruntée par les parties à un marché public, pour trouver une solution à un conflit donné. Il s'agit d'une procédure introduite par la réforme sur les marchés publics consistant à régler les différends nés durant la phase de passation ou d'exécution des marchés publics.

La notion de « litige » renvoie à un conflit susceptible de faire l'objet d'une solution juridique, par application des règles de droit. Autrement dit, un litige est l'expression d'un différend entre deux ou plusieurs parties, qui a dû, par sa gravité, être soumis soit à une juridiction soit à une institution mise en place à cette fin, pour y être tranché. Les expressions « litiges » et « différends » seront utilisés alternativement dans le cadre de cette étude.

Le règlement non juridictionnel des litiges (RNJ) désigne, de manière générale, l'ensemble des procédés conduisant à une solution amiable des conflits. Il s'agit d'un mode alternatif, qui propose aux personnes ayant intérêt à agir, un règlement amiable du litige, par opposition aux modes juridictionnels, traditionnellement conçus comme des modes autoritaires, coûteux, lourds et incertains. C'est ce qui appelle l'interrogation sur les modes de règlement des litiges des marchés publics prévus par la réglementation sénégalaise et leur spécificité par rapport au mode classique. Autrement dit, quels sont les mécanismes de règlement des litiges prévus dans le système de passation des marchés publics du Sénégal ?

La réforme du système de passation des marchés publics dans l'espèce UEMOA a inscrit les principes de transparence, d'égalité et de liberté d'accès à la commande publique en lettres d'or. Dans ce cadre, il a été mis en place des organes dont la mission est de procéder au règlement des différends en respectant les principes de contradiction et d'équité. Ainsi, le focus de la réflexion consistera à répertorier les modes de règlement prévus au Sénégal et d'analyser leur impact sur la performance et l'efficacité du système de passation des marchés publics. A ce niveau, et suivant les dispositions des articles 88 et 137 du Code des Marchés publics, il sera distingué, les recours effectués durant la phase de passation et ceux exercés pendant la phase d'exécution du marché. La réflexion portera, en premier lieu, sur les recours devant l'AC (recours gracieux) et le recours devant l'autorité chargée des Recours non-juridictionnels (ARMP) et en deuxième lieu, sur les recours pour le règlement à l'amiable des litiges qui peuvent être soit soumis au CRD ou réglés par la voie de l'arbitrage de droit commun notamment l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel.

INTERET

Le sujet présente un double intérêt. Du point de vue théorique, il permet, d'une part, de faire le constat de la rareté de la documentation notamment des écrits scientifiques (articles) sur la matière ; d'autre part, de susciter la réflexion sur les avantages et inconvénients éventuels de ce mode de règlement des litiges.

Du point de vue pratique, il participe à faire comprendre les rouages et mécanismes de l'institution de régulation des marchés publics qui sont, souvent, mal connus par les usagers du service public. En outre, elle offre l'occasion de faire une étude comparative des différents types de recours et de l'impact des décisions rendues.

ARTICULATION DU MEMOIRE

Le travail va s'articuler autour de deux axes. D'une part, il sera étudié les différents types de recours durant la phase de passation à savoir le recours gracieux et le recours porté devant l'ARMP (première partie). D'autre part, il sera fait une analyse des types de recours prévus dans la phase d'exécution des marchés (deuxième partie).

METHODOLOGIE ADOPTEE

Pour étudier ce thème, nous nous sommes fondés pour l'essentiel sur une exploitation des différents supports textuels (lois, décrets, directives, décisions ARMP, articles, etc.).

Enfin, les ouvrages des auteurs français sur le contentieux des marchés publics en France, nous ont fourni des éléments de comparaison par rapport à notre système.

CESAG - BIBLIOTHEQUE

PREMIERE PARTIE : LES RECOURS DURANT LA PHASE DE PASSATION DU MARCHE ET LEURS IMPACTS SUR LE SYSTEME DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS.

La procédure de règlement des litiges durant la phase de passation (**Chap. I**) requière la présentation de moyens de pourvoi (**Section 1**) presque similaires aussi bien pour le recours gracieux (**Section 2**) que le recours devant le CRD (**Section 3**).

L'analyse des décisions issues des deux recours (**ChapII**) fait ressortir une tendance à conforter la réglementation des marchés publics (**Section 1**) mais aussi, une propension de plus en plus accrue du CRD, à faire de la régulation dans certains cas (**Section 2**).

CESAG - BIBLIOTHEQUE

CHAPITRE I : LES MECANISMES DE MISE EN ŒUVRE DES DEUX RECOURS

Les articles 88 du CMP et 21 du décret portant organisation et fonctionnement de l'ARMP retiennent les mêmes moyens de pourvoi en cas de litiges, pour les deux recours. Ainsi, pour des questions de cohérence, il est envisagé de traiter, en premier lieu, les moyens à invoquer quelque soit la voie adoptée, avant de voir successivement le recours gracieux et le recours devant le CRD.

SECTION 1 : Une similarité des moyens de pourvoi pour les deux recours

Suivant les dispositions des textes sus évoqués, il peut être soulevé devant la personne responsable du marché auprès de l'autorité contractante (AC) ou de la commission des litiges du CRD, les décisions portant sur les actes énumérés ci-dessous :

- décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché ;
- les conditions de publication des avis ;
- les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées ;
- le mode de passation et la procédure de sélection retenus ;
- la conformité des documents d'appel d'offres à la réglementation, les spécifications techniques retenues ;
- les critères de qualification.

Il est donc clair que tout candidat à une procédure de passation de marché qui s'estime lésé peut intenter un recours soit devant la PRM ou devant le CRD en soulevant les griefs listés ci-dessus.

Toutefois, il est important de connaître en quoi consistent ces différents moyens et dans quelles circonstances, ils peuvent être utilisés. Pour ce faire, il est important de procéder à une explication des six points susceptibles d'être soulevés en fonction de leur place dans la législation des marchés publics. En effet, certains griefs peuvent être portés sur le dossier d'appel et d'autres sur la décision d'attribution.

1- Sur les éléments du dossier d'appel d'offres

a) La conformité des documents d'appel d'offres à la réglementation

Le dossier d'appel d'offres est un document dans lequel l'autorité contractante indique toutes les informations et conditions prévues dans le cadre de l'appel d'offres. Il s'agit, en quelque sorte, du cahier des charges pour reprendre l'appellation couramment utilisée. La réforme des marchés publics a engendré la production de plusieurs supports et outils utilisés durant toutes les étapes de la procédure de passation. Il s'agit de documents types élaborés par l'ARMP, auxquels les autorités contractantes sont tenues de se conformer. Parmi ces documents, le DAO occupe une place importante dans la mesure où il constitue le document de base pour la passation des marchés de travaux, de fournitures ou services. Lorsqu'il s'agit des marchés de prestations intellectuelles, il sera utilisé une demande de propositions (DP). Le dossier d'appel d'offres doit être conforme aux dispositions du Code des Marchés publics qui constitue le cadre de référence. Un DAO qui ne respecte pas le modèle type ou qui ne contient pas ses éléments substantiels peut être contesté devant la personne responsable du marché ou devant le CRD.

La détermination des critères de qualification peut être aussi contestée. En effet, les critères de qualification constituent les exigences requises dans le dossier d'appel d'offres et sur la base desquelles, les soumissionnaires seront évaluées. Ils sont d'ordre financier et technique. Il est généralement requis en termes de critères financiers, l'attestation de liquidité financière, la capacité financière, le chiffre d'affaires et les états financiers des trois dernières années. La détermination de ces critères ne doit pas être excessive. En effet, ils doivent être fixés de manière à faire participer un nombre de candidats importants en tenant compte de leurs spécificités. Les critères d'ordre technique sont les marchés similaires et les moyens humains et matériels. Ces derniers permettent de vérifier les aptitudes techniques des titulaires des marchés. Un candidat qui s'estime être écarté à tort sur ces points, peut intenter un recours gracieux ou un recours devant le CRD. Dans la plupart des cas, les entreprises sont rejetées pour insuffisance d'expériences similaires ou défaut de personnel qualifié.

b) Les spécifications techniques retenues

Les spécifications techniques sont les caractéristiques techniques d'une fourniture. L'autorité contractante est tenue de procéder dans le cadre de l'acquisition d'une fourniture, à une description détaillée sans faire référence à une marque. A ce niveau, lorsque dans le cadre de l'acquisition d'un véhicule, une AC cite un nom de marque, dans la description du besoin, les candidats au marché peuvent intenter un recours gracieux ou un recours devant le CRD. Les spécifications techniques doivent être définies de manière neutre. Elles ne doivent pas être orientées. Plusieurs recours ont porté sur ce point.

c) Les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées

La réforme sur les marchés publics a inscrit les principes de transparence, d'équité, d'égalité et d'économie comme principes sacro-saints que les autorités contractantes doivent respecter dans l'élaboration et la conduite des procédures de passation des marchés publics. Ainsi, tout appel d'offres doit intégrer ces principes. En effet, il doit veiller à ce que les conditions de participation soient indiquées de manière à ne pas écarter certains candidats. Les potentiels candidats aux marchés publics sont nombreux et ne sont pas de même tailles. Les entreprises varient en fonction de leurs poids techniques, organisationnels et financiers. Il est important dans la définition du besoin et de l'élaboration des dossiers d'appel d'offres, que les capacités et garanties exigées ne soient pas disproportionnées. En ce qui concerne les capacités à exiger, il est généralement fixé des critères d'ordre financier tel que la capacité financière ou le chiffre d'affaires qui doivent être exprimés en fonction du montant estimatif du marché. A ce niveau, par exemple, l'AC ne doit pas fixer des montants élevés de nature à écarter certains candidats. Dans ce cadre, d'ailleurs, les dossiers types suggèrent que « le montant estimé du marché soit divisé par le nombre de mois du délai d'exécution, et multiplier par 3 ou 4. L'objectif étant de s'assurer que l'entrepreneur disposera de suffisamment de liquidités pour (pré) financer les travaux dans l'attente de recevoir les paiements du Maître d'Ouvrage, en faisant abstraction du montant de l'avance de démarrage ». La DCMP dans le cadre de sa mission de contrôle a priori veille au respect de cette règle. S'agissant des garanties à demander, elles sont de deux ordres. Il y a la garantie de soumission et la garantie de bonne

exécution qui sont exigibles lorsque certains seuils sont atteints en fonction des types de marchés.

La garantie de soumission qui est prévue à l'article 113 du CMP est fixée en fonction du montant estimé du marché dans la fourchette de 1 à 3%. Elle permet d'empêcher les candidats de se rétracter en cours de procédure. Elle garantit l'offre. La garantie bonne exécution, quant à elle, est prévue par l'article 114. Elle doit être fixée au maximum à 5% du montant du marché. La violation de ces deux articles peut être contestée par la voie des deux recours.

2- Sur les conditions de publication des avis et les modes de passation et de sélections retenus

L'article 60 du CMP identifie plusieurs types d'appel d'offres parmi lesquels, l'appel d'offres ouvert qui constitue le mode de passation par principe. C'est une procédure par laquelle, « l'AC attribue le marché sans négociation, après appel à concurrence, au candidat qui remet l'offre conforme évaluée la moins-disante, sur la base des critères quantifiés en termes monétaires préalablement portés à la connaissance des candidats, et qui réunit les critères de qualification mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence ».

Et suivant les dispositions de l'article 63 du CMP, « Dans les procédures d'appels d'offres ouverts, avec ou sans qualification, ou d'appels d'offres restreints, le délai minimal de dépôt des offres ou des candidatures est de 30 jours calendaires à compter de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence, dans le cas d'appels d'offres nationaux. Ce délai est de 45 jours calendaires dans le cas d'appels d'offres internationaux et de marchés dont les montants estimés sont supérieurs aux seuils communautaires définis par l'UEMOA ».

Le non-respect des délais de publicité de l'avis d'appel d'offres est un motif substantiel de recours. Il est généralement constaté que les autorités contractantes, souvent par inadvertance, commettent des erreurs dans la fixation desdits délais. Et dans la plupart du temps, les recours portent sur la computation des délais de publicité. Souvent, c'est soit les

délais de 30 jours ou de 45 jours qui ne sont pas atteints où c'est le support de publicité tel que stipulé par l'article 56 qui fait défaut.

Ces manquements sont considérés comme des pratiques visant à éliminer certains candidats et à en favoriser d'autres. La DCMP, en tant que structure de contrôle, veille rigoureusement au respect des conditions de publicité. De même, le CRD en fait un traitement scrupuleux dans le cadre de ces différentes décisions. Les recours peuvent aussi être soulevés lorsque l'AC utilise une procédure inadaptée. Il peut en être ainsi lorsqu'en lieu et place d'un appel d'offres ouvert, il est passé par appel d'offres restreint ou par une entente directe. A ce niveau, l'AC peut être poursuivie pour avoir recouru à un mode en contradiction avec les dispositions du Code régissant ledit marché.

3- Sur la décision d'attribution du marché

L'attribution consiste à la désignation du titulaire du marché. C'est une décision juridique matérialisée par un procès-verbal d'attribution désignant le candidat auquel il est proposé d'attribuer le marché après une évaluation de toutes les offres soumises. Il s'agit là d'une décision relevant du pouvoir exclusif de l'AC. Elle peut décider d'attribuer le marché ou non. L'attribution du marché peut faire l'objet de contestation si un candidat estime être écarté à tort. Toutefois, la décision de ne pas attribuer le marché peut également être remise en cause. L'article 84 du Code des Marchés publics dispose que « le refus d'approbation ne peut intervenir qu'en l'absence du document attestant de l'existence des crédits suffisants ; autrement le refus d'approbation doit faire l'objet d'une décision motivée qui est susceptible de recours devant le CRD⁴ ».

⁴ Cette compétence accordée au CRD est critiquable dans la mesure où la décision de refus d'approbation est un acte détachable qui relève de la compétence du juge.

SECTION 2 : Le recours gracieux : une voie non obligatoire au regard de la jurisprudence du CRD

1- La procédure

Suivant les dispositions de l'article 88 du Code des Marchés Publics (CMP), « tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché est habilité à saisir la personne responsable du marché d'un recours gracieux, 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 ».

