

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics.

" The role of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement in the Integration of alternative dispute resolution processes into Algerian public procurement rules"

AIT YOUCEF Salem ¹

¹ l'université d'Alger 1 (Algérie) & l'université Panthéon-Assas Paris 2 (France)
as1978@hotmail.fr

Date de réception: 2021/01/16

Date d'acceptation: 2022/04/02

Date de publication: juin/2022

Résumé

Le Décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics, en vertu de son article 153, autorise désormais de recourir à l'arbitrage commercial international dans le cadre des marchés. Etant donné que l'exposé des motifs dudit décret précise que les amendements ayant abouti à la nouvelle mouture de la réglementation des marchés publics s'inspirent, entre autres, des standards internationaux, il est permis de déduire que c'est sous l'influence la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, que le législateur algérien a décidé d'introduire ces nouveaux mécanismes de règlement amiable des différends dans la réglementation algérienne.

Mot clé: Marchés publics, Recours, Autorité de régulation des marchés publics, loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

Abstract:

Presidential Decree No. 15-247 on the Regulation of Public Procurement and the Delegation of Public Services, under Article 153, now authorizes the use of international commercial arbitration in contracts. Since the explanatory memorandum to that Decree specifies that the amendments resulting in the new version of the rules governing public procurement are based, inter alia, on international standards, It can be inferred that it is under the influence of the UNCITRAL model law on the award of public contracts, that the Algerian legislator decided to introduce these new mechanisms of amicable settlement of disputes in the Algerian regulation.

KEY WORDS: Public Procurement, Remedies, Public Procurement Regulatory Authority, UNCITRAL Model Law on Public Procurement

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YOUCEF Salem

Introduction

D'aucuns n'ignorent que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ne traite pas de la phase de planification ni de celle d'exécution des marchés. Ses dispositions ne traitent donc pas de questions telles que la budgétisation, l'évaluation des besoins, les études de marché et les consultations, l'administration des marchés et le règlement des litiges liés à l'exécution ou la résiliation des marchés. Il n'empêche que la CNUDCI prévoit un mécanisme de recours efficace en cas de non-respect des règles ou procédures. Mieux encore, la CNUDCI reconnaît l'importance de ces étapes du processus de passation des marchés pour le bon fonctionnement de l'ensemble du système tant et si bien qu'elle recommande explicitement aux États adoptants de veiller à disposer de lois et structures adéquates pour gérer ces étapes. A défaut, les objectifs de la Loi type risquent d'être contrariés.

Selon le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, il convient de trouver un juste équilibre entre la nécessité de régler rapidement les litiges concernant la passation de marchés et de disposer d'un mécanisme de contestation efficace, et la prise en compte de considérations urgentes d'intérêt général. Le paragraphe 3-b vise d'ailleurs à assurer que toute décision d'autoriser la conclusion d'un marché puisse elle-même être contestée, et ce en application des droits généraux conférés par l'article 64, lequel dispose que :

" Le fournisseur ou l'entrepreneur qui déclare avoir subi ou pouvoir subir une perte ou un dommage en raison d'une décision ou d'un acte de l'entité adjudicatrice qu'il estime non conforme aux dispositions de la présente Loi peut contester cette décision ou cet acte.,, "

Si les procédés de règlement amiable de différends sont nettement mis en évidence dans la loi type de la CNUDCI (Chapitre 1), il faudrait faire valoir un sens d'analyse aiguë pour pouvoir comprendre sa position vis-à-vis du droit de compromettre dans les marchés publics (Chapitre 2).

1-Chapitre 1 : Le rôle de la CNUDCI dans le développement d'autres formes de règlement amiable des litiges

L'exposé des motifs du Décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics, souligne clairement que :

"Pour se conformer aux standards internationaux, les attributions relatives au règlement des litiges nés à l'occasion de l'exécution des marchés publics, sont transférés des commissions nationales et sectorielles des marchés publics aux comités de règlement des litiges, institué par le présent amendement, auprès des départements ministériels et des wilayas.

Les litiges nés à l'occasion de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires étrangers relèvent de la compétence de l'Autorité de régulation des marchés publics et des délégations de services publics, instituée par les dispositions de l'article 210¹ du présent décret"

Ce faisant, on peut aisément déduire que c'est sous l'influence des standards internationaux, notamment la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, que le législateur algérien a décidé de mettre en place de nouveaux mécanismes de règlement amiable des différends (Section 1), en instituant de nouveaux organismes dont la vocation principale est de trancher des litiges (Section 2).

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

1.1-Section 1 : Les procédés de règlement amiable de différends promus par la CNUDCI et transposés dans la réglementation algérienne.

L'un des moyens de contribuer au règlement efficace des litiges, au sens de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, réside dans l'impératif de ne pas trop perturber le processus de passation des marchés est d'encourager la résolution prompte et ponctuelle des questions et des litiges et de permettre le traitement des contestations avant qu'il ne faille annuler certaines étapes de la procédure de passation de marché, en particulier l'entrée en vigueur du marché.

Plusieurs dispositions de la Loi type y concourent, notamment la procédure de demande de réexamen devant l'entité adjudicatrice qui est implémentée dans la réglementation algérienne des marchés publics, sous deux formes principales : Le recours et la commission des marchés publics du service contractant.