Il ressort de cet article qu'un candidat à une procédure de passation d'un marché a la possibilité de saisir, la personne responsable du marché⁵, pour demander les raisons du rejet de son offre ou contester le dossier d'appel d'offres. A cet effet, elle formule une notification écrite dans laquelle, il est exposé les références de la procédure en cause et les moyens soulevés. La notification doit être adressée à la PRM par lettre recommandée avec demande de réception ou déposée contre récépissé. Le recours doit être introduit par simple **lettre avec accusé de réception dans un délai de 5 jours ouvrables** à compter de la publication de l'avis d'attribution du marché, de l'avis d'appel d'offres, ou de la communication de la demande de propositions. La PRM est tenue de répondre dans un délai de 5 jours ouvrables ; le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours gracieux.

2- Dans la pratique

Au Sénégal, contrairement à certains pays de l'UEMOA⁶, le recours gracieux n'est pas une formalité obligatoire. Les parties à une procédure de passation d'un marché peuvent saisir directement le Comité de Règlement des Différends. Mais, malgré cette possibilité, il est constaté que les candidats saisissent fréquemment les personnes responsables des marchés, par la voie du recours gracieux. Ces recours sont pris avec intérêt par les autorités

⁵ Il s'agit de la personne qui a la charge de conduire toute la procédure de passation du marché. Généralement, elle est choisie en fonction de sa connaissance de la structure et de ses compétences dans le domaine. Elle détient toutes les informations et c'est auprès d'elle que les contestations sont adressées.

⁶ En Cote d'Ivoire le recours gracieux est obligatoire.

contractantes qui essaient d'apporter des réponses aux questions qui leur sont posées. Il est cependant difficile d'avoir une idée précise sur le nombre de recours exercé durant une période donnée, dans la mesure où, il n'existe pas à l'image de l'ARMP, une structure chargée de coordonner les saisines relatives à ce mode de recours. Il reste que c'est une voie utile et efficace de règlement des litiges. Mais, les candidats sont rarement satisfaits des réponses qui leur sont accordées. Les candidats considèrent que les autorités contractantes sont dans une situation de « juge et partie ». C'est ce qui les pousse à porter le conflit devant le CRD.

SECTION 3 : Le recours devant le CRD : une voie spéciale de règlement des différends

Le rappel des éléments du dossier de saisine (1) permettra de faire une esquisse sur le CRD (2) et sur les types de décisions (3) qu'elle peut être amenée à prendre.

1. Éléments constitutifs du dossier de saisine du CRD

Le CRD doit être saisi d'une demande par lettre avec accusé de réception ou d'une simple requête déposée au bureau du courrier contre décharge et apposition du timbre de l'ARMP.

La saisine doit être transmise en sept (7) exemplaires et doit comporter :

- ✓ le nom, prénom, adresse et profession de l'auteur de la saisine ;
- ✓ si l'auteur de la saisine est une personne morale, sa forme, sa dénomination ou sa raison sociale ;
- ✓ l'adresse de son siège social et l'organe qui la représente légalement ;
- ✓ les documents qui autorisent le signataire de la saisine à engager la personne morale ;
- ✓ le nom du ou des conseils choisis pour assister ou représenter l'auteur de la saisine ; au cas où l'auteur aurait choisi plusieurs conseils, le nom de celui à l'égard duquel les actes de procédure seront valablement accomplis, doit être indiqué ;
- ✓ l'objet de la saisine ainsi que l'exposé des motifs et les pièces sur lesquelles la saisine est fondée (appel à manifestation d'intérêt, avis d'appels d'offres, dossier

- d'appel à la concurrence, procès-verbal d'ouverture des plis, avis d'attribution provisoire ou définitif, récépissé ou accusé de réception du recours gracieux, etc.) ;
- ✓ les informations sur le marché litigieux ;
 - ✓ l'identification et l'adresse de la partie mise en cause par le demandeur ;
 - ✓ les copies des recours gracieux et de la décision opposée à l'auteur de la saisine par la partie mise en cause ou, à défaut de réponse au recours gracieux, la copie de la pièce justifiant de la date de dépôt du recours ;
 - ✓ le versement d'une consignation d'un montant de cinquante mille francs (50 000 FCFA) fixée par une décision du CRD.
 - ✓ toute autre pièce que l'auteur de la saisine estime utile de produire.

Par ailleurs, il convient de préciser que la saisine doit être rédigée en français. La saisine expose la demande adressée au CRD ainsi que les éléments qui la fondent en fait et en droit, en référence aux textes législatifs et réglementaires régissant les marchés publics. Il y a lieu, toutefois de préciser, à ce niveau que le CRD n'est pas lié par la qualification juridique proposée par le requérant.

La saisine doit être enregistrée sur un registre d'ordre numéroté et marqué d'un timbre indiquant sa date d'arrivée. Tout dossier de saisine ne répondant pas aux conditions mentionnées ci-dessus devra être repris dans la forme requise à la demande du CRD.

Les saisines manifestement irrecevables sont rejetées par le CRD sans qu'il soit procédé à leur instruction.

2. Esquisse sur le CRD

L'article 31 du Code des Obligations de l'Administration évoque la création d'un organe de recours non juridictionnel placé au sein de l'ARMP, devant lequel est ouverte une procédure spéciale de règlement des litiges. Ce qui consacre la création du CRD en même temps que l'ARMP.

Les missions du CRD

a) Le CRD a pour mission :

- de statuer sur les irrégularités et violations des réglementations communautaires et nationales;
- d'ordonner toute mesure conservatoire, corrective, ou suspensive de l'exécution de la procédure de passation, l'attribution définitive du marché étant suspendue jusqu'au prononcé de la décision de l'Organe compétent.

b) La composition du CRD

L'Organe de recours non juridictionnel a une composition tripartite :

- un représentant de l'administration;
- un représentant du secteur privé;
- un représentant de la société civile.

Ils sont tous issus du Conseil de Régulation dont le président est président es qualité de l'Organe. Le représentant de l'administration au niveau du CRD est nécessairement un magistrat.

c) La Désignation des membres du CRD

La procédure de désignation des membres de l'Organe de recours non juridictionnel, la cessation de leur mandat, de même que leur statut, qui sont définis par la réglementation nationale, doivent leur permettre d'exercer leur fonction en toute indépendance. Ils convient de rappeler que les membres du CRD sont désignés par le Conseil de Régulation.

d) Les Formations

Le CRD comporte deux formations:

- 🏳️ **La Commission Litiges** qui est compétente pour statuer sur les recours présentés par les candidats, les saisines des organes de l'administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés et délégations de service public

dont le Comité est saisi. Il est également compétent pour statuer sur les dénonciations des irrégularités constatées aux procédures de passation et d'exécution.

✚ **La Formation disciplinaire** qui a pour mission de prononcer des sanctions, sous la forme d'exclusions temporaires et de pénalités pécuniaires à l'encontre des soumissionnaires, candidats ou titulaires de marchés publics et délégations de service public, en cas de violation de la réglementation relative à la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service public.

e) La Compétence du CRD

Le CRD a compétence pour connaître des litiges relatifs :

- aux marchés sans distinction de seuil ;
- aux délégations de service public ;
- aux contrats de partenariat, sauf si le litige les concernant porte sur leur attribution, en ce cas, le Conseil des Infrastructures serait compétent.

En ce qui concerne les contrats de partenariat, une lecture comparée des Directives, du Code des marchés publics et du Décret portant organisation et fonctionnement de l'ARMP fait constater que ce type de contrat ne devait pas être soumis à la compétence du CRD. Toutefois, les dispositions de l'article **32 nouveau** du **COA** donnent compétence au CRD de « prononcer à l'encontre d'un candidat ou titulaire d'un marché public, d'une délégation de service public ou d'un **contrat de partenariat**, l'exclusion temporaire, définitive, des commandes publiques, à titre de sanction pour des fautes commises par l'intéressé lors de la passation ou de l'exécution de ces marchés ou contrats, ou réparation éventuellement dues ».

f) La procédure de saisine du CRD

Deux conditions au moins doivent être réunies pour saisir le CRD. Il faut que le requérant ait qualité à agir et que le recours soit introduit dans le délai prescrit par la réglementation.

✚ **La qualité pour saisir le CRD :**

Sont recevables à saisir le CRD les personnes susceptibles d'être lésées, les candidats ou les personnes qui, potentiellement, avaient capacité à participer à l'appel d'offres et qui ont été soit dissuadées de présenter leur candidature, soit empêchées par une publicité insuffisante; il peut également être saisi par le représentant de l'Etat dans le cadre de son contrôle de légalité sur les contrats passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Le CRD peut également être saisi par son Président des dénonciations relatives aux irrégularités constatées par les parties intéressées ou celles connues de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service public. Il peut aussi être saisi par les organes de l'administration concernés par la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics et délégations de service public.

Le délai de saisine du CRD en cas de recours:

Il est de trois (3) jours francs⁷ à compter :

- ✓ soit de la publication de l'avis d'attribution du marché, de l'avis d'appel d'offres ou la communication de la demande de propositions;
- ✓ soit de la réception de la réponse de l'autorité contractante au recours gracieux introduit par le candidat évincé ou de l'expiration du délai de cinq (5) jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif de rejet implicite du recours gracieux.

Il convient de préciser, à ce niveau, au regard de la jurisprudence constante du CRD, la possibilité offerte au candidat de saisir directement, le CRD, sans passer par le recours préalable. Cette possibilité observée dans la pratique est en contradiction avec les dispositions de la directive N°05 de l'UEMOA qui fait du recours préalable, une voie obligatoire avant la saisine du CRD.

Pour protéger le droit des candidats évincés à un recours effectif devant le CRD, l'article 82 du Code des marchés publics impose un délai minimum de quinze (15) jours entre la date à laquelle la décision est publiée et la date de signature du marché. Lorsque les

⁷Dans la nouvelle rédaction du projet de code des marchés publics, la notion de jour franc a disparu et remplacée par la notion de « jour calendaire ».

conditions liées à la qualité du requérant ou au délai prescrit ne sont pas remplis, le recours est déclaré irrecevable. A l'inverse, le CRD ordonne la suspension de la procédure de passation et demande à l'AC de transmettre les documents du marché pour l'instruction de l'affaire. Le CRD a tout le temps nécessaire pour rendre sa décision⁸.

3- Les types de décisions rendues

Les décisions rendues par le CRD peuvent être appréciées par rapport au pouvoir reconnu au CRD. Aussi, est – il nécessaire de mesurer l'évolution desdites décisions à travers le temps.

a) Les Pouvoirs du CRD

Le CRD a le pouvoir d'ordonner toute mesure conservatoire, corrective, ou suspensive de l'exécution de la procédure de passation. Le CRD peut, en cas de dénonciation, d'office, prononcer la suspension de la procédure de passation du marché avant qu'il ait eu le temps de se prononcer sur le bien fondé de la demande d'annulation de cette procédure. La décision ordonnant la suspension ne peut être contestée qu'à l'occasion du pourvoi en cassation dirigée contre la décision statuant sur la contestation de la procédure de passation du marché. Il est reconnu au CRD un pouvoir d'annulation en cas de méconnaissance par l'autorité contractante des obligations de publicité (art. 24 du Code des obligations de l'administration, 6, 56 et 82 du Code des marchés publics) et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché (art. 24 alinéa 2 du Code des obligations de l'administration). Le CRD peut prononcer l'annulation de :

- ✓ certaines mesures prises au cours de la procédure de passation;
- ✓ toute la procédure, même en l'absence de conclusions en ce sens.

Toutefois, il est utile de préciser que le CRD n'est pas juge de la légalité. C'est pourquoi, le requérant ne peut pas invoquer devant lui la méconnaissance par l'autorité contractante d'autres règles relatives à la formation (vice du consentement par exemple) ou à l'objet du marché (ex. la licéité de l'objet du marché). En vertu de sa mission de veille permanente

⁸ La décision du CRD dans certains cas est intervenue plus de 30 jours après transmission des dossiers pour instruction de l'affaire.

sur le respect de la réglementation, le CRD lorsqu'il constate que les autorisations préalables auxquelles la conclusion du marché est soumise n'ont pas été obtenues (art. 19 du COA et 9 du CMP) ou que le marché a été conclu par une personne non habilitée à cet effet (art. 22 du COA et 27 du CMP), se borne à constater la nullité de la procédure. Il peut également ordonner à l'autorité contractante de reprendre la procédure après sa régularisation si celle-ci est possible.

De 2008 à nos jours, le CRD a rendu plusieurs décisions dont il est difficile, dans le cadre de cette étude, de dresser l'inventaire complet. Nous reproduisons ici les statistiques de 2008 à 2013, disponibles sur le site de l'ARMP.

b) Evolution des décisions du CRD de 2008 à 2013⁹

Il est noté une tendance haussière de 2008 à 2011 et baissière de 2011 à 2012 et fortement haussière en 2013, soient :

- ✓ 75 décisions en 2008 ;
- ✓ 111 décisions en 2009 ;
- ✓ 142 décisions en 2010 ;
- ✓ 256 décisions en 2011 ;
- ✓ 170 décisions en 2012 ;
- ✓ **393 décisions en 2013.**

Le point phare constitue la possibilité offerte aux candidats de pouvoir intenter des recours devant l'autorité contractante et l'ARMP. Dans ce cadre, il a été enregistré en 2008, 75 décisions. Ce chiffre bien que dérisoire par rapport au nombre de décisions des années suivantes est significatif dans la mesure où, il représente l'année de mise en œuvre des changements opérés dans le système, caractérisé par une absence de ressources humaines bien outillées pour pouvoir diligenter et porter devant l'ARMP les litiges nés des marchés publics. Cette situation sera vite dépassée et en 2009, il est noté des évolutions remarquables sur le nombre de saisines devant le CRD. Durant cette année, **111** décisions ont été rendues. Il convient de préciser que cette accélération est due, en partie, aux efforts consenties par l'ARMP et la DCMP, dans la formation de l'ensemble des acteurs de la

⁹ Statistiques disponibles sur le site de l'ARMP.

commande publique sur les différents points de la réforme. Les sessions de formations ont impacté positivement l'élaboration des dossiers de marchés et a permis aux candidats de connaître les mécanismes de participation et de contestation des décisions prises par les autorités contractantes. Il est même arrivé que certains recours soient qualifiés de fantaisistes dans la mesure où il était noté un nombre impressionnant de saisines soumises au CRD. Les recours ont connu une ascension fulgurante en l'espace de 4 ans. Et en 2011, **256** décisions ont été rendues. Cela dénote une certaine maturité et une appropriation des réformes introduites de la part des candidats qui n'hésitent plus à saisir l'ARMP pour dénoncer une violation quelconque du code ou des principes qui régissent la passation des marchés publics. Il est toutefois, noté une régression en 2012. En effet, **170** décisions ont été rendues contre **256** en 2011.

Cette diminution peut s'expliquer par le fait que l'année 2012 est marquée par l'élection présidentielle qui a ralenti le rythme d'exécution de la commande publique. Ce qui, sans nul doute, a impacté les procédures de passation des marchés. Toutefois, cette tendance baissière notée en 2012 a été interrompue en 2013. En effet, il est noté une augmentation notable des décisions rendues par le CRD durant l'année 2013. Ainsi, de 170 en 2012, les décisions enregistrées par le CRD sont passées à **393** décisions en 2013. Ce renversement de la tendance s'explique par le fait que l'année 2013 a été marquée par une exécution correcte du service public de façon générale.

CHAPITRE II : LES IMPACTS DES RECOURS DURANT LA PHASE DE PASSATION SUR LE SYSTEME DES MARCHES PUBLICS

L'analyse des différentes décisions du CRD depuis 2008 démontre que le système de règlement non juridictionnel des litiges des marchés publics durant la phase de passation du marché, est un outil important pour la promotion de la bonne gouvernance (**Section 1**) mais aussi un véritable levier pour la consolidation de la réglementation des marchés publics (**Section 2**).

SECTION 1 : Un instrument de bonne gouvernance

La **gouvernance** est une notion controversée, car définie et entendue de manière diverse et contradictoire. Cependant, malgré la multiplicité des usages du mot, il semble recouvrir des thèmes proches du « bien gouverner ». Chez la plupart de ceux qui, dans le secteur public ou privé, emploient ce mot, il désigne avant tout un mouvement de « décentrement » de la réflexion, de la prise de décision, et de l'évaluation, avec une multiplication des lieux et des acteurs impliqués dans la décision.

Il renvoie à la mise en place de nouveaux modes de pilotage ou de régulation plus souples et éthiques fondés sur un partenariat ouvert et éclairé entre différents acteurs et parties prenantes, tant aux échelles locales qu'internationales.

Ainsi, il convient d'analyser les effets des recours sur les comportements des acteurs de la commande publique. La commande publique, en plus des dispositions législatives et réglementaires, est adossée sur les principes fondateurs tels que l'économie, la transparence, l'équité, l'efficacité et l'efficience dans l'exécution des dépenses publics. Ces instruments encadrent les processus de passation des marchés et confinent les acteurs dans un rayon d'action permettant à l'administration publique et aux autres structures de faire fonctionner le service public. Mais en quoi le recours non-juridictionnel peut-il être un facteur de bonne gouvernance ? Pour y répondre, nous allons scruter, dans une vue d'ensemble, les décisions rendues par le CRD pour essayer d'y rechercher les points à même d'être considérés comme étant des facteurs contribuant à l'instauration de la bonne gouvernance.

La bonne gouvernance renvoie à une bonne gestion des deniers publics. Sous ce rapport, le règlement non-juridictionnel constitue un outil efficace permettant d'y arriver.

En effet, en lançant une procédure d'acquisition de biens, l'administration cherche non seulement à satisfaire un besoin, mais essaie de limiter le maximum possible la dépense et de faire des économies. Pour ce faire, des critères de qualification exprimés en termes économique, techniques et financiers sont exprimés pour permettre d'évaluer les candidats aux marchés publics. Il est recherché à ce niveau, non seulement, la qualité, mais aussi un souci d'économie pour permettre à l'administration de subvenir aux innombrables besoins auxquels elle est confrontée. Les recours portés devant le CRD constituent de véritables moyens de défense des intérêts des soumissionnaires et partant, de rétablir, l'équité et l'égalité entre les différents candidats.

La passation des marchés publics est souvent décriée comme étant une véritable niche de corruption et de favoritisme, ce qui rompt le principe d'équité. Le recours non-juridictionnel permet de garantir une procédure transparente en mettant à la disposition des candidats un outil de règlement des litiges qui pourraient naître dans la phase de passation. Dans plusieurs cas, le CRD, constatant des irrégularités dans les conditions de préparation ou d'attribution des marchés, a annulé des propositions d'attribution des marchés.

SECTION 2 : Un facteur de consolidation du système de passation des marchés publics

Suivant les dispositions de l'article 91 du CMP, « la décision du Comité de Règlement des Différends en matière de passation des marchés doit être rendue dans les sept (7) jours ouvrables à compter de la réception du recours, faute de quoi l'attribution du marché ne peut plus être suspendue. Elle est finale et immédiatement exécutoire par l'autorité contractante. Elle ne peut avoir pour effet que de corriger la **violation alléguée** ou **d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés**, ou de **suspendre ou faire suspendre la décision litigieuse ou la procédure de passation** ».

Il résulte de cette disposition que les décisions du CRD peuvent prendre plusieurs formes suivant la nature des moyens invoqués. Ainsi, de 2008 à nos jours, le CRD a fait œuvre

d'une jurisprudence abondante¹⁰. Compte tenu de l'abondance des décisions rendues, il a été jugé nécessaire de ne s'intéresser qu'à quelques décisions phares du CRD.

L'analyse des décisions rendues démontre une volonté du CRD de pousser les acteurs à se conformer aux règles et principes qui régissent les marchés publics (A). Mais, il est noté de plus en, une tendance du CRD à faire usage de son pouvoir de régulation pour statuer sur certaines questions (B).

Compte tenu de « l'immensité » des décisions rendues par le CRD depuis le début de la réforme, nous avons choisi de porter l'étude sur les décisions de 2013 notamment sur la période Mars- Avril et Mai 2013. Aussi, avons-nous choisi d'analyser quelques décisions phares rendues par le CRD.

A- Une propension à se conformer à la réglementation sur les marchés publics

Cette volonté de conformité aux règles est perceptible dans plusieurs décisions du CRD. Il sera fait mention de quelques décisions à titre illustratif en essayant de faire ressortir l'attitude du CRD face aux différents points sur lesquels, il a été saisi.

1. L'appréciation des moyens fondés sur les critères de qualification

Dans l'affaire Centre Hospitalier Psychiatrique de Thiaroye/ EKSE, le CRD a estimé que ledit candidat n'a pas fourni, comme requis dans le dossier d'appel d'offres, trois attestations de service fait et par conséquent déclare ledit candidat non-qualifié¹¹.

Dans le cadre de l'affaire GTS/ARSM, le CRD a déclaré que la contestation des critères de qualification (état financier dans le cas d'espèce) doit être faite au moment de la parution de l'avis d'appel à la concurrence et dans les délais fixés par le Code des Marchés publics et non aux phases d'évaluation et d'attribution¹². Dans cette décision le CRD a aussi admis que les marchés relatifs à la construction d'immeubles sont similaires aux prestations relatives à la construction de Hangar.

¹⁰ De 2008 à 2012, 754 décisions ont été rendues par le CRD. Les statistiques de l'année 2013 ne sont pas encore disponibles.

¹¹ Décision N°057/13/ARMP/CRD du 13 mars 2013 ; voire décision N° 052/ARMP/CRD du 6 mars 2013.

¹² Décision N° 051/13/ARMP/CRD du 6 mars 2013.

En réponse à une saisine du Groupement d'entreprise CCL/CDE contre une décision d'attribution de la commission des marchés de l'AGEROUTE concernant la réhabilitation de la route Tamba- Dialocoto, le CRD a déclaré que le chiffre d'affaires d'une succursale est comptabilisé dans le chiffre d'affaire globale de la maison mère et a confirmée la décision d'attribution du marché à l'entreprise AREZKI¹³.

Dans le cadre de la refonte du système de surveillance de Trafic maritime et d'identification automatique de Navire lancé par le PAD, le CRD a décidé que les spécifications techniques portent atteintes au principe de libre accès à la commande publique et dit que leur maintien en l'état risque de biaiser la concurrence ou de favoriser l'infructuosité du marché¹⁴.

2. L'appréciation des moyens fondés sur les pièces administratives

Suite à une saisine de ORANGE BUSINESS contre la décision d'attribution du marché du Ministère de l'Enseignement Supérieur, le CRD a estimé que la garantie de soumission présentée par le requérant n'est pas conforme au modèle type et par conséquent, a confirmé la décision de la commission dudit Ministère rejetant ainsi l'offre dudit candidat.

Dans l'affaire Entreprise Techno –Réseaux Sénégal / Commune de Gossas, le CRD avait considéré que la pratique consistant à demander le renouvellement des pièces administratives expirées doit être conforme aux dispositions du Code des marchés qui considère comme valable, toute attestation administrative fixant la date de validité des pièces fiscales et sociales au 31 décembre de l'année précédent celle au cours de laquelle le marché est lancée et déclare que l'attestation de l'inspection du travail fourni par le requérant est conforme¹⁵.

Dans sa décision N° 043/13/ARMP/CRD du 27 février 2013, le CRD reconnaît la possibilité, à défaut de disposer d'une attestation de qualification et de classement, en bonne et due forme, de joindre le récépissé de dépôt de ladite demande.

¹³ Décision N° 087/13/ARMP/CRD du 12/04/2013

¹⁴ Décision N°113/13/ARMP/CRD du 08/05/2013

¹⁵ Décision N°053/13/ARMP/CRD du 16 mai 2013

Dans l'affaire Société ATEX/PAPCREE, le CRD a déclaré, en substance, que la commission des marchés ne devait pas permettre au candidat de corriger son offre en lui donnant un délai supplémentaire pour fournir des compléments relativement à l'attestation de liquidité financière ainsi que l'attestation démontrant la disponibilité d'un camion benne de 10 m³¹⁶...

Dans l'affaire TRIPLE A/COUD, le CRD a rappelé le principe de l'intangibilité des offres en estimant que la commission des marchés a violé le principe d'égalité en permettant à un candidat de produire une nouvelle attestation de ligne de crédits et de produire un dossier technique d'hygiène et de qualité¹⁷. Toutefois, dans l'affaire Société Atlas Engineering /Ministère de la Pêche et des Affaires maritimes, le CRD a estimé que la commission devait réclamer au requérant de compléter l'attestation de capacité financière¹⁸.

Dans la décision N°093/13/ARMP/CRD du 24 avril 2013, le CRD a précisé que les pièces administratives ne constituent pas de critères de qualification.

Ces décisions doivent être analysées en rapport avec les dispositions de l'article 44 du CMP qui exige que les pièces administratives (sauf la garantie de soumission) puissent être complétées avant l'attribution du marché. Cependant, lorsque lesdites pièces sont fournies et qu'elles présentent des irrégularités, la commission doit écarter le candidat qui a fourni la pièce litigieuse. C'est la compréhension qu'il faut avoir de ces différentes décisions qui portent sur la même matière mais qui ont eu un traitement différent auprès du CRD.

3. L'appréciation des moyens fondés sur les conditions d'introduction du recours

Suite à un recours du GIE PALMO SERVICES relative à la DRP du CNHRZ, le CRD a estimé que le requérant n'avait pas respecté le délai de 5 jours que le CNHRZ avait pour donner sa réponse au recours gracieux. En conséquence, le CRD avait conclu à

¹⁶ Décision N° 077/13/ARMP/CRD du 10 avril 2013.

¹⁷ Décision N° 081/13/ARMP/CRD.

¹⁸ Décision N° 096/13/ARMP/CRD du 24/04/2013

l'irrecevabilité du recours du fait que le délai imparti à l'autorité contractante n'était pas épuisé¹⁹.

Dans l'affaire AFRIC CONSULT EXPERT et AGEROUTE, le CRD a estimé que l'AGEROUTE n'avait pas sacrifié à l'obligation d'informer le candidat AFRIC CONSULT, de la suite réservée à la première procédure lors de la relance. Par conséquent, le CRD a ordonné la suspension de la procédure et demandé à l'AGEROUTE de saisir le requérant pour qu'il fournisse un dossier de candidature dans un délai de 5 jours à compter de la réception de la lettre d'invitation²⁰.

Dans le cadre du dossier relatif aux travaux d'entretien des pistes de désenclavements des régions de Thiès, Diourbel, Kaolack, Kaffrine et Fatick, suivi par l'AGEROUTE, le CRD a précisé que le syndicat national des entreprises du bâtiment et des travaux publics n'avait pas qualité pour agir parce que n'étant pas partie au contrat²¹.

Saisi d'un recours par la Société GENTLEMAN G ZARKA, dans le cadre de l'appel d'offres, pour la fourniture d'effets et d'accessoires d'habillement et de tissu, du Ministère de l'Intérieur, le CRD a estimé que le recours introduit, suite à une demande de compléments de documents administratifs que la commission a adressé au requérant, ne rentre pas dans les motifs énumérés au niveau de l'article 21 du décret 2007-546 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP. En conséquence, il a déclaré le recours irrecevable²².

Dans sa décision N°129/13/ARMP/CRD du 29 mai 2013, le CRD a estimé que le recours a été introduit avant la publication de l'avis d'attribution provisoire et a déclaré que le recours est irrecevable.

4. L'appréciation des moyens fondés sur d'autres moyens

¹⁹Décisions N°54/13/ARMP/CRD du 13 mars 2013 ; N° 055/13/ARMP/CRD du 13 mars 2013 ; N° 056/13/ARMP/CRD du 13 mars 2013 ; décision N°65/13/ARMP/CRD du 20 mars 2013 ; Décision N° 066/13 du 20 mars 2013 ; N°05/13/ARMP/CRD du 6 mars 2013 ; voire aussi décision N° 049/13/ARMP/CRD du 6 mars 2013 ; décision N°101/13/ARMP/CRD du 24/04/2013

²⁰ Décision N°060/13/ARMP/CRD du 13 mars 2013

²¹ Décision N°098/13/ARMP/CRD du 24/04/2013

²² Décision N°100/13/ARMP/CRD du 24/04/2013

Dans l'affaire Société Sen Intérim /CHRS, le CRD a indiqué qu'en l'état actuel de la législation que l'ouverture des plis n'est pas publique. Aussi, a t – il été précisé que l'attestation de redevance de régulation des marchés publics n'est pas requise pour les dossiers de demande de renseignements et de prix.

Dans sa décision N° 070/13/ARMP/CRD du 27 mars 2013, le CRD a constaté que l'Hôpital le Dantec a utilisé la procédure de DRP alors que les seuils de passation par appel d'offres sont atteints. Aussi a t – il signalé que l'autorité contractante a utilisé un système d'évaluation binaire qui n'était pas fixé dans le dossier de consultation.

Suite à un refus de la DCMP de publier son plan de passation, le CRD a autorisé l'AGEROUTE à le faire en séparant deux marchés les prestations d'assurance maladie et d'assurance véhicule que la DCMP avait demandé de regrouper²³.