A- Le recours :

La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics préconise un mécanisme de contestation qui favorise le règlement amiable des litiges à travers la procédure de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice, encadrée par l'article 66, qui dispose ce qui suit :

"1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de réexaminer une décision ou un acte qu'elle a pris dans la procédure de passation de marché.

2. Les demandes de réexamen sont présentées par écrit à l'entité adjudicatrice dans les délais suivants:

a) Avant la date limite de présentation des soumissions, s'agissant des demandes de réexamen des conditions de sollicitation, de pré-qualification ou de présélection ou des demandes de réexamen des décisions ou actes pris par l'entité lors de la procédure de pré-qualification ou de présélection;

b) Avant la fin du délai d'attente appliqué conformément au paragraphe 2 de l'article 22 de la présente Loi ou, si aucun délai d'attente ne s'applique, avant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre, s'agissant des demandes de réexamen des autres décisions ou actes pris par l'entité dans la procédure de passation de marché.

3. Dès qu'elle est saisie d'une demande, l'entité adjudicatrice publie un avis concernant celle-ci et dispose de trois (3) jours ouvrables à compter de sa saisine pour:

a) Décider si elle doit examiner ou rejeter cette demande et, en cas d'examen, si la procédure de passation de marché doit être suspendue. Elle peut rejeter la demande si elle estime que celle-ci est manifestement dénuée de fondement ou n'a pas été présentée dans les délais fixés au paragraphe 2 du présent article, ou si le demandeur n'a pas qualité pour agir. Ce rejet vaut décision concernant la demande;

b) Notifier l'introduction de la demande et l'essentiel de son contenu à tous les participants à la procédure de passation de marché visés par la demande;

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

c) Notifier sa décision d'examiner ou de rejeter la demande au demandeur et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché; i) En cas d'examen de la demande, elle indique en outre si la procédure de passation est suspendue et pour quelle durée; ii) En cas de rejet de la demande ou de non-suspension de la procédure de passation de marché, elle indique en outre au demandeur les raisons de sa décision.

4. Si l'entité adjudicatrice ne notifie pas sa décision au demandeur comme l'exigent les paragraphes 3 c et 8 du présent article dans le délai spécifié au paragraphe 3 ci-dessus, ou si le demandeur n'est pas satisfait de la décision qui lui a été notifiée, celui-ci peut immédiatement engager une procédure [devant l'instance indépendante] en vertu de l'article 67 de la présente Loi ou le [tribunal]]. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande.

5. En se prononçant sur une demande qu'elle a examinée, l'entité adjudicatrice peut rétracter, corriger, modifier ou maintenir la décision ou l'acte contesté qu'elle avait pris dans la procédure de passation de marché.

6. L'entité adjudicatrice rend la décision visée au paragraphe 5 du présent article dans les ... jours ouvrables [l'État adoptant précise le délai] qui suivent sa saisine. Elle communique immédiatement sa décision au demandeur, à tous les autres participants à la procédure de contestation et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché.

7. Si l'entité adjudicatrice ne communique pas sa décision au demandeur comme l'exigent les paragraphes 6 et 8 du présent article, ce dernier peut immédiatement engager une procédure [devant l'instance indépendante] en vertu de l'article 67 de la présente Loi ou le [tribunal]]. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande.

8. Toutes les décisions que l'entité adjudicatrice rend en application du présent article sont écrites, indiquent les mesures prises et les raisons qui les motivent, et sont promptement versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché avec la demande formée en vertu du présent article".

Il y a lieu de déduire de prime abord que cet article soutient qu'une demande de réexamen peut être formée devant l'entité adjudicatrice elle-même, à condition que le marché n'ait pas encore été attribué. Cette procédure vise à permettre à l'entité adjudicatrice de rectifier des actes, décisions ou procédures non conformes.

Il importe néanmoins de noter que cette possibilité ouverte aux fournisseurs ou entrepreneurs ne constitue pas une première étape obligatoire du processus de contestation. Ce système vise à faciliter une procédure rapide, simple et relativement peu coûteuse, évitant ainsi d'encombrer inutilement d'autres instances avec des demandes et des appels concernant des litiges que les parties auraient pu résoudre plus tôt par une procédure moins perturbatrice et moins onéreuse.

On peut également retenir des dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, qu'il est hautement souhaitable qu'un mécanisme de contestation de la passation de marchés permette un recours rapide sans demander trop de temps ni d'argent. Le

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

fait que l'entité adjudicatrice connaisse les faits de la procédure de passation de marchés, qu'elle contrôle cette procédure, qu'elle soit disposée à rectifier des erreurs de procédure dont elle n'avait peut-être pas connaissance et qu'elle puisse le faire contribue à rendre ce recours possible. Ces caractéristiques sont importantes pour le fournisseur ou entrepreneur qui forme une contestation mais aussi pour perturber le moins possible l'ensemble du processus de passation de marché.

Un tel système volontaire peut aussi réduire la crainte de voir une action légale compromettre des affaires futures, crainte qui, a-t-on constaté, entraîne une réticence à engager une contestation. D'un autre côté, on constate parfois aussi que l'entité adjudicatrice ignore tout simplement la demande de réexamen, qui n'a alors d'autre effet que de retarder une demande formelle auprès d'une autre instance.