Dans l'affaire Ville de Rufisque/DCMP, le CRD a indiqué que la DCMP n'a pas le droit d'annuler ou de prendre des mesures conservatoires, correctives ou suspensives. En conséquence, il a déclaré que le requérant n'est pas obligé de suivre les recommandations de la DCMP. Toutefois, dans le cas d'espèce, étant donné que le marché conclu en 2008 n'est pas résilié, le CRD demande au requérant de formaliser la fin du contrat initial conclu avec GENITEC avant d'envisager la relance²⁴.

B) Une tendance à faire œuvre de régulation

Le CRD est souvent obligé d'interpréter certaines dispositions en cas de carence ou d'imprécision de certaines dispositions du Code des Marchés (1) ou de fonder sa décision sur la nécessité de préserver l'intérêt général (2).

1. En cas de carence ou d'imprécision de certaines dispositions du Code des Marchés publics

Dans le cadre d'une saisine de l'Agence Nationale de la Petite Enfance et de la Case des Tous Petits (ANPECTP), le CRD a autorisé, en l'absence de nomination du PCA,

²³ Décision N°094/13/ARMP/CRD du 24/04/2013

²⁴ Décision N°108/13/ARMP/CRD du 08/05/2013

l'approbation du marché par le Ministre de la femme, de l'enfance et de l'entrepreneuriat féminin qui assure la tutelle technique de ladite Agence.

Suite à une demande de clarification de l'article 3.4 du CMP formulée par la DASF sur ordre du Directeur général de l'ARMP, le CRD a déclaré que le terme « **hôtes officiels est à comprendre dans un sens englobant toute forme de cible d'une AC dans le cadre de sommets, séminaires ou ateliers, afin de sauvegarder l'esprit de la dérogation qui cherche à éviter que le CMP ne soit un obstacle à l'exécution des activités publiques** »²⁵.

Dans l'affaire Ministère de l'Agriculture /DCMP, le CRD a considéré que, nonobstant le non-renouvellement de la commission des marchés, l'AC a œuvré, sur tous les autres aspects de la procédure, à respecter les principes qui gouvernent la passation des marchés publics. En conséquence, il autorise, exceptionnellement, en référence au principe d'efficacité de la commande publique, la poursuite de la procédure²⁶.

Dans le cadre de l'appel d'offres du Ministère de la Pêche et des Affaires maritimes relatif à la construction de murs de clôture des quais de débarquement de Kayar, Mbour, Joal et Hann, le CRD a estimé que l'offre de SOCOBAR est en deçà du devis confidentiel et qu'il est en écart par rapport au déboursé sec de 25, 72% et 26,12%. Aussi, le CRD a-t-il déclaré que SOCOBAR a donné la structure de ses prix, sans fournir aucune justification et qu'il s'est contenté de fournir des explications évasives faisant allusion à des situations économiques favorables sans en apporter la preuve. Le CRD a conclu que l'offre de SOCOBAR est anormalement basse. Au regard de cette décision, il peut être affirmé qu'il est difficile pour les candidats de se défendre lorsque leurs offres sont déclarées anormalement basses²⁷.

2. En cas de nécessité de préserver l'intérêt général

Faisant suite au refus de la DCMP d'accorder l'autorisation de passer par entente directe, la Présidence de la République, a saisi le CRD, d'une demande de passer par entente

²⁵ Avis N°01/13/ARMP/CRD du 27 mars 2013.

²⁶ Décision N°079/13/ARMP/CRD du 10/04/2013

²⁷ Décision N°107/13/ARMP/CRD du 08/05/2013

directe, le marché relatif aux études architecturales et de conception du centre de conférence de Diamniadio, le CRD a donné acte de la lettre du Premier Ministre certifiant l'urgence impérieuse du projet présentant un intérêt général certain et a ordonné la continuation de la procédure par entente directe²⁸.

Face à l'avis défavorable de la DCMP, l'ASER a saisi le CRD pour autorisation à poursuivre la procédure d'un marché. En effet, la question qui se posait en l'espèce était de savoir si le soumissionnaire qui a présenté la seule offre conforme mais qui n'a pas rempli un critère de qualification exigé dans le dossier d'appel d'offres peut se voir attribuer le marché face au risque de perte de crédits. En réponse, le CRD a répondu que malgré le fait que l'attributaire n'est pas qualifié en ce qui concerne le critère « chiffre d'affaires », il a présenté une attestation de ligne de crédit permettant de rassurer l'AC que le candidat dispose de capacité financière pour l'exécution correcte du marché²⁹. En outre, le CRD a décidé, pour des raisons liées à l'arrivée prochaine de la date d'expiration de l'accord de crédits liant EXIM BANK of INDIA et l'Etat du Sénégal que l'attribution du marché doit être maintenue, pour éviter l'annulation des crédits et incidemment, la privation à l'accès à l'énergie, aux populations de 214 localités rurales.

Il en est de même, dans l'affaire ADS relative à la demande d'autorisation de passer un marché par entente directe. En effet, le CRD tenant compte du risque sécuritaire, a autorisé exceptionnellement, la passation par entente directe du marché pour la reconstruction du mur de clôture de l'Aéroport International Léopold Sedar SENGHOR³⁰.

Par ailleurs, dans le cadre de la campagne de communication fiscale, la DGID a demandé la conduite à tenir pour les insertions publicitaires. Le CRD dans sa décision a reconnu que lesdits services sont bien régis par le CMP, mais a déclaré que l'appel à la concurrence pour des prestations afférentes à la publication d'insertions publicitaires n'est pas pertinent et a autorisé la DGID à procéder au règlement sur mémoire ou facture desdites prestations³¹ en veillant au respect des principes de transparence et d'équité.

²⁸ Décision 092/13/ARMP/CRD du 24 avril 2013

²⁹ Décision N°072/13/ARMP/CRD du 27 mars 2013.

³⁰ Décision N°071/13/ARMP/CRD du 27 mars 2013

³¹ Décision N°073/13/ARMP/CRD du 27 mars 2013

Dans le cadre de l'élaboration du Plan stratégique de développement du Sénégal à l'Horizon 2035, le MEF a demandé, suite à l'avis défavorable de la DCMP, l'autorisation d'ouvrir à l'international, les prestations objet du marché cité ci-avant. En réponse, le CRD a autorisé exceptionnellement le MEF à ouvrir le marché en évoquant :

- la nécessité de faire disposer le Sénégal d'un plan stratégique de développement, pour l'épanouissement des populations ;
- la posture de l'AC consistant à prendre en compte les questions liées à la mobilisation des financements dès l'élaboration du Plan, par le souci accordé à la signature du cabinet qui serait cherché, manifeste volonté d'assurer l'efficacité de la commande publique ;
- le souci du requérant de respecter les principes gouvernant la passation des marchés publics par une intention de faire précéder l'entente directe par une consultation restreinte des candidats³².

Suite à un refus de la DCMP d'autoriser l'ouverture du marché relatif à l'acquisition de manuels scolaires aux entreprises étrangères, le Ministère de l'Education nationale a sollicité une dérogation du CRD sur l'application de l'alinéa 2 de l'article 52 du CMP. En l'espèce, compte tenu des moyens avancés par le requérant, le CRD a autorisé, exceptionnellement, l'ouverture du marché aux entreprises étrangères sans passer par le groupement et dit que la constitution de groupement entre entreprise nationale et étrangère n'est pas obligatoire. Toutefois, il est demandé de prévoir une marge de préférence aux entreprises communautaires et non communautaires³³.

Saisi d'une demande d'autorisation pour la signature d'un avenant au contrat de gardiennage, par l'ARTP, le CRD après avoir reconnu la nullité du contrat initial et des avenants, a autorisé l'ARTP à passer un contrat par entente directe, pour une durée de 6 mois, en tenant compte de la nécessité d'assurer la continuité du service caractérisé par une sensibilité manifeste.

³² Décision N°090/13/ARMP/CRD du 12/04/2013

³³ Décision N°114/13/ARMP/CRD du 08/05/2013 ;

Voir aussi, la décision N°121/13/ARMP/CRD du 15/05/2013

Il ressort de l'analyse de ces différentes décisions que dans la plupart des cas où le CRD est saisi par une autorité contractante, suite à un avis défavorable de la DCMP, le CRD a donné gain de cause auxdites autorités en fondant ces décisions sur des considérations de nécessité de service public, de sensibilité des questions posées.

Toutefois, cette volonté de réguler doit être basée sur des motifs valables. En effet, certaines demandes adressées au CRD résultent de négligences des AC qui invoquent des situations d'urgence injustifiées. Ce qui amène la DCMP à émettre des décisions défavorables. Cependant, le CRD disposant de plus de marge de manœuvre sur la base de son pouvoir de régulation a tendance à donner des autorisations exceptionnelles selon les cas. A ce niveau, pour la pérennisation de la législation, le CRD devrait faire preuve davantage de rigueur dans le traitement des questions qui lui sont soumises.

DEUXIEME PARTIE : LE REGLEMENT DES LITIGES DURANT LA PHASE D'EXECUTION DES MARCHES ET LEURS IMPACTS SUR L'ENVIRONNEMENT DES AFFAIRES

Les parties au contrat peuvent librement prévoir que les litiges susceptibles de les opposer devront faire l'objet, préalablement à la saisine du juge, d'une tentative de règlement amiable. Dans cette hypothèse, la recevabilité d'un éventuel recours contentieux est subordonnée à la mise en œuvre des clauses contractuelles organisant ce mode de règlement.

Différents mécanismes de règlement non juridictionnel des litiges sont actuellement à la disposition des parties et peuvent, le cas échéant, être utilisés en fonction de leur facilité à trouver des solutions adaptées aux litiges qui naissent entre les parties.

Ainsi, en matière de marchés publics, les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) organisent des procédures de recours préalables qui ne peuvent être ignorées par les parties dès lors que le contrat conclu s'y réfère expressément. La clause compromissoire permet de soumettre le litige à une instance arbitrale dans les conditions fixées par l'Acte uniforme de l'OHADA.

La revue des procédés de règlement à l'amiable lors de la phase d'exécution des contrats (**Chap 1**) permettra d'analyser leurs impacts sur l'évolution des affaires (**Chap 2**).

CHAPITRE III : LE REGLEMENT A L'AMiable PAR LE CRD ET L'ARBITRAGE

Les litiges nés durant la phase d'exécution du marché peuvent faire l'objet d'un règlement à l'amiable. En effet, dans l'espace UEMOA, avec les réformes opérées, les ARMP peuvent tenter de trouver entre les parties, une solution à l'amiable (**Section 1**). Il est également prévu, dans le cadre de l'OHADA³⁴, des mécanismes tendant à procéder à un règlement à l'amiable des litiges lors de l'exécution d'un contrat (**Section 2**).

SECTION 1 : Le règlement par le CRD

Conformément à l'article 137 du Code des Marchés publics : « 1. En cas de différends relatifs à l'exécution des marchés publics, l'autorité contractante ou le titulaire du marché peut recourir au Comité de Règlement des Différends placé auprès de l'Organe chargé de la Régulation des Marchés publics.

2. Dans les cas visés à l'alinéa 1 ci-dessus, le Comité de Règlement des Différends a pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait, en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends qui lui sont soumis ». Ainsi, il convient de voir en quoi consiste la procédure (**A**) avant de faire un aperçu sur les décisions rendues (**B**).

A- La procédure

Le comité de règlement des différends est saisi, dans le cadre du règlement à l'amiable :

- soit par l'autorité contractante, de sa propre initiative ou à la demande du titulaire du marché, au sujet de différends qu'elle juge utile de lui soumettre ;
- soit par le titulaire, dès lors que la personne responsable du marché a rejeté une de ses demandes.

La saisine du Comité s'effectue par l'envoi d'un mémoire exposant les motifs de la réclamation et indiquant le montant. Le mémoire est accompagné des pièces

³⁴ Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif à l'arbitrage.

contractuelles du marché et de toutes correspondances relatives au litige. Il est adressé au Comité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou déposé contre récépissé. La saisine est transmise en sept exemplaires (7) et rédigée en français.

Le secrétariat du Comité informe l'autre partie de la saisine. Le Comité entend le titulaire du marché et la personne responsable du marché ou leurs représentants, qui peuvent se faire assister par toute personne de leur choix. Le Président peut entendre toute personne dont il juge utile de l'audition.

Le Comité notifie son avis dans un délai de **quinze jours** à compter de la saisine. Ce délai peut être prolongé d'une nouvelle période de **quinze jours** au maximum, par décision motivée du président. L'avis est notifié à la personne responsable du marché ainsi qu'au titulaire du marché.

Chacune des parties doit faire connaître à l'autre partie et au secrétaire du Comité sa décision sur l'avis proposé par le Comité, dans le mois suivant la date de notification de celui-ci.

Le CRD établit un procès-verbal de conciliation exécutoire en cas d'accord des parties. La solution proposée doit être appliquée immédiatement. En cas de désaccord, les parties peuvent saisir la juridiction compétente. **Le recours au Comité de Règlement des Différends n'a pas d'effet suspensif de l'exécution du marché.** La jurisprudence n'est pas abondante, dans ce domaine. Le CRD a eu à étudier quelques cas dans le cadre du règlement à l'amiable³⁵.

B- Les griefs soulevés lors de la phase d'exécution du marché

L'attribution du marché à un candidat permet à l'AC après épuisement d'un délai de quinze jours à procéder à la signature et l'approbation du marché. L'accomplissement de ces deux formalités correspond à la conclusion du contrat. Les parties sont, à partir de ces moments, engagées à la bonne exécution du marché. Toutefois, la phase d'exécution des marchés est souvent source de plusieurs conflits dont les raisons sont multiformes.

³⁵ Il nous a été signifié au niveau de l'ARMP que cela n'apas été matérialisé par des documents écrits dans la mesure où les parties ont préféré régler ces cas de manière informelle.

En effet, les litiges peuvent être liés soit au non-respect des délais contractuels, aux modalités de paiement, à la livraison des biens et services ou des travaux.

✓ **Le non-respect des délais contractuels :**

Il s'agit des délais de livraison et des délais de paiement.

- Les délais de livraison :

Le contrat indique clairement la date à partir de laquelle le titulaire du marché doit livrer la commande ou procéder à la réception des travaux. Ce délai est déterminé à l'étape de l'élaboration du DAO et il constitue souvent un critère d'évaluation des candidats. Toutefois, il est constaté, très fréquemment, que les titulaires respectent rarement les délais prescrits ; ce qui est source de litiges. L'AC doit appliquer des pénalités de retards qui ne doivent pas dépasser 10% du montant du marché. Mais, cela peut ne pas entraîner l'exécution du marché. Dans la plupart des cas, le CRD est saisi pour trancher le litige.