La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics encourage donc les États adoptants à incorporer ce système, compte tenu des avantages qu'il peut présenter, mais aussi à prendre des mesures pour assurer qu'il fonctionne en pratique. Afin de s'y conformer le législateur algérien a taché d'introduire, dans le Décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics, une nouvelle section intitulée : " Des recours".

L'influence de la loi type de la CNUDCI est longitudinale tant et si bien que les recommandations dictées dans l'article 66 de la loi type de la CNUDCI sont intégralement transposées dans la section dédiée aux recours, initiée dans le cadre de la nouvelle réglementation des marchés publics algérien. Ceci est d'autant plus vrai que l'article 82 du Décret présidentiel dispose que, outre les droits de recours prévus par la législation en vigueur, le soumissionnaire qui conteste l'attribution provisoire d'un marché ou son annulation, la déclaration d'infructuosité ou l'annulation de la procédure, dans le cadre d'un appel d'offres ou d'un gré à gré après consultation, peut introduire un recours, auprès de la commission des marchés compétente. Il est clair que cette mesure s'inscrit en parfaite concordance avec les dispositions de l'article 66-1 la loi type de la CNUDCI citées ci-dessus.

Par ailleurs, étant donné que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics exige le respect d'un délai pour présenter la demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice, l'alinéa 2 dudit article 82, consacre en toute logique cette exigence, et ce, en disposant que le recours est introduit dans les dix (10) jours à compter de la première publication de l'avis d'attribution provisoire du marché. De plus, afin de se conformer aux dispositions de l'article 66-2-b de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, préconisant des délais d'attente, l'article 82 de la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics donne obligation au service contractant d'inviter, dans l'avis d'attribution provisoire du marché, les candidats et les soumissionnaires qui souhaitent prendre connaissance des résultats détaillés de l'évaluation de leurs candidatures, offres technique et financière, à se rapprocher de ses services, au plus tard trois (3) jours à compter du premier jour de la publication de l'attribution provisoire du marché, pour leur communiquer ces résultats, par écrit.

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

Il importe de souligner néanmoins que si la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics exige de l'entité adjudicatrice de respecter un délai de trois (3) jours ouvrables à compter de sa saisine pour examiner la demande, la réglementation algérienne accorde un délai relativement plus long, soit quinze (15) jours, à la commission des marchés compétente pour prendre une décision.

Dans sa logique d'étendre autant que possible les procédés de règlements amiables de différends, le législateur algérien s'est, encore une fois, laissé influencé par la procédure de demande de réexamen devant l'entité adjudicatrice, initié par la loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics, afin d'intégrer, dans la réglementation des marchés publics, une (relativement) nouvelle procédure : le contrôle externe à priori exercé par la commission des marchés publics du service contractant.

B- La commission des marchés publics du service contractant.

L'exposé des motifs du Décret présidentiel n° 15-247, indique clairement que, pour se conformer aux standards internationaux, les attributions relatives au règlement des litiges nés à l'occasion de l'exécution des marchés publics, sont transférés des commissions nationales et sectorielles des marchés aux comités de règlement des litiges institués par le présent amendement, auprès des départements ministériels et des wilayas.

Quand bien même cette disposition concerne "l'exécution des marchés", qui un volet jusqu'ici ignoré par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, il n'en demeure pas moins qu'il nous renseigne sur l'influence limpide exercée par les standards internationaux en vue de s'orienter, à juste titre et à forte raisons, vers une décentralisation des procédés de règlement des litiges.

Au demeurant, afin de ne pas s'éloigner de la recommandation de la loi type de la CNUDCI de privilégier, autant que possible, la procédure de réexamen de la décision, ou de l'acte, entrant dans le cadre de la procédure de la passation de marchés publics, par l'entité adjudicatrice elle-même, le législateur algérien favorise, de son côté, le contrôle externe à priori exercé par la commission des marchés institué auprès du service contractant. Faudrait-il d'ailleurs préciser que ce mécanisme est introduit, pour la première fois, par le Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, sous l'influence palpable de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, publié en 1994.

Au sens de l'article 169 du Décret n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégations de services publics, la commission des marchés du service contractant est compétente, d'un côté, pour apporter son assistance en matière de préparation et de formalisation des marchés publics, examiner les projets de cahiers des charges, de marchés et d'avenants, et, d'un autre côté, pour examiner les recours introduits par les soumissionnaires.

Par ailleurs, afin que ces mesures soient effectives et qu'elles ne constituent pas de simples formalités, il est nécessaire de mettre à la disposition des justiciables de nouveaux moyens d'accès aux praticiens expérimentés des différents procédés de règlement amiable de

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YOUCEF Salem

différends. Cette nécessité justifie à priori la mise en place de nouveaux instruments de règlement amiable de différends : Le comité de règlement amiable des litiges et l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de services publics (Section 2).