- Les délais de paiement :

Conformément à l'article 106 du Code des Marchés publics, « le règlement doit intervenir dans un délai de 45 jours à compter du jour où le créancier a régularisé son dossier ou la notification. Le défaut de règlement dans ce délai de quarante cinq jours fait courir de plein droit et sans autres formalités des intérêts moratoires calculés depuis le jour qui suit l'expiration dudit délai jusqu'au jour du règlement ». Le non-respect des délais de paiements peut, au-delà de l'application des intérêts moratoires, être un motif de recours.

Le contrat stipule la nature de la prestation à effectuer. En effet, le titulaire du marché est tenu de respecter les clauses du contrat en termes de qualité et quantité des fournitures, services ou travaux. Les rapports de l'ARMP indiquent souvent des violations des contrats durant la phase d'exécution des marchés.

Les moyens invoqués sont similaires selon que l'on intente un recours gracieux ou un recours devant le CRD lors de la phase de passation. Toutefois, pour la phase d'exécution,

étant donné que les litiges sont contractuels, le CRD est appelé à trancher, pour un règlement amiable. Les moyens invoqués dans ce derniers cas sont différentes de ceux soulevés en cours de procédure. L'étude des moyens de saisines en cas de litiges nous amène à voir la nature et les caractéristiques du règlement des litiges par la voie de l'arbitrage.

SECTION 2 : Le règlement par l'arbitrage

Il sera question d'abord de fixer le domaine de l'arbitrage qui varie selon qu'il s'agit de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage qui est par ailleurs, le droit commun de l'arbitrage dans l'espace OHADA ou de l'arbitrage encadré par la CCJA. Enfin, la procédure sera précisée.

A- Le domaine de l'arbitrage

L'article premier de l'AUA définit le champ d'application de l'arbitrage (1) alors que celui du règlement est défini par l'article 21 du Traité (2).

1) Le champ d'application de l'arbitrage de l'A.U.A

Au plan *ratione loci*, les dispositions l'article 1^{er} de l'AUA, prévoit que le présent Acte Uniforme « a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le **siège du tribunal arbitral** se trouve dans l'un des Etats-parties ». Il en découle que le siège du tribunal arbitral est l'élément exclusif de rattachement ouvrant la voie à son application. Toutefois, il est à noter que la notion de siège arbitral retenue par le texte peut viser aussi bien le lieu géographique où se déroule l'arbitrage que l'environnement juridique choisi par les parties pour leur arbitrage. La doctrine propose, compte tenu de la volonté des parties prévue par le droit de l'arbitrage, que le siège arbitral s'entend aussi bien du lieu géographique que de l'environnement juridique des parties.

Au plan *ratione materiae*, l'article 2 de l'AUA prévoit que « toute personne physique ou morale a le droit de 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 ». Il s'ensuit donc à la lumière de cet article qu'une personne ne peut recourir à l'arbitrage AUA que si elle a « la libre disposition des droits » sur lesquels elle envisage de compromettre. C'est ce qui ouvre la voie au recours à l'arbitrage dans les matières non commerciales.

Toutefois, les parties ont la possibilité d'écarter l'application de l'Acte uniforme si elles le désirent. En effet, le siège du tribunal arbitral est dans cet article 1 de l'acte uniforme le lieu géographique où se déroulent les opérations d'arbitrage. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les fois que le siège du tribunal arbitral se situe sur le territoire d'un Etat partie, l'AUA recevra application. Il peut arriver que les parties décident de soumettre leurs litiges à une procédure de leur choix conformément aux stipulations de l'article 14 de l'A.U qui dispose que « Les parties peuvent directement ou par référence à un règlement d'arbitrage régler la procédure arbitrale : elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix ».

2) Le champ d'application de l'arbitrage CCJA

L'article 21 du Traité OHADA dispose qu'« **en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, 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 plusieurs Etats parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre** ». Et, l'article 2.1 du règlement d'arbitrage de la CCJA stipule quant à lui 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** » Ainsi, l'article 2.1 du règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage du 11 mars 1999 apparaît comme une reproduction presque textuelle de l'article 21 alinéa 1^{er} du Traité. L'article 2.1 fixe ainsi les critères délimitant la compétence de l'arbitrage

institutionnel de la CCJA. Le premier critère est le caractère contractuel du différend. Cela signifie que le litige doit trouver son origine dans un contrat. Il peut s'agir d'un litige concernant la validité du contrat, son exécution, sa fin anticipée ou son interprétation. A ce niveau, il y a lieu de signaler la différence entre le critère retenu par le règlement de la CCJA et celui de l'AU. En effet, par rapport au critère de « libre disposition des droits » retenu comme critère d'arbitrabilité dans l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 (art 25, al. 1^{er}), le caractère contractuel du différend est à la fois plus étroit et plus large. Il est plus étroit car des droits disponibles n'ont pas nécessairement pour origine un contrat. Il est plus large car certains droits visés par un contrat pourraient être disponibles à l'état de droits éventuels et ne devenir disponibles qu'une fois nés.

Le deuxième critère (qui doit se cumuler avec le premier) porte sur le lien spatial qui doit exister entre le contrat à l'origine du différend et un Etat-partie. Ce lien est constitué soit du lieu d'exécution en tout ou partie du contrat, soit du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des contractants dans un Etat de l'OHADA. Il y a lieu aussi de préciser que le contrat à l'origine du différend ne doit pas nécessairement revêtir un caractère commercial ; il peut donc s'agir d'un contrat civil. Le contrat peut être interne ou international³⁶.

Dans tous les cas, et à titre de rappel, il convient de noter que trois conditions doivent être réunies pour qu'un litige soit arbitrable devant la CCJA. Il faut :

- ✓ qu'il y ait une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage ;
- ✓ que l'une des parties au différend ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un Etat Partie ou que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou en partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats Parties ;
- ✓ qu'il s'agisse d'un différend contractuel.

Ainsi, l'arbitrage de la CCJA s'applique seulement dans l'espace OHADA et dans des domaines précis.

³⁶ Voir les commentaires du Pr Pierre MEYER, Professeur à l'Université de Ouagadougou, in OHADA « Traité et Actes uniformes », commenté et annoté, 3^{ème} édition.

Par ailleurs, selon le traité de l'OHADA, huit (8) matières entrent dans le domaine de compétence de la CCJA. En d'autres termes, la CCJA doit se déclarer incompétente si elle est saisie d'une matière qui n'est pas du ressort des matières prévues par le traité. Il s'agit des matières énumérées à l'article 2 du Traité de l'OHADA.

B- La procédure

La procédure arbitrale dans l'espace OHADA est dualiste. Elle est en effet prévue par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) qui s'inspire grandement de la loi type de la CNUDCI. Elle régit l'arbitrage *ad hoc* et, est le droit commun de l'arbitrage dans tous les Etats parties de l'OHADA.

L'espace OHADA dispose aussi d'un arbitrage institutionnel à travers la CCJA. En effet, un règlement d'arbitrage régit cet arbitrage avec des particularités liées au fait que la CCJA tient également de cour de justice et accorde l'exequatur des sentences arbitrales.

La procédure va de l'introduction de l'instance arbitrale (I) au prononcé de la sentence par l'autorité compétente. La constitution du tribunal arbitral (II) est définie selon qu'on opte pour l'arbitrage *ad hoc* ou pour l'arbitrage institutionnel.

I- L'introduction de l'instance arbitrale

La base de l'arbitrage *ad hoc* et de l'arbitrage institutionnalisé est la convention d'arbitrage (a). Il faut que le litige qui oppose les parties qui veulent recourir à l'arbitrage soit d'ordre contractuel comme le mentionne le préambule du Traité. Ainsi, le tribunal doit se dessaisir de tout litige portant sur un contrat contenant une convention d'arbitrage et se déclarer incompétent (b).

a) La convention d'arbitrage : un impératif pour le déclenchement de la procédure arbitrale

L'arbitrage OHADA n'est pas obligatoire, c'est la raison pour laquelle les parties doivent prévoir une convention d'arbitrage efficace et claire qui définit leur désir de régler leur litige par l'arbitrage. En effet, selon l'article 3 de l'Acte Uniforme : « La convention

d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant. »

Ce texte exige un écrit à titre probatoire aussi bien dans l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international. En effet, la clause arbitrale tient sa validité de la seule volonté des parties qui l'ont conclue.

La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est aucunement affectée par la nullité du contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans forcément que celles-ci se réfèrent nécessairement à un droit étatique. Le principe d'autonomie est affirmé tant à l'égard du contrat principal qu'à celui du droit applicable à celui-ci. Les litiges, qu'il s'agisse du règlement de la CCJA ou de l'AUA, doivent être d'ordre contractuel.

b) L'incompétence du juge en cas de conclusion d'une convention d'arbitrage

L'incompétence des juridictions étatiques affirmée par l'article 13 de l'AUA est une conséquence de la convention d'arbitrage. L'efficacité de la convention d'arbitrage se manifeste pour les juges étatiques par le fait qu'ils sont incompetents pour connaître des litiges visés dans une convention d'arbitrage.

Toutefois, il convient de dire que cette incompétence est relative puisque « la juridiction ne peut relever d'office son incompétence ».

Par ailleurs, il faut préciser qu'il n'y a aucune disposition du Règlement d'arbitrage de la CCJA ou du Traité de l'OHADA relative à la validité et à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Par conséquent, ce sont les dispositions de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage relatives à la convention d'arbitrage, à sa forme, à sa validité, et à son efficacité qui sont transposées à cet arbitrage, les dispositions gouvernant ces deux arbitrages étant complémentaires sur certains points.

La procédure arbitrale est déclenchée à compter de la constitution du tribunal arbitral. Cependant, l'introduction de l'instance est subordonnée, dans le cadre de l'arbitrage CCJA,

à la rédaction d'un procès-verbal de réunion constatant l'objet de l'arbitrage et fixant le déroulement de la procédure d'arbitrage.

II- La formation du tribunal arbitral

Nous verrons les modalités de constitution du tribunal et de l'instance arbitrale dans l'AUA (1) et dans le règlement d'arbitrage de la CCJA (2).

1) Dans l'Acte Uniforme de l'Arbitrage (AUA)

L'article 5 de l'AUA consacre la liberté des parties dans la gestion des arbitres notamment en ce qui concerne la récusation, le choix et leur remplacement. Cela veut dire simplement que le droit de l'arbitrage OHADA laisse la volonté aux parties de décider elles même du déroulement de l'arbitrage. L'intervention du juge n'est requise qu'en cas de défaillance de la volonté des parties ou d'insuffisance de convention d'arbitrage. Il est utile de préciser que le commerce se développe par rapport à la rapidité dans la résolution des conflits. En conséquence, l'intrusion du juge peut être préjudiciable aux parties dans la mesure où le juge peut retarder la procédure d'arbitrage.

Pour ce qui est de la désignation des arbitres, il faut rappeler que les parties ont le choix entre 1 ou 3 arbitres pour la résolution de leur litige. L'arbitre doit être une personne physique et il doit faire preuve d'impartialité et d'indépendance. (art.7 de l'AUA). L'acceptation d'arbitrer le litige doit être faite par écrit et il doit informer les parties, si pour un motif ou pour un autre, sa neutralité est entachée.

La procédure de récusation concerne plutôt l'arbitrage de la CCJA. Si une partie, après avoir pris connaissance du motif de récusation, n'engage aucune procédure, son droit de faire annuler la sentence arbitrale est forclus.

La durée de la mission des arbitres, selon l'article 12 alinéa 1 de l'Acte Uniforme, sauf convention contraire, ne pourra excéder six mois à compter du jour où le dernier des arbitres l'a acceptée. Enfin, les arbitres doivent trancher le fond du litige conformément aux « règles de droit » désignées par les parties; à défaut, ils choisiront eux-mêmes directement les règles les plus appropriées; ils tiendront compte, le cas échéant, des usages du

commerce international; ils peuvent agir en amiables compositeurs, à condition, bien entendu, que les parties leur aient conféré cette compétence (article 15 alinéa 2 de l'AU). L'amicable composition permet aux arbitres (sans les obliger) d'écarter ou d'adopter les règles de droit applicables au litige en fonction d'une exigence d'équité. Ainsi, la CCJA a affirmé que la clause selon laquelle les arbitres « auront le pouvoir de statuer comme amiables compositeurs » ne les oblige pas à statuer uniquement en amiable compositeur.³⁷ L'exclusion ou l'adoption des règles de droit ne peut toutefois pas concerner les lois ayant un caractère d'ordre public que l'amicable composition ne permet, en effet, ni d'adapter, ni a fortiori d'écarter³⁸.

2) Dans le règlement de la CCJA

La demande d'arbitrage est suivie, en principe, par la tenue d'une réunion des arbitres et des parties au litige.

- La demande d'arbitrage

La demande doit être introduite auprès de la CCJA. Le Règlement CCJA, en ses articles 5 et 6 (voir règlement d'arbitrage de la CCJA dans annexe 3), précise la forme et le contenu de la demande d'arbitrage et de la réponse à celle-ci.

Elle est adressée au Secrétaire général de l'Institution et doit être accompagnée du montant de deux cent mille (**200.000 FCFA**³⁹) du droit d'enregistrement prévu pour l'introduction de l'affaire; la demande est notifiée par le Secrétaire général à l'autre partie pour réponse dans les quarante-cinq jours. En cas de demande reconventionnelle, la partie demanderesse peut, dans un délai de trente jours à compter de la réception de celle-ci, présenter une note complémentaire à ce sujet (article 7).

³⁷ CCJA ,n°010/2003du 19 JUIN 2003/ Juriscope.org ;Ohada.com/ohadata J-04-108.

³⁸ Voir les commentaires du Pr Pierre MEYER, Professeur à l'Université de Ouagadougou , in OHADA « Traité et Acte uniformes » , commenté et annoté, 3^{ème} édition.

³⁹ Voir Décision n°004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage.

La principale nouveauté de l'article 5 réside au dernier paragraphe en vertu duquel l'instance arbitrale commence non pas lorsque la demande a été reçue par le Secrétariat, mais lorsqu'elle a été déclarée conforme à l'article 5 par ledit secrétariat, soit après le paiement du droit d'enregistrement.

- Les arbitres

Le différend peut être tranché par un arbitre unique ou par trois arbitres. Lorsque les arbitres sont désignés par les parties, leur nomination est soumise à la CCJA pour confirmation. En cas de désaccord ou de défaut des parties sur le nombre et/ou sur le choix d'arbitres, la CCJA se substitue aux parties pour nommer un arbitre qui sera choisi sur une liste d'arbitres. Il faut préciser que l'innovation apportée sur ce point par l'arbitrage est la constitution d'une liste d'arbitres établie par la CCJA et mise à jour annuellement en prenant, si elle l'estime souhaitable, l'avis des praticiens d'une compétence reconnue dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Celle-ci constitue une des spécificités de l'arbitrage CCJA. Comme l'article 3 du Règlement CCJA l'indique, ladite liste d'arbitres peut également être utilisée par les parties elles-mêmes.

En nommant les arbitres, la CCJA tient compte de la nationalité des parties, de leur lieu de résidence, de leurs conseils et des arbitres, de la langue des parties, de la nature des questions en litige et, éventuellement, des lois choisies par les parties pour régir leurs relations (article 3.3 du RA). Cette disposition présente ici une garantie d'impartialité et surtout d'indépendance des arbitres.

Tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit être et demeurer indépendant des parties en cause, selon l'article 4.1 du Règlement CCJA. Ainsi, l'arbitre pressenti, avant sa nomination ou sa confirmation par la Cour, fait connaître par écrit au Secrétaire général de la Cour les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties (article 4.1, paragraphe 3 du Règlement CCJA).

La CCJA peut également refuser la démission d'un arbitre. Dans ce cas, elle évalue si la procédure doit se poursuivre et la sentence être revue, malgré l'absence de l'arbitre dont la démission a été refusée. Le but de cette disposition, qui apporte une protection

supplémentaire, est de prévenir la démission d'un arbitre qui aurait pour conséquence de faire échouer l'arbitrage en fin de procédure.

- L'exigence de la tenue d'une réunion.

Cette réunion a pour but de consigner les demandes des parties avec une indication sommaire des motifs et moyens invoqués, d'indiquer la langue, le siège de l'arbitrage, la loi applicable à la convention d'arbitrage, à la procédure de l'arbitrage et au fond du litige, de confirmer l'existence d'une convention d'arbitrage entre les parties et les réponses du défendeur sur tous les points traités par la demande d'arbitrage, de fixer un calendrier prévisionnel de la procédure arbitrale et d'indiquer le pouvoir d'amiable composition conféré au tribunal arbitral.

Les contrats que le centre d'arbitrage de la CCJA est appelé à connaître seront, pour la plupart, des contrats internationaux mettant en conflit des partenaires très différents les uns des autres et situés dans les pays les plus divers. Les parties au litige étant dans la plupart des cas, situées dans des pays différents et éloignés, le problème de la célérité recherchée entre autres dans le cadre de l'arbitrage se pose aux parties n'ayant pas toujours la possibilité de répondre à temps à la convocation de l'arbitre. En effet, la présence des parties, de leurs représentants ou de leurs conseils à la réunion exigée par le règlement d'arbitrage de la CCJA n'étant pas toujours évidente, le règlement d'arbitrage de la CCJA a prévu un délai relativement long pour la tenue de cette réunion, à savoir soixante jours au plus à compter de la réception du dossier par l'arbitre. A la clôture des débats, l'arbitre rend une sentence arbitrale qui tranche définitivement le litige. Nous tenterons dans les développements qui suivent de cerner le régime juridique de la sentence arbitrale.

C- Le régime juridique de la sentence arbitrale

La sentence arbitrale met fin à la procédure arbitrale. Ainsi, il sera étudié successivement la sentence arbitrale dans l'arbitrage de l'AUA et celui de la CCJA (I), les voies de recours contre la sentence arbitrale (II).

I- La sentence arbitrale dans l'AUA et le règlement de la CCJA

Il sera question de voir la sentence arbitrale dans l'AUA (1) puis dans le règlement de la CCJA(2).

1- dans l'arbitrage de l'AUA

La sentence arbitrale doit suivre une certaine procédure pour avoir l'autorité de la chose jugée. Ainsi, il sera présenté la forme de la sentence (a), ses effets (b) et enfin son interprétation et sa rectification (c).

a) Prononcé et forme de la sentence arbitrale

La sentence arbitrale est rendue dans la procédure et selon les formes convenues par les parties. A défaut d'une telle convention, la sentence est rendue à la majorité des voix lorsque le tribunal est composé de trois arbitres, selon l'article 19 de l'Acte Uniforme. L'article 20 de l'Acte Uniforme prescrit les conditions de forme que doit remplir la sentence, à savoir : (i) les noms, prénoms de ou des arbitres qui l'ont rendue, (ii) la date, (iii) le siège du tribunal arbitral, (iv) les noms, prénoms et dénomination des parties, ainsi que leur domicile ou siège social, (v) le cas échéant, les noms et prénoms des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties, (vi) l'exposé des prétentions respectives des parties, de leurs moyens ainsi que des étapes de la procédure. La sentence doit, en outre, être motivée.

La sentence arbitrale doit également être signée par les arbitres. Cependant, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, il doit en être fait mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres, selon l'article 21 de l'Acte Uniforme.

b) Effets de la sentence

La sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche, selon l'article 23 de l'Acte Uniforme. Les arbitres peuvent accorder l'exécution provisoire à la sentence arbitrale, si cette exécution a été sollicitée, ou la refuser par une décision motivée, selon l'article 25 de l'Acte Uniforme.

c) Interprétation et rectification de la sentence

L'arbitre a le pouvoir d'interpréter la sentence ou de réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent, selon l'article 22 de l'Acte Uniforme. Cet article précise que lorsque l'arbitre a omis de statuer sur un chef de demande, il peut le faire par une sentence additionnelle.

Dans les deux cas, l'arbitre doit toutefois être saisi sur requête, laquelle doit être formulée dans un délai de trente (30) jours à compter de la notification de la sentence, le tribunal disposant d'un délai de quarante-cinq (45) jours pour statuer. Dans l'hypothèse où le tribunal ne peut être à nouveau réuni, ce pouvoir appartient au juge compétent de l'Etat-partie.

2- Dans l'arbitrage de la CCJA

Toute sentence arbitrale rendue conformément aux règles gouvernant l'arbitrage CCJA a l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat.

La sentence arbitrale doit, sauf accord contraire des parties et sous réserve qu'un tel accord soit admissible au regard de la loi applicable, être motivée. Elle est réputée rendue au siège de l'arbitrage, à la majorité si trois arbitres ont été désignés (faute d'unanimité), et, à défaut, par le président du tribunal seul, selon l'article 22 du Règlement CCJA.

II- Les voies de recours admises

Il sera étudié d'abord les voies de recours dans le cadre de l'arbitrage de l'AUA (1) puis dans celui de l'arbitrage de la CCJA (2).

1-) dans l'arbitrage de l'AUA

Les voies de recours admises dans l'arbitrage OHADA sont au nombre de trois. Il s'agit du recours en annulation (a) appelé dans l'arbitrage de la CCJA contestation de validité et du recours en révision et de la tierce opposition (b).

a) le recours en annulation

Selon l'article 25 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation. Elle peut faire l'objet d'un recours en annulation qui doit être porté devant le juge compétent dans l'Etat partie. La décision du juge compétent dans l'Etat partie n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la CCJA.

Ce recours en annulation est la principale voie de recours contre la sentence arbitrale et il n'est possible que dans les six cas limitativement énumérés par l'article 26 de l'AUA. Il s'agit de l'absence, la nullité ou l'expiration de la convention d'arbitrage, l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, la violation par l'arbitre de sa mission, la violation du principe du contradictoire, celle de l'ordre public international des Etats signataires du traité et enfin l'insuffisance ou l'absence de motivation de la sentence arbitrale.

En dehors du recours en annulation, l'arbitrage OHADA prévoit deux autres recours : le recours en révision et la tierce opposition.

b) le recours en révision et la tierce opposition

L'article 25 alinéas 4 et 5 de l'Acte Uniforme prévoit que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une "tierce opposition" devant le tribunal arbitral par toute personne physique ou morale qui n'a pas été appelée, lorsque cette sentence préjudicie à ses droits. Elle peut également faire l'objet d'un recours en révision devant le tribunal arbitral en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision.

Qu'en est-il des voies de recours prévues par l'arbitrage de la CCJA ?

2-) Dans l'arbitrage de la CCJA

Dans l'arbitrage de la CCJA, il est à distinguer l'opposition à exequatur et la contestation de validité de la sentence (a), le recours en révision et la tierce opposition(b).

a) la contestation de validité et l'opposition à exequatur

Il convient de voir les causes d'une contestation de validité et celles de l'opposition à exequatur contre la sentence arbitrale rendue.

- **la contestation de validité**

Dans l'arbitrage CCJA, la contestation de validité n'est possible que dans quatre (4) cas énumérés. Il s'agit de l'absence, la nullité ou l'expiration de la convention d'arbitrage, de la violation par l'arbitre de la mission qui lui est confiée, de la violation du principe du contradictoire et enfin de celle de l'ordre public international.

L'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral et l'absence de motivation de la sentence arbitrale sont écartées. Cette exclusion s'explique par le fait que la CCJA dispose d'un très large pouvoir quant à la constitution du tribunal arbitral. La motivation quant à elle est exigée dans l'arbitrage de la CCJA sauf accord des parties et sous réserve qu'un tel accord soit admissible au regard de la loi applicable. Le regard de la CCJA sur l'existence ou non de la motivation est porté sur la sentence arbitrale au moment de l'examen préalable de celle-ci.

- **l'opposition à exequatur**

L'autre caractéristique de l'arbitrage CCJA est celle qui réside dans le pouvoir octroyé aux parties de demander l'exequatur d'une sentence CCJA. La CCJA statue dans ce cas dans sa formation juridictionnelle.

L'exequatur sollicité peut être rejetée par la CCJA pour l'un des seuls motifs de l'article 30.6 du Règlement CCJA énumérés ci-après :

- si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;
- si la sentence est contraire à l'ordre public international.

b) le recours en révision et la tierce opposition

Le recours en révision et la tierce opposition sont également prévus par le règlement d'arbitrage de la CCJA en ses articles 32 et 33 qui renvoient, pour leur mise en œuvre aux articles 47 et 49 du règlement de procédure de la CCJA. Ces recours sont prévus contre les sentences arbitrales et contre les arrêts de la CCJA lorsqu'elle a statué au fond du litige sur demande des parties en cas d'annulation de la sentence arbitrale ou de refus d'exequatur.

La difficulté majeure que posent la tierce opposition et le recours en révision est celle de la détermination de la juridiction compétente si le tribunal arbitral ne peut être réuni à nouveau, l'acte uniforme n'ayant prévu aucune solution. Ce problème peut cependant être résolu par la transposition de la solution de l'alinéa 5 de l'article 22 de l'acte uniforme à ces deux recours.

Ainsi, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, il appartient au juge compétent dans l'Etat partie de connaître de la tierce opposition et du recours en révision.

La sentence arbitrale, produit final de l'arbitrage, est dépourvue de l'« impérium », à la différence du juge étatique qui lui tient son pouvoir juridictionnel d'une investiture officielle et non d'une convention d'arbitrage. Ainsi, il convient de voir les modalités d'exécution de la sentence arbitrale.

D- La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales

Deux types de sentences sont rendues dans l'espace OHADA. Celle issue de l'arbitrage institutionnalisé et celle issue de l'arbitrage *ad hoc*.

1. L'exequatur des sentences arbitrales dans l'AUA

La sentence arbitrale n'est exécutoire qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par le juge compétent de l'Etat-partie selon 30 de l'Acte Uniforme. La reconnaissance et l'exequatur de la sentence arbitrale supposent que la partie qui s'en prévaut établisse l'existence de la sentence arbitrale. La sentence est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité. Toutefois, il ya lieu, de préciser que si ces pièces

ne sont pas rédigées en langue française, la partie devra en produire une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts établie par les juridictions compétentes.

La reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des Etats-parties (article 31 infine).

La décision qui refuse l'exequatur n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. La décision qui accorde l'exequatur quant à elle n'est susceptible d'aucun recours. Même si, il convient de préciser, que le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit dans les limites de la saisine du juge de l'Etat-partie, recours contre la décision ayant accordé l'exequatur.

Aussi, le recours en annulation emporte de plein droit validité de la sentence arbitrale ainsi que de la décision ayant accordé l'exequatur (article 33 de l'AUA).

2. l'exequatur des sentences arbitrales de la CCJA

Suivant les dispositions de l'article 27, les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du règlement d'arbitrage de la CCJA, ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat-Partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat. Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur.

a-) la procédure d'exequatur

La sentence arbitrale selon le règlement de la CCJA doit revêtir des conditions de forme (1) ; elle doit en outre être validée par le juge compétent de l'Etat partie ou la sentence a été rendue exécutoire (2).

1. les formalités pour l'octroi de l'exequatur

L'article 30 du règlement d'arbitrage de la CCJA règle l'exequatur des sentences arbitrales CCJA dans les Etats membres de l'OHADA. L'exequatur est demandé sur requête adressée à la Cour. Tout tribunal des Etats membres qui serait saisi pour une demande d'exequatur d'une sentence arbitrale en application du règlement d'arbitrage de la CCJA doit se

déclarer incompétente car seule la CCJA a la « compétence exclusive » pour cette mission. L'exequatur est accordé par une ordonnance du Président de la Cour ou du juge délégué à cet effet et confère un caractère exécutoire dans tous les Etats-parties. Il convient de préciser, à ce niveau, que la procédure n'est pas contradictoire.

Si l'exécution de la sentence arbitrale est demandée sur le territoire de plusieurs Etats parties, la partie à l'initiative d'une telle demande doit solliciter autant de formules exécutoires qu'il y a d'Etats sur le territoire desquels l'exécution est sollicitée.

L'exequatur n'est pas accordé si la Cour se trouve déjà saisi, pour la même sentence, d'une requête formée en application de l'article 29 du règlement de la CCJA. En pareil cas les deux requêtes sont jointes. Si l'exequatur est refusé pour un autre motif, la partie requérante peut saisir la Cour de sa demande dans la quinzaine du rejet de sa requête et notifie sa demande à la partie adverse. Aussi, l'ordonnance du Président de la Cour ou du Juge accordant l'exequatur doit être notifiée par le requérant à la partie adverse. Celle-ci peut former, dans les quinze jours de cette notification, une opposition qui est jugée contradictoirement à l'une des audiences juridictionnelles ordinaires de la Cour, conformément à son règlement de procédure.