1.2-Section 2 : Les instruments de règlement amiable de différends

Au sens des dispositions de la loi type de la CNUDCI, un mécanisme est, de manière générale, efficace s'il permet d'intervenir sans délai; de suspendre ou d'annuler la procédure de passation de marchés et d'empêcher dans des circonstances normales l'entrée en vigueur d'un marché tant que le litige est pendant; de prendre d'autres mesures provisoires, telles que des ordonnances d'interdiction et des sanctions pécuniaires pour non-respect des règles; d'allouer des dommages-intérêts si l'intervention n'est plus possible; et d'agir rapidement dans un délai raisonnablement court, qui devrait normalement se mesurer en jours et en semaines. Ainsi, du point de vue de la CNUDCI, un mécanisme efficace doit comporter au moins un organe pouvant examiner une contestation en première instance et un autre pouvant examiner un appel en deuxième instance.

Cette exigence est transposée dans le cadre de la réglementation algérienne des marchés publics à travers la création de deux organismes importants : Le comité de règlement amiable des litiges et l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de services publics.

A- Le comité de règlement amiable des litiges.

Afin de répondre à la recommandation de la CNUDCI de mettre en place un organe pouvant examiner un appel en première instance, le législateur algérien a créé, dans le cadre du Décret présidentiel n° 15-247, une nouvelle instance, appelée : " Comité de règlement amiable des litiges".

Contrairement à l'ancienne réglementation qui attribuait à la commission sectorielle des marchés compétente un rôle intermédiaire en phase précontentieuse, conjugué à un pouvoir décisionnel, le Décret institue pour sa part un nouveau dispositif de règlement amiable des litiges, lequel doit obligatoirement être prévu dans le cahier des charges.

Le nouveau Décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public institue un nouveau dispositif de règlement amiable des litiges. Conformément à l'article 154 le service contractant doit rechercher une solution amiable aux litiges nés de l'exécution d'un marché public. En cas de désaccord entre le service contractant et le cocontractant sur les voies et moyens de régler le litige, ce dernier est soumis à l'examen d'un comité de règlement amiable. Ce comité est institué selon la nature du marché public auprès de chaque ministre, responsable d'institution publique ou wali. Le comité est saisi soit par le partenaire cocontractant soit par le service contractant.

La procédure suivie devant ce comité est supposée être enclenchée dès que le requérant adresse au secrétariat du comité, par lettre recommandée, avec accusé de réception, un rapport circonstancié accompagné par tout document justificatif. Il peut également le déposer contre accusé de réception.

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

La partie adverse est invitée par le président du comité par lettre recommandée avec accusé de réception à donner son avis sur le litige. Elle est tenue de communiquer son avis au président du comité par lettre recommandée avec accusé de réception, dans un délai maximum de dix (10) jours, à compter de la date de sa saisine.

L'examen du litige donne lieu à un avis motivé, dans un délai maximum de trente (30) jours, à compter de la date de la réponse de la partie adverse.

Le comité peut auditionner les parties au litige et/ou leur demander de lui communiquer tout document ou information susceptible de l'éclairer dans ses travaux. Les avis du comité sont pris à la majorité des voix de ses membres. En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante.

L'avis du comité est notifié aux parties au litige par envoi recommandé avec accusé de réception. Une copie de cet avis est transmise à l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public instituée auprès du ministre chargé des finances et dotée de l'autonomie de gestion .

Le service contractant notifie sa décision sur l'avis de la commission au partenaire cocontractant dans un délai maximum de huit (8) jours à compter de sa date de notification, par lettre recommandée avec accusé de réception.

Contrairement à l'article 152 de l'ordonnance n° 67-90 du 17 juin 1967 portant code des marchés publics qui disposait expressément que la procédure devant le comité consultatif chargé de rechercher une solution amiable aux contestations relatives aux marchés publics "est un préalable obligatoire à toute action contentieuse", le décret présidentiel du 16 septembre 2015 ne contient pas une telle disposition.

L'article 154 alinéa 4 de ce décret présidentiel dispose expressément que le service contractant doit prévoir dans le cahier des charges, le recours au dispositif de règlement à l'amiable avant toute action en justice. Cette formulation implique que ce dispositif n'est pas d'ordre public mais il revient à la partie qui a intérêt de soulever la question devant le juge, à condition que le recours préalable à ce dispositif soit expressément énoncé dans le cahier des charges. A défaut d'une telle clause, la juridiction peut statuer sur le litige même en l'absence de saisine préalable du comité consultatif. Le Conseil d'Etat n'a pas encore statué sur cette question par un arrêt publié dans sa revue annuel ou sur son site internet.

Il est à noter que l'examen des litiges dont ce comité est saisi, dans les conditions décrites à l'article 155 du Décret, ne donne lieu qu'à un avis motivé dont la mise en œuvre semble tributaire de la décision du service contractant.

En outre, il ressort du texte de l'article 154 du Décret présidentiel n° 15-247 que la compétence du comité de règlement amiable des litiges est circonscrite aux litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants nationaux, ce qui exclut donc tout recours à ce dispositif intermédiaire dans le cadre des marchés conclus avec des opérateurs étrangers.

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

En effet, s'agissant des litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers, ledit Décret a institué, auprès du ministre des finances, une autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public dont l'une des attributions les plus importantes est, aux termes de l'article 213 est de statuer sur les litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers.

B- L'Autorité de régulation des marchés publics.

La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics part aussi du principe que l'État adoptant dispose des structures institutionnelles et administratives appropriées et du personnel nécessaire pour administrer les procédures de passation de marchés qui y sont prévues, ou les mettra en place. Au niveau institutionnel, l'État adoptant jugera peut-être souhaitable de créer un organisme chargé de la passation des marchés publics ou une autre Autorité qui aidera à l'application des règles, politiques et pratiques de passation des marchés auxquelles s'applique la Loi type.²

En parfaite concordance avec cette recommandation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, le législateur algérien a jugé opportun d'instituer, par le truchement de l'article 213 du Décret présidentiel n° 15-247, une Autorité administrative indépendante, auprès du ministre chargé des finances, dénommée "Autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public". Elle est dotée de l'autonomie de gestion. Elle comprend en son sein un observatoire de la commande publique et un organe national de règlement des litiges.

Force est de constater d'ailleurs que les prérogatives attribuées à l'Autorité de régulation des marchés publics sont identiques, peu ou prou, à celles préconisées par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour son Autorité chargée de la passation des marchés publics et de l'application de ses règles. À la seule différence que les dispositions de la loi type concerne exclusivement les marchés publics alors que la réglementation des marchés publics dispose des règles attelant à la fois aux marchés publics et aux délégations de services publics.

Sans s'y attarder très longuement, il nous semble opportun de corroborer cette transposition somme toute limpide des attributions de l'autorité patronnée par la CNUDCI aux prérogatives attribuées par le législateur algérien à l'Autorité de régulation des marchés publics.

L'on peut relever ainsi que l'attribution d'élaborer et de suivre la mise en œuvre de la réglementation des marchés publics, s'inspire à priori d'une vocation très semblable que la loi type de la CNUDCI attribue à l'autorité qu'elle prône, consistant notamment à rationaliser et normaliser la passation des marchés et les pratiques en la matière à travers l'élaboration des documents et procédures.

Quant à l'attribution d'initier les programmes de formation et de promouvoir la formation en marchés publics, elle est assimilable, dans une large mesure, à celle portée par la

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

loi type de la CNUDCI recommandant la nécessité de renforcer les capacités et de former les agents chargés de la passation des marchés et les autres fonctionnaires participant au fonctionnement du système de passation des marchés.

En ce qui concerne la prérogative de laquelle le législateur algérien a investi l'autorité de régulation des marchés publics d'auditer ou de faire auditer les procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public et leur exécution, à la demande de toute autorité compétente, il est limpide qu'elle converge exactement dans le même sens de l'une des attributions de l'autorité préconisée par la loi type de la CNUDCI, dans la mesure où cette dernière est chargée de contrôler la passation des marchés et le fonctionnement de la législation et de la réglementation en la matière en tenant compte des grandes orientations politiques nationales.

Abondant dans le même sens, la loi Type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics recommande de superviser les différentes procédures de passation des marchés et le système de passation des marchés publics, d'examiner l'incidence de la passation des marchés sur l'économie nationale (notamment de contrôler la concentration de certains marchés et les risques éventuels pour la concurrence, en coopération avec les organismes chargés de la concurrence), d'analyser les coûts et avantages de la poursuite d'objectifs socioéconomiques au moyen de la passation de marchés, d'émettre des avis concernant les effets de certains marchés sur les prix et d'autres facteurs économiques et de vérifier qu'un marché donné s'inscrit dans les programmes et politiques du gouvernement.

Au demeurant, l'attribution la plus évidente et la plus importante de l'Autorité de régulation de marchés publics, consiste à statuer sur les litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers. Force est d'admettre que cette attribution ne figure pas parmi celle que la CNUDCI a évoqué, à titre d'exemple, pour l'autorité qu'elle préconise aux États adoptants, même s'il est permis de croire que cette attribution ne peut être qu'une conséquence de l'une desdites attributions qui consiste à veiller à l'application effective de la législation et de la réglementation en matière de passation des marchés. La corrélation est d'autant plus défendable que l'Autorité recommandée par la CNUDCI est investie de la tâche de contrôler l'application de la législation et de la réglementation sur la passation des marchés, de formuler des recommandations pour leur amélioration, de les interpréter et de traiter les conflits d'intérêts et autres questions pouvant donner lieu à des sanctions ou à des mesures d'exécution, d'un côté, et, mieux encore, la loi type de la CNUDCI ne tolère l'exclusion des cocontractant étranger qu'exceptionnellement.

Il y a lieu de préciser que l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public devraient être fixées par un décret exécutif qui n'a pas encore vu le jour.

Il faudrait rajouter par ailleurs que l'instauration de l'Autorité de régulation des marchés publics répond au souci de se conformer à une autre procédure phare recommandée par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, à savoir ; La mise en place d'un

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

mécanisme de révision par une instance indépendante. Ce mécanisme peut également être le vecteur d'une autre nouveauté majeure apportée par le Décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégation de service public. Il s'agit de la consécration du droit de compromettre dans la réglementation des marchés publics (Chapitre 2).

2- Chapitre 2 : La consécration du droit de compromettre dans la réglementation algérienne des marchés publics.

Le chapitre VIII de la loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics, consacré aux procédures de contestation, ne traite pas de la possibilité de soumettre les litiges à l'arbitrage ou à d'autres modes de règlement, puisque l'arbitrage est relativement peu utilisé dans le contexte de la passation des marchés, et en raison de la nature de la procédure de contestation, qui suppose généralement de déterminer si les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice sont conformes ou non aux exigences de la Loi type. Celle-ci n'entend cependant pas suggérer que l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur ne peuvent soumettre à l'arbitrage un différend lié aux procédures qu'elle prévoit, si les circonstances s'y prêtent, notamment si ce différend survient durant la phase d'administration des contrats du cycle de la passation des marchés³. D'ailleurs, le recours à l'arbitrage international ne s'éloigne pas trop, sur la forme, du mécanisme de demande en révision auprès d'une instance indépendante, initié par la loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics, nonobstant les différences de fonds des deux procédures.

Dans le cadre du mécanisme préconisé par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, l'État adoptant qui souhaite mettre en place une procédure de révision par une instance indépendante devra déterminer à quelle instance confier cette fonction, qu'il s'agisse d'une instance existante ou d'une nouvelle instance qu'il créera. D'après le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, il peut même s'agir d'un organe administratif spécial ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges touchant la passation des marchés. Ainsi, la loi type de la CNUDCI offre la possibilité de recourir à une procédure d'arbitrage international.

Dans la mesure où l'exposé des motifs du Décret présidentiel n° 15-247, indique clairement que, pour se conformer aux standards internationaux, les services contractants peuvent insérer dans le cahier des charges, après accord du gouvernement, une clause compromissoire, dans le cas des marchés publics conclus avec des entreprises étrangère, il est permis de croire que même cette procédure est introduite sous l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

Quand bien même la consécration du droit de compromettre dans le cadre de la réglementation des marchés publics répond à l'impératif de se conformer aux standards internationaux, il n'en demeure pas moins qu'il est nécessaire d'élucider, de prime abord, est-ce que cette consécration est venue pour confirmer un principe prévu au cas d'espèce dans le code de procédures civiles et administratives en vigueur, ou plutôt pour tempérer et restreindre son effet, en le soumettant à l'accord du gouvernement. Même si l'exposé de motif du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

délégation de service public, a mis en avant le souci de se conformer aux standards internationaux pour justifier l'incorporation du droit de compromettre dans la réglementation algérienne des marchés publics, il semblerait bien que le législateur algérien est alimenté de motivations qui vont au contresens des objectifs desdits standards, notamment la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics !

En effet, il semblerait que cette consécration augure d'une nouvelle orientation dictée assurément par des considérations stratégiques et économiques, et laisse plutôt entendre qu'à l'avenir, le recours à l'arbitrage international sera de moins en moins préconisé, bien que prévu au cas d'espèce dans le code de procédures civiles et administratives en vigueur.

Il conviendrait donc de vérifier si l'introduction du droit de recours à l'arbitrage international dans le cadre des marchés publics conclus avec des partenaires étrangers répond à la nécessité de confirmer le principe consacré dans le code des procédures civiles et administratives de 2008, ou plutôt pour restreindre son étendu ? (Section 2). Cependant, pour une meilleure analyse, il est nécessaire d'aborder au préalable l'évolution de l'arbitrage commercial international en Algérie (Section 1).

2.1- Section 1 : L'évolution de l'arbitrage commercial international en Algérie.

Nul n'ignore que l'arbitrage commercial international a connu deux périodes phares et diamétralement opposées, durant lesquelles, l'ère du rejet de l'arbitrage a précédé celle de sa légalisation.

L'ère du rejet de l'arbitrage commercial international est incontestablement caractérisée par une grande méfiance à l'égard du recours à l'arbitrage commercial international. Cette hostilité manifestée alors à l'égard de ce procédé privé et alternatif pour le règlement des litiges trouvait son explication aussi bien dans le contexte politique que sur le plan purement juridique.

Le contexte politique d'alors était indubitablement marqué par une donnée très singulière due au fait que l'Algérie qui venait juste d'accéder à son indépendance admettait mal que sa souveraineté soit aussitôt, et facilement, empiétée par la volonté des partenaires étrangers de soustraire leurs éventuels contentieux à la compétence de ses juridictions⁴. Cette hostilité déclarée et affichée à l'égard de l'arbitrage international est illustrée, à juste titre, par les propos du Doyen Ahmed MAHIOU : ⁵

"En Algérie, l'arbitrage porte avec lui l'odeur du pétrole et ce lien qui résulte des circonstances historiques, n'est pas fait pour faciliter son acclimatation dans un Etat qui vient d'accéder à l'indépendance et entend engager une action exemplaire pour donner un contenu fort à une jeune souveraineté susceptible d'être bridée de tout coté".

Au demeurant, force est d'admettre que le rejet de l'arbitrage international dépasse le facteur politique dans la mesure où il a également un ancrage typiquement juridique. A ce titre, il faut se rappeler que l'ancien article 442 alinéa 3 du code des procédures civiles de 1966 prévoyait ce qui suit : " L'État et les personnes morales publiques ne peuvent compromettre".