L'exequatur ne peut être refusé et l'opposition à exequatur n'est ouverte que dans les cas suivants :

1. si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
2. si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
3. lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;
4. si la sentence est contraire à l'ordre public international.

2. l'opposition de la formule exécutoire

L'article 31 du règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que le Secrétaire Général de la Cour délivre à la partie qui lui en fait la demande, une copie de la sentence certifiée conforme à l'original déposé conformément à l'article 28, sur laquelle figure une attestation d'exequatur.

Cette attestation mentionne que l'exequatur a été accordé à la sentence, selon le cas, soit par une ordonnance du Président de la Cour régulièrement notifiée et devenue définitive en l'absence d'opposition formée dans le délai de quinze jours mentionné ci-dessus, soit par un arrêt de la Cour rejetant une telle opposition, soit par un arrêt de la Cour infirmant un refus d'exequatur.

Au vu de la copie conforme revêtue de l'attestation du Secrétaire Général de la Cour, l'autorité nationale désignée par l'Etat pour lequel l'exequatur a été demandé, appose la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit Etat.

CESAG - BIBLIOTHEQUE

CHAPITRE IV : LES IMPACTS DU REGLEMENT A L'AMIABLE SUR L'ENVIRONNEMENT DES AFFAIRES

Ces impacts sont perceptibles à travers les avantages reconnus au mécanisme de l'arbitrage pour la résolution des litiges (**Section 1**) mais au regard des effets positifs des deux modes de règlement mesurés en termes d'accessibilité, de célérité et de fiabilité (**Section 2**).

SECTION 1 : Les avantages du recours à l'arbitrage

Le grand succès de l'arbitrage, notamment dans le règlement des litiges commerciaux internationaux, est dû au fait qu'il présente pour les milieux d'affaires de nombreux avantages tenant à son adéquation, sa confidentialité et sa rapidité. En premier lieu, l'arbitrage atténue le dépaysement provoqué par toute institution judiciaire pour le justiciable, dans la mesure où le choix des arbitres revient aux parties. Cela crée une certaine familiarité entre celles-ci et leurs juges lesquels sont, la plupart du temps, personnellement choisis pour leur science et leur réputation professionnelle. Ils n'inspirent donc pas, comme certains juges nationaux, une crainte de partialité. Dans la pratique, de nombreux arbitres sont des juristes de très haut niveau qui apportent une compétence déterminante lorsque le fond du litige est de nature strictement juridique. Mais, lorsque les faits du litige sont très techniques comme c'est d'ailleurs souvent le cas dans le commerce international, on assiste généralement à une composition du tribunal arbitral qui intègre les compétences requises.

En second lieu, tout en offrant la prééminence aux usages commerciaux dans l'appréciation des faits de la cause, le recours à l'arbitrage répond au souci des parties de ne pas divulguer un contentieux ponctuel dont la publicité risquerait, peut-être, d'envenimer un ensemble de relations commerciales souvent complexes. La confidentialité constitue donc l'un des avantages les plus importants de l'arbitrage.

En troisième lieu, la rapidité constitue un autre avantage de l'arbitrage, même s'il arrive que, en raison de recours multiples teintés de dilatoire, certains arbitrages durent autant qu'une procédure judiciaire. En général, l'arbitrage permet d'obtenir des arbitres une justice

plus rapide qui est, en outre, plus souple et plus adaptée à la nature du litige. La possibilité de conciliation est d'ailleurs, toujours, présente dans le recours arbitral.

Mais l'arbitrage ne présente pas que des avantages: il a aussi des inconvénients qui se rapportent au coût de la procédure arbitrale souvent jugé élevé pour les parties, à la difficulté qui peut entourer l'exécution de la sentence ainsi que la quasi impossibilité de faire comparaître devant les arbitres des tiers impliqués dans le litige.

S'agissant du coût, les arbitres reçoivent des honoraires des parties litigantes alors que la procédure judiciaire est gratuite en ce que les justiciables ne paient pas leurs juges. Une partie de la doctrine considère que les honoraires des arbitraires ne sont pas très bon marché et qu'en conséquence, l'arbitrage est une procédure onéreuse. A la vérité, vu les enjeux des litiges soumis à arbitrage, l'idée que son coût est prohibitif est bien souvent fausse.

D'un autre côté, il peut y avoir une difficulté à exécuter la sentence arbitrale. A cet égard, on doit d'abord relever les deux différences importantes qui existent entre la décision d'un juge étatique et la sentence d'un arbitre: premièrement, le juge, organe de l'autorité publique, tient ses pouvoirs de la loi étatique qui définit ses compétences. A défaut d'exécution volontaire par la partie qui succombe, la décision du juge peut être exécutée par voie de contrainte, sauf si l'exécution était recherchée à l'étranger auquel cas la décision judiciaire est assujettie à l'obtention préalable de l'autorisation de la juridiction locale compétente, c'est-à-dire à l'exequatur. Par contre l'arbitre tire sa compétence de la volonté des parties qui le désignent. Si les parties ne s'exécutent pas spontanément, la décision de l'arbitre ne pourra être mise en œuvre par la contrainte que moyennant, dans tous les cas, l'autorisation de la juridiction locale compétente qui délivre aussi l'exequatur.

Par ailleurs, pour faciliter l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la majorité des pays du monde ont ratifié la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adoptée à New York en Juin 1958. Comme troisième inconvénient du recours à une procédure arbitrale, il y a la quasi impossibilité de faire comparaître devant les arbitres des tiers impliqués dans le litige, mais non parties à la

clause compromissoire, c'est-à-dire, principalement, une impossibilité technique d'appel en garantie ou en intervention.

Mais ces inconvénients ne contrebalancent pas réellement les avantages de l'institution arbitrale même s'ils ne sont pas totalement étrangers au développement des modes alternatifs de règlement des litiges qui tiennent, pour la plupart, dans des mécanismes qui lui sont très proches. Il y a lieu, à ce niveau, de signaler les difficultés liées à l'évaluation de l'impact de la pratique des modes de règlement à l'amiable des litiges nés de l'exécution des marchés publics, dans le cadre d'une approche juridique. En effet, il paraît ardu en raison, notamment, de l'absence de statistiques ou d'analyses quantitatives de l'évolution des données économiques et de la part qui peut être attribuée au droit et à ses diverses applications.

Aussi nous contenterons-nous de quelques indicateurs globaux généralement retenus parmi les indices de performance de la justice que sont la fiabilité, l'accessibilité, le coût et la célérité.

SECTION 2 : En termes d'accessibilité, de célérité et de fiabilité

Le « risque judiciaire » qu'encourt l'entreprise dans un procès mettant en jeu sa survie comme entité économique viable est notablement réduit dans le cadre de l'arbitrage. C'est ainsi que les signataires du Traité de l'OHADA, partant du constat d'une certaine imprévisibilité des décisions judiciaires, d'une diffusion erratique d'un droit des affaires obsolète, se sont fixé parmi leurs objectifs, la promotion de l'arbitrage dont la crédibilité dépend des conditions de la mise en œuvre des procédures, comme décrit ci-dessus, mais aussi de la qualité des arbitres.

L'adage qui veut qu'« on n'est jamais mieux servi que par soi-même » trouve un terrain de prédilection dans le domaine de l'arbitrage où le choix des arbitres est essentiellement dévolu aux parties qui ont la faculté de les autoriser à statuer en amiable composition pour faire prévaloir l'équité et le souci de la préservation des intérêts fondamentaux des litigants.

Dans le cadre de l'arbitrage CCJA, la Cour qui supplée à la carence des parties désigne les arbitres sur une liste d'arbitres agréées sur la base de leurs qualifications professionnelles et de leurs connaissances juridiques et « expertales » sans considération de leur appartenance ou non à l'espace OHADA.

Si l'arbitrage OHADA de droit commun dont les modalités sont librement déterminées par les parties convient aux « petits litiges » qui sont les plus nombreux dans le contexte de sous-développement de la zone caractérisé par un secteur informel prolifique, l'arbitrage CCJA paraît, en raison de son formalisme (nécessité d'un écrit comportant une clause d'arbitrage CCJA non équivoque, échanges de mémoires, divers délais impératifs etc.) moins accessible. Un tel arbitrage est plus adapté aux entités économiques plus structurées, notamment, les entreprises locales ou étrangères que l'on retrouve d'ailleurs parmi les soumissionnaires des marchés publics.

De même que dans la tradition biblique illustrant l'incompréhension et la confusion dans le genre humain par la pluralité des idiomes dans la tour de Babel, la différence de langues est un obstacle à une communication efficiente pour la résolution non conflictuelle des litiges. C'est pourquoi, l'OHADA qui s'est donné une vocation continentale ne pouvait se confiner dans son creuset originel de locuteurs francophones en ignorant notamment le dynamisme de l'arbitrage anglophone. Et par une récente révision du Traité fondateur, elle a élargi sa langue de travail à l'anglais, à l'espagnol et au portugais qui s'ajoute au français, s'offrant ainsi des perspectives d'ouverture sur l'international plus prometteuses pour l'accès à ses dispositifs d'arbitrage.

Le coût de l'arbitrage peut être estimé au regard des frais de procédure et en termes de gain de temps. Les frais d'arbitrage à la charge des parties sont déterminés par une décision de la CCJA qui peut servir aussi de référence pour l'arbitrage de droit commun. De l'avis des observateurs ces frais paraissent raisonnables.

L'importance du facteur « temps » dans la résolution des litiges conformément aux attentes des usagers du service de la justice, comme l'illustre l'adage américain « Delayed justice, denied justice » est évidente. Or dans l'arbitrage de droit commun, les parties et les arbitres qu'elles ont choisis ont la maîtrise de l'agenda de la procédure tandis que dans l'arbitrage

CCJA, des délais précis et impératifs sont prévus par le Règlement d'arbitrage pour assurer la célérité dans le traitement du litige.

En définitive, il peut être affirmé que les deux modes de règlement à l'amiable des litiges utilisés durant la phase d'exécution des marchés publics, constituent de véritables gages de célérité et, partant, de résolution rapide des litiges pour donner une impulsion à la vie économique.

CESAG - BIBLIOTHEQUE

CONCLUSION

Le RNJ des litiges des marchés publics est un outil efficace permettant d'instaurer la transparence, et l'équité dans les procédures de passation. Il est un véritable moyen de lutte contre la corruption. A cet effet, il constitue un véritable rempart pour la promotion de la bonne gouvernance et partant un vecteur du développement économique et sociale.

Le règlement non juridictionnel des litiges permet un traitement rapide sans encombre des différends nés durant la phase de passation des marchés. A ce niveau, il a une double vertu. D'une part, le RNJ permet de rétablir la vérité entre les personnes intéressées à une procédure de marché. D'autre part, il permet de consolider la réglementation sur certains points du code qui ne sont pas toujours clairs.

De même, durant la phase d'exécution, les parties ont la possibilité de régler leur problème sans entrer dans les procédures draconiennes et pénibles employées dans les procédures judiciaires. Le règlement par la voie de l'arbitrage et celui du CRD, offre la possibilité aux cocontractants des procédés souples et efficaces de règlement des litiges adaptés au rythme de progression du monde des affaires.

Pour ces divers avantages, la réforme du système des marchés publics a le mérite d'être utile et bénéfique au profit des usagers du service public.

Toutefois, la mise en œuvre des mécanismes de règlement non-juridictionnel des litiges des marchés publics, a révélé des problèmes multiformes qui peuvent entraver les vertus et les lueurs d'espoir déjà engrangées.

En effet, dans le cadre de la mise en œuvre du règlement non-juridictionnel des litiges, le CRD tranche les litiges suivant les dispositions légales et réglementaires. Toutefois, tenant compte de certaines questions sensibles mettant en jeu l'intérêt général ou l'intérêt supérieur de la nation, le CRD a tendance, dans certains cas, à trancher en opportunité en procédant à une régulation. A ce niveau, un débat est né sur le pouvoir reconnu au CRD de fonder certaines de ces décisions sur l'opportunité.

Certains techniciens de la matière estiment que la régulation ne peut exister ou évoluer en marge du droit tandis que d'autres considèrent que le CRD, compte tenu du rôle qu'il occupe dans la consolidation et la pérennisation du système et des enjeux liés à la nécessité de réaliser le service public, doit réguler, pour permettre de « décanter, au cas par cas, certaines situations ». Le problème fondamental qui est posé en l'espèce est celui de la motivation des décisions du CRD. En effet, le juge administratif reproche au CRD de ne pas suffisamment motiver ses décisions. Cette absence de motivation des décisions du CRD est la principale source d'incompréhension entre le juge administratif et le CRD. Ainsi, les deux positions posent un réel problème dans la survie du mécanisme de règlement non juridictionnel des litiges. Il existe un risque de remise en cause perpétuelle des situations juridiques acquises.

Le temps de la justice n'étant pas le temps des affaires, il est plus recommandé, dans le domaine des marchés publics, de privilégier, un mécanisme de règlement non juridictionnel des litiges, de plus en souple, privilégiant le traitement rapide et rapproché des litiges.

ANNEXES

ANNEXE 1

A- Les statistiques des décisions rendues par le CRD de 2008 à 2012.

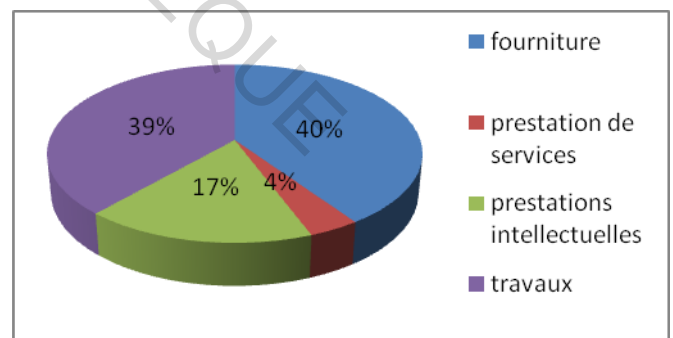
Les soixante dix sept (77) décisions rendues par le CRD pour la même période ont concerné cinquante deux (52) recours et vingt cinq (25) décisions de suspension provisoire. Quarante deux (42) de ces recours proviennent des candidats aux marchés publics et dix (10) des autorités contractantes relatives à des demandes de dérogation, d'autorisation ou de contestation des décisions de la DCMP. Pour des ces 52 recours :

- 3) 12 ont été déclarés irrecevables au regard des dispositions du Code des marchés publics et du décret portant organisation et fonctionnement de l'ARMP ;
- 4) 12 cas ont obtenu gain de cause ;
- 5) 27 cas ont été déboutés ;
- 6) le CRD s'est déclaré incompétent pour un (1) cas.