En dehors de ce cas particulier aux hydrocarbures, c'est incontestablement le décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993, modifiant et complétant l'ordonnance n°75-59 du 26

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

septembre 1975 portant code de commerce,⁶ qui a introduit, d'une manière générale, le recours à l'arbitrage commercial international en Algérie.

La loi n° 08-09 du 25 février 2008, portant code des procédures civiles et administratives, a pour l'essentiel repris les dispositions mises en place par le décret législatif de 1993, tout en y introduisant un certain nombre de modifications. Faudrait-il préciser par ailleurs que les rédacteurs du nouveau code des procédures civiles et administratives se sont essentiellement inspirés de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui a été adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations unies pour le Droit Commercial International, alors que le décret législatif de 1993 s'est inspiré de loi française du 12 mai 1981 ainsi que la loi fédérale suisse de 1987 et le droit international privé,

Pour définir l'arbitrage commercial international le décret législatif de 1993 associait au critère juridique qui est fortement contesté,⁷ un critère économique. Ce dernier se repose sur l'hypothèse que l'arbitrage traite des litiges relatifs à des intérêts économiques d'au moins deux Etats. En d'autres termes, il faisait référence aux intérêts économiques internationaux.

À l'aune du nouveau code des procédures civiles et administratives de 2008, ces notions d'intérêts économiques internationaux, ou relations économiques internationales, sont également interprétées d'une manière extensive du moment que les personnes morales et physiques sont autorisées à recourir à l'arbitrage commercial international dès lors qu'il s'agit de mettre en jeu des intérêts économiques internationaux. Le code de 2008 a par ailleurs intégré une nouveauté dans la mesure où les personnes morales de droit public peuvent désormais compromettre quand il s'agit des marchés publics. Cette dernière conclusion est tirée de la référence aux marchés publics dans l'article 1006 qui prévoit : "Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics".

Il ressort de ces dispositions que le recours à l'arbitrage international, dans le cadre des marchés publics, est inconditionnel et les parties peuvent convenir, en toute liberté, d'intégrer une clause compromissoire.

Cette liberté absolue semble toutefois déranger le législateur algérien au point d'intégrer, dans la nouvelle réglementation des marchés publics, une disposition qui, bien qu'elle acte officiellement et indéniablement le droit de compromettre dans le cadre des marchés publics, elle suspend son exercice à l'accord préalable du gouvernement (Section 2).

2.2-Section 2 : Recours à l'arbitrage international dans les marchés publics soumis au pouvoir discrétionnaire du pouvoir l'exécutif.

Tous les litiges ne peuvent pas être soumis à arbitrage, tous ne sont donc pas arbitrales. Même si le champ de l'inarbitralité s'est restreint de manière significative ces dernières décennies y compris en Algérie, il reste primordial de se pencher sur cette question délicate qui fait l'objet d'une approche différenciée d'un pays à un autre.⁸

La question de l'arbitrabilité des litiges dans le cadre du droit positif algérien est tranchée par l'article 1006, alinéa 3, du nouveau code des procédures civiles et administratives dispose que : "Les personnes morales de droit public ne peuvent pas

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics".

A la lumière de cette disposition, on voit bien que même si ces personnes morales sont toujours assujetties à ce sacro-saint principe de l'interdiction de compromettre, il n'en demeure pas moins que ce principe est désormais largement vidé de sa substance. Car en dehors du fait que ces personnes morales de droit public peuvent recourir à l'arbitrage international dès lors que des intérêts du commerce international sont en jeu, elles ont aussi maintenant la possibilité d'utiliser l'arbitrage si le différend qui doit être tranché concerne un marché public. Autrement dit, ce procédé alternatif de règlement des litiges peut être valablement choisi à partir du moment où l'opération en cause a été conclue sous l'empire du code des marchés publics. Dans son interprétation singulière de cette disposition, le professeur Nouredine TERKI considère que la capacité de compromettre des personnes morales de droit public est donc totale s'agissant de l'arbitrage commercial international, mais limitée aux marchés publics les plus importants en ce qui concerne l'arbitrage de droit interne.⁹

Ainsi, si l'on se réfère à l'analyse du Professeur Nouridine TERKI, le droit compromettre dans le cadre des marchés publics ne saurait s'étendre à l'arbitrage international dans la mesure où il se limite à l'arbitrage interne. Or tous les autres auteurs dont les ouvrages sont consultés dans le cadre de notre présente étude, ils ne limitent nullement le droit de compromettre dans les marchés publics au seul périmètre de l'arbitrage de droit interne. A ce titre, le Professeur Ali BENCHENEB considère que l'évolution du droit algérien se caractérise par un abandon du critère subjectif de l'arbitrabilité dans la mesure où, s'agissant d'arbitrage international, l'interdiction de compromettre qui frappait les "personnes morales de droit public", ne concerne plus leurs "relations économiques internationales", non plus, ajoute le texte d'une manière à priori subordonnante mais en vérité destinée à fermer toute discussion, que les marchés publics peuvent avoir à conclure.¹⁰

Il n'en demeure pas moins que, depuis la consécration du droit de compromettre dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics, l'Algérie est considérée comme le client le plus important de la Cour internationale d'arbitrage économique dans la région MENA et, force est de constater que l'essentiel des litiges concernent des marchés publics signés avec des partenaires étrangers. Les affaires de : Cojaal contre le Ministère des travaux publics ; Groupe canadien SM contre Air Algérie ; Sonatrach contre Medex et Sonatrach contre les deux entreprises espagnoles Repsol et Gas Natural, sont les illustrations parfaites de marchés publics internationaux qui ont donné lieu à de procédures d'arbitrage international, même si la première citée (Cojaal) est entretemps réglée dans le cadre d'une procédure de règlement amiable.

Sous l'empire du code des procédures civiles et administratives de 2008, les parties étaient libres de compromettre dès qu'il s'agisse d'un contrat de marchés publics. Cette liberté absolue est désormais conditionnée, voire sérieusement tempérée, par l'article 153, alinéa 7, du Décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégations de service public, qui dispose que :

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

"Le recours par les services contractants, dans le cadre du règlement des litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers, à une instance arbitrale internationale, est soumis, sur proposition du ministre concerné, à l'accord préalable pris en réunion du Gouvernement".

Force est d'admettre donc que l'introduction, dans le cadre de la nouvelle réglementation des marchés publics, du droit de recours à l'arbitrage international en ce qui concerne les marchés publics conclus avec des partenaires étrangers répond à deux nécessités diamétralement opposées : Il confirme d'un côté le principe de la liberté de compromettre dans les marchés publics, consacré dans le code des procédures civiles et administratives de 2008, et, d'un autre côté, il met en place un mécanisme à même de restreindre son étendu. La volonté de restreindre autant que possible la possibilité de recourir à l'arbitrage commercial international dans le cadre des marchés publics internationaux peut être justifié, tantôt par les échecs cuisant que l'Algérie a subit dans les différentes procédures d'arbitrage dans lesquelles elle est engagée¹¹, et tantôt par les contraintes liés à l'arbitrabilité des marchés publics, étant un contrat administratif.

Conclusion

La CNUDCI, investie d'une véritable fonction normative, a effectivement donné une véritable impulsion à la réglementation algérienne des marchés publics en y intégrant des aspects d'innovation qui n'ont pas tardé à devenir aussi patent que palpables qui ont aidé à sa métamorphose complète, surtout après avoir adopté le principe de la dématérialisation des marchés publics.

Cette consécration de la dématérialisation des marchés publics dans la nouvelle mouture de la réglementation algérienne des marchés publics, publiée en 2015, répond à l'impératif de se conformer à l'un aspect important du mandat de la CNUDCI consistant à promouvoir l'efficacité, l'uniformité et la cohérence de la modernisation du droit commercial international en favorisant autant que possible la passation électronique des marchés publics. Ce faisant, force est d'admettre que les dispositions inspirées de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sont porteuses des aspects d'innovation et de modernisation à même d'assurer un saut qualitatif en matière de passation de marchés, à l'instar de la passation électronique des marchés publics et l'enchère électronique inversée.

Une analyse liminaire suffit pour comprendre que tous les aspects et dispositions consacrant la dématérialisation des marchés publics dans la réglementation algérienne des marchés publics sont essentiellement inspirés de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics est également sollicitée dans un autre domaine très complexe pour supplier à l'amélioration des dispositions de la réglementation algérienne des marchés publics en matière des modes alternatifs de règlement de différends.

Le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics

AIT YUCEF Salem

Renvois :

- 1- L'Autorité de régulation de marchés publics et des délégations de services publics est finalement instituée par l'article 213 du décret présidentiel n°15-247, et non pas l'article de 210 tel qu'il a été annoncé dans l'exposé des motifs.
- 2- « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ».
- 3- Ibid.
- 4- NOUR-EDDINE TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, Editions AJED, 2014. P 13.
- 5- Ahmed MAHIOU, Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie : remarque sur les positions de l'Algérie en matière d'arbitrage international. In actes séminaire de la CCI. Alger. Revue Mutations, n°44, 2ème trimestre, 2003. P12.
- 6- JORADP n° 27 du 27 avril 1993.
- 7- Le critère juridique lie la définition de l'arbitrage commercial international à la relation entre deux parties qui ne résident pas dans le même pays. L'utilisation de ce critère était critiquée pour son incohérence, dans la mesure où, si l'on prend l'exemple du domaine des hydrocarbures, la loi exige que les sociétés étrangères doivent intervenir dans le cadre d'un partenariat, avec la société des hydrocarbures "Sonatrach", sur la base de la règle 51/49, vue de constituer une société de droit algérien. Il est donc inadmissible de dénier, auxdites sociétés étrangères, le droit de recourir à l'arbitrage commercial international, sur la base de ce critère.
- 8- ALI BENCHENEB, Règlement des litiges et arbitrage commercial international, GAÏA Editions, 2018. P 85.
- 9- NOUR-EDDINE TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, Editions AJED, 2014. PP 60-61.
- 10- ALI BENCHENEB, op. cit. P 89.
- 11- Il est à remarquer que dans la quasi-totalité des affaires, l'Algérie adopte la posture de défense et ne traduit presque jamais ses partenaires étrangers devant la Cour internationale d'arbitrage économi