Les répartitions de ces recours par mode de passation, type de marché et d'autorité contractantes sont présentées dans les graphiques ci-après :

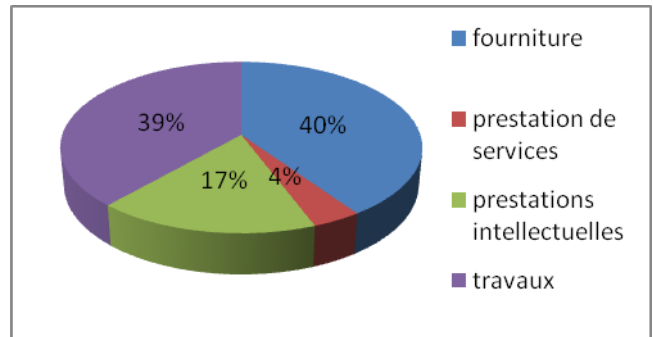
B- Répartition des recours par type de marché

DESIGNATION	NOMBRE
Fourniture	21
Prestations de services	2
Prestations intellectuelles	9
Travaux	20
TOTAL	52



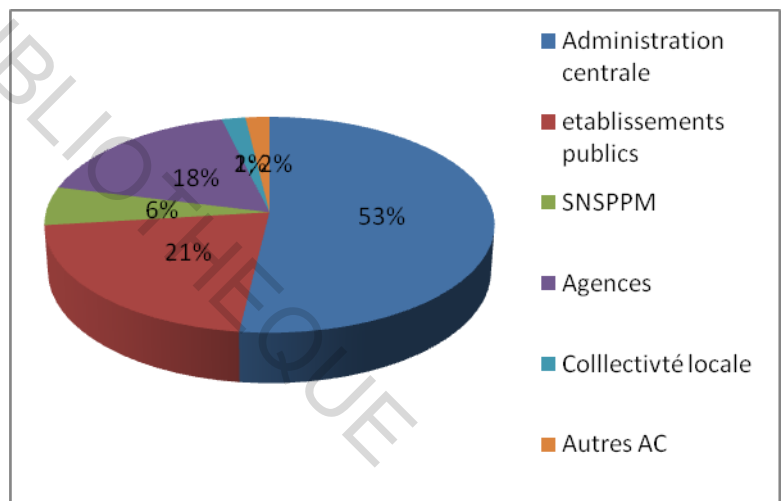
C- Répartition des recours par mode de passation des marchés

DESIGNATION	NOMBRE
fourniture	21
prestation de services	2
prestations intellectuelles	9
travaux	20
TOTAL	52



D- Répartition des recours par type d'autorité contractante

DESIGNATION	NOMBRE
Administration centrale	27
Etablissements publics	11
SNSPPM	3
Agences	9
Collectivités locales	1
Autres AC	1
TOTAL	52



ANNEXE 2 :

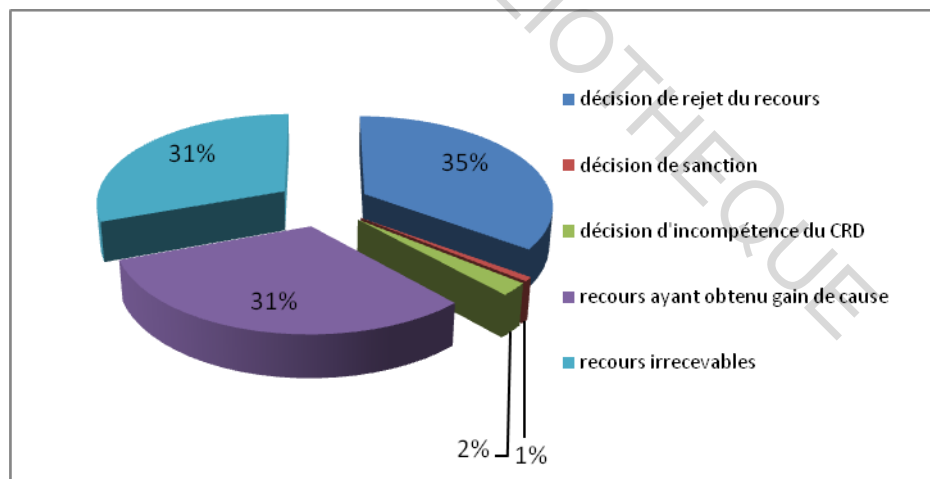
A. Statistiques sur les recours en 2013

393 décisions ont été rendues par le CRD sur l'année 2013 dont 132 décisions de suspension provisoire.

262 recours en contentieux dont 208 émanant des candidats aux marchés publics et 54 des autorités contractantes relatives à des demandes de dérogation, d'autorisation ou de contestation des décisions de la DCMP.

Sur les 262 recours enregistrés :

- ✓ 80 ont été déclarés irrecevables au regard des dispositions du CMP, du décret portant organisation et fonctionnement de l'ARMP ;
- ✓ 82 cas ont obtenu gain de cause;
- ✓ 92 cas ont été déboutés ;
- ✓ 6 cas ont été jugé incompétent par le CRD ;
- ✓ 2 décisions de sanction



B. Motifs d'irrecevabilité

La commission litige est saisie des recours exercés par les candidats et soumissionnaires aux marchés publics et délégations de services publics relatifs à la procédure de passation et d'exécution des marchés publics, et ayant pour objet de contester :

- les décisions d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché ou la convention de délégation ;
- les conditions de publication des avis ;
- le mode de passation et le mode de sélection retenus ;
- la conformité des documents d'appels d'offres à la réglementation ;
- les spécifications techniques retenues ;
- les critères d'évaluation.

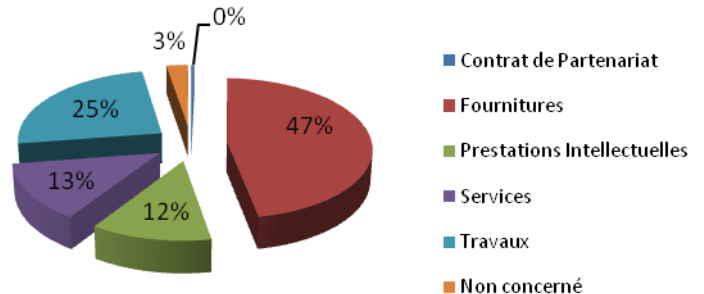
Motif d'irrecevabilité	Nombre
Dépôt tardif	45
Non respect du délai d'attente par rapport à l'AC	31
Aucun grief soulevé	2
Critère d'éligibilité du requérant	1
Application du droit devant la Cour Suprême avant le CRD	1
Total	80

Sur les 82 recours favorables aux requérants, les statistiques sur la suite à donner à la procédure se présentent comme suit:

Suite à donner	Nombre
Réévaluation des offres	27
Autorisation à titre exceptionnel	19
Continuation de la procédure	17
Modification des spécifications techniques	5
Reprise de la procédure de passation	5
Autorisation d'entente directe	4
Annulation de clauses des Données Particulières de l'Appel d'offres	1
Annulation de la décision d'attribution	2
Annulation de la procédure	1
Correction du DAO	1
Total	82

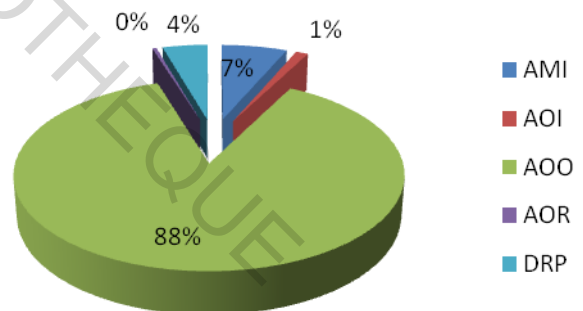
C. Répartition des recours par type de marché

- 65 recours en contentieux sur les marchés de travaux
- 123 recours en contentieux sur les marchés de fournitures
- 34 recours en contentieux sur des marchés de services,
- 32 recours en contentieux sur des marchés de prestations intellectuelles
- 1 recours portant sur un contrat de partenariat
- 7 non concerné par une procédure de passation de marché



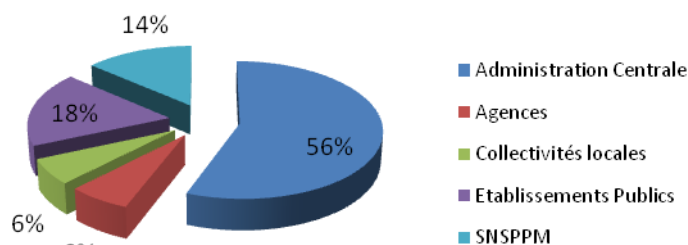
D. Répartition des recours par mode de passation des marchés

- 216 recours en contentieux sur les marchés passés par AOO
- 16 recours en contentieux sur les marchés passés par appel public à manifestation d'intérêt
- 3 recours en contentieux sur un AO International
- 1 recours en contentieux sur un AO Restreint
- 11 recours en contentieux sur les DRP
- 8 recours sur autorisation ED
- 7 non concerné par une procédure de passation de marché



E. Répartition des recours par type d'autorité contractante

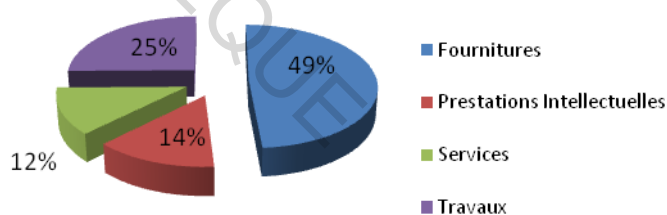
- 147 recours en contentieux concernant l'Administration Centrale
- 46 recours en contentieux concernant les établissements publics
- 36 recours en contentieux concernant les SNSPPM
- 17 recours en contentieux concernant les agences
- 16 recours en contentieux concernant les collectivités locales



F. Répartition des décisions de suspension provisoire

132 décisions de suspension provisoire rendues par le CRD et réparties comme

- 64 décisions de suspension de marchés de fournitures
- 17 décisions de suspension de marchés de prestations de services
- 18 décisions de suspension de marchés de PI
- 33 décisions de suspension de marchés de travaux



G. Répartition des recours par objet

Objet du recours	Décision prise à l'issue du recours					Total
	Décision d'incompétence du CRD	Décision de rejet du recours	Décision de sanction	recours ayant obtenu gain de cause	Recours irrecevables	
Contestation attribution provisoire du marché	5	70	0	32	62	169
Contestation de spécifications techniques ou clauses du DAO	0	3	0	7	6	16
Contestation des avis de la DCMP	0	5	0	9	0	14
Contestation liée à la livraison de la fourniture (exécution)	0	0	1	0	0	1
Contestation de la note technique	0	2	0	1	1	4
Contestation de la suite de la procédure	0	0	0	0	1	1
Contestation des critères de qualification du DAO	1	1	0	3	6	11
Contestation des mentions portées sur l'Avis d'attribution	0	0	0	1	0	1
Contestation sur la présélection des candidats	0	0	0	0	1	1
Déclaration de faux documents	0	0	1	0	0	1
Demande d'avis	0	0	0	1	0	1
Demande d'arbitrage du CRD	0	1	0	1	0	2
Demande d'autorisation du CRD	0	9	0	26	2	37
Demande de dispense de critères de qualification	0	0	0	1	0	1
Demande de retrait d'une décision déjà prise par le CRD	0	0	0	0	1	1
Dénonciation pour manque de transparence sur la procédure	0	1	0	0	0	1
Total	6	92	2	82	80	262

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 12^e édition Montchrestien ;

Allé DIOUF, Discours de la Construction, Presse Universitaire de Dakar (Sénégal) 2010.

Textes réglementaires

Directives N° 4/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;

Directives N° 5/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

Code de l'HODA annoté édition 2008 ;

Code des obligations de l'Administration ;

Décret N° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, abrogé ;

Décret N°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP ;

Décret N° 2007-547 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de la DCMP ;

Décret 2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des Marchés publics;

Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage (Acte adopté le 11 mars 1999 et paru au JO OHADA n°08 du 15 mai 1999).

Thèse

Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse pour le Doctorat en Droit présentée et soutenue publiquement par Ibrahim Réfaat Mohamed EL-BEHERRY à l'UNIVERSITE DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS ? Institut du Droit, de la Paix et du Développement (I.D.P.D.) en mars 2004.

Mémoire :

Carole DONGMEZA NAWESSI (Université Hassan II, Maroc –Master en droit des affaires 2008).

Revue sur les marchés publics de l'ARMP :

Publication du mois de juin 2013.

Publication du mois de janvier 2013.

Rapports

Les rapports annuels de l'ARMP de 2010, 2011 et 201,

Rapports annuels de la DCMP de 2010, 2011, 2012 et 2013 ;

Rapport de surveillance multilatérale des marchés publics et des délégations de service public dans l'espace UEMOA 2010 par l'Observatoire Régional des Marchés Publics (ORMP).

Articles

Pr.SOSSA Cossi Dorothé, Agrégé des facultés de droit, Ancien Ministre, Doyen Honoraire, Titulaire Chaire UNESCO, Université d'Abomey-Calavi, Avocat (Bénin), et Pr. DdOGBENOU Joseph, Agrégé en droit privé et sciences criminelles : « le Droit de l'arbitrage OHADA » ;

Conseil d'État, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, La Documentation française, 1993 ;

Gaudemet (Y.), « Le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics », AJDA, n° spécial, août 1994, p. 84 ;

Richer (L.), « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », AJDA, n° 1, 1997, p. 3 ;

René Pascal DIOUF, « Le contrôle des marchés publics par le juge administratif », in Revue des marchés publics de l'ARMP, du mois de janvier 2014 ;

Malick LAMOTTE, « L'étude des infractions des marchés publics », Magistrat, Président du Tribunal Régional de Thiès, in Revue des marchés publics de l'ARMP, du mois de juin 2014 ;

Aperçu sur les modalités de saisine du Comité de Règlement des Différends, in Revue des marchés publics de l'ARMP, du mois de janvier 2014 ;

Loïc CADIET, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français » ;

L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès », Mélanges Gérard Farjat, Paris, Editions Frison Roche, 1999, pp. 23 sq